

# **DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

**Grupo Élite contra Colusiones**

## **INFORME MOTIVADO**

**VERSIÓN ÚNICA**

**Radicación 17-292981**

**Caso  
“PAE FRUTAS”**

**2018**

**EQUIPO RESPONSABLE:**

**ISMAEL BELTRÁN PRADO**

Coordinador del Grupo de Trabajo Élite contra Colusiones

**Carlos Esguerra Cifuentes**

Líder

**Eliana Margarita Canchano Velásquez**

Abogada

**Diana Carolina Gómez Ortiz**

Abogada

**Nohemí Rodríguez Pombo**

Contadora

**Diego Fernando Ávila Ibáñez**

Economista

## Tabla de Contenido

1. Investigados .....	6
1.1. Proceso LP-AMP-129-2016: .....	6
1.1.1. Agentes del mercado: .....	6
1.1.2. Personas vinculadas con los agentes del mercado: .....	6
1.2. Proceso SA-SI-140-AG-2017: .....	6
1.2.1. Agentes del mercado: .....	6
1.2.2. Personas vinculadas con los agentes del mercado: .....	7
2. Imputación.....	7
3. Defensa de los investigados .....	11
3.1. Respecto de la existencia y/o naturaleza del acuerdo anticompetitivo en el proceso LP-AMP-129-2016.....	11
3.1.1. Sobre la coordinación en el proceso de selección LP-AMP-129-2016 .....	11
3.1.2. Sobre la presión ejercida a FAC S.A.S. para que no presentara oferta en el proceso de selección LP-AMP-129-2016 .....	14
3.2. Sobre la coordinación en el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017 .....	14
3.3. Sobre los efectos que produjeron las conductas anticompetitivas .....	16
4. Actuación procesal .....	17
4.1. Del ofrecimiento de garantías .....	17
4.2. Sobre la solicitud de acceso al Programa Beneficios por Colaboración .....	17
4.3. De las irregularidades procesales alegadas por los investigados .....	18
4.3.1. Solicitudes de nulidad presentadas por ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR .....	19
4.3.1.1. En relación con el rechazo de la práctica del dictamen pericial solicitado por ALIMENTOS DAZA.....	19
4.3.1.2. En relación con la decisión de negar la solicitud de aclaración, complementación, adición o ajuste del informe rendido por CCE.....	23
4.3.1.3. En relación con la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar y su posterior ratificación por GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR .....	25
4.3.1.4. En relación con la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ.....	27
4.3.2. Solicitudes de nulidad presentadas por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ .....	27
4.3.2.1. En relación con la imposibilidad de practicar los dictámenes periciales solicitados por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ .....	27
4.3.2.2. En relación con la práctica de las declaraciones recaudadas en la etapa de averiguación preliminar.....	29
4.3.2.3. En relación con el aporte del “documento” por parte de GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR en su declaración .....	31

4.3.2.4. En relación con la “recusación de funcionario de la SIC sin que se siguiera el trámite correspondiente” .....	32
4.3.3. Irregularidad alegada por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ basada en que supuestamente en la resolución de apertura de investigación no se habría formulado una imputación concreta.....	35
4.3.4. La supuesta violación del derecho al habeas data de HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS .....	36
5. Fundamentos de la recomendación .....	38
5.1. Los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica por su objeto y/o efecto	38
5.2. Tachas formuladas a las declaraciones de LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA, RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO y JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS ....	41
5.3. Sobre la coordinación desplegada a lo largo del proceso de selección LP-AMP-129-2016. ....	42
5.3.1. Que el 14 de enero de 2017 se celebró una reunión entre los investigados .....	42
5.3.2. En dicha reunión se coordinaron las actuaciones de los investigados en el marco del proceso LP-AMP-129-2016 .....	43
5.3.3. Los investigados actuaron de conformidad con lo acordado en la reunión del 14 de enero de 2017.....	48
5.3.4. El 2 de febrero de 2017 los investigados se reunieron en el Centro Comercial Gran Estación .....	53
5.3.5. En la reunión mencionada en el numeral 5.3.4. se acordó no presentarse al proceso LP-AMP-129-2016 como mecanismo de presión .....	57
5.3.6. Los investigados actuaron de conformidad con lo acordado en la reunión .....	58
5.3.7. Algunos de los participantes del acuerdo presionaron y procuraron influir en FAC S.A.S. para que no presentara oferta en el proceso LP-AMP-129-2016 .....	59
5.4. De las defensas de los investigados respecto del acuerdo celebrado en el marco del proceso LP-AMP-129-2016 .....	63
5.4.1. Sobre la existencia del acuerdo y la coordinación en el proceso de selección LP-AMP-129-2016.....	64
5.4.2. Argumentos adicionales de NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS.....	66
5.4.3. De los argumentos adicionales presentados por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y ALIMENTOS DAZA .....	67
5.4.4. De los argumentos adicionales presentados por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS y NAMASTÉ.....	71
5.5. Respecto de la coordinación y colaboración en el proceso SA-SI-140-AG-2017 .....	77
5.6. De las defensas de los investigados respecto del acuerdo celebrado en el marco del proceso SA-SI-140-AG-2017 .....	90
5.6.1. De las motivaciones adicionales alegadas por ALIMENTOS DAZA y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR.....	91

5.6.2. De las motivaciones adicionales alegadas por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ .....	94
5.6.3. De los argumentos de defensa propuestos por NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO .....	102
5.6.4. De los argumentos de defensa alegados por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ y ALIMENTOS SPRESS .....	103
5.6.5. Conclusión respecto de la conducta de los investigados en el proceso SA-SI-140-AG-2017 .....	104
5.7. De los efectos de las conductas investigadas respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016 .....	105
5.7.1. De las premisas equivocadas sobre las cuales se fundamentaron las defensas ....	106
5.7.2. De las pruebas que demuestran que el precio no era insuficiente para cubrir los costos de adquisición de las frutas y hortalizas .....	109
5.7.3. De las pruebas que demuestran que el precio podía ser atractivo y potencialmente rentable para los proponentes .....	112
5.7.4. De las solicitudes de ajuste de precio por parte de FAC S.A.S. ....	117
5.7.5. Sobre algunas contradicciones por parte de FAC S.A.S. ....	119
5.7.6. Sobre la diferencia en los precios de los estudios del proceso LP-AMP-129-2016 y el de subasta inversa SA-SI-140-AG-2017 .....	122
5.7.7. De los dictámenes periciales allegados por los investigados .....	125
6. Responsabilidad de los investigados .....	129
6.1. Responsabilidad en el proceso de selección LP-AMP-129-2016 .....	129
6.1.1. Responsabilidad de ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, BESTCOLFRUITS, ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ .....	129
6.1.2. Responsabilidad de JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA .....	130
6.2. Responsabilidad en el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017 .....	130
6.2.1. Responsabilidad de ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA .....	130
6.2.2. Responsabilidad de HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA .....	131
6.3. Criterios de graduación .....	131
7. Recomendación .....	132
7.1. En el proceso de selección LP-AMP-129-2016 .....	132
7.1.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado: .....	133
7.2. En el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017 .....	134
7.2.1. Sobre los agentes del mercado: .....	134
7.2.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado investigados: .....	135

**INFORME MOTIVADO DE PAE FRUTAS**  
**Radicación: 17-292981**

**1. Investigados**

**1.1. Proceso LP-AMP-129-2016:**

**1.1.1. Agentes del mercado:**

- **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, identificada con NIT. 900.664.307-1.
- **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.410.421.
- **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con NIT. 900.135.976-8.
- **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, identificada con NIT. 900.927.230-1.
- **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689.
- **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.** (anteriormente **LTDA.**)<sup>1</sup>, identificada con NIT. 830.023.946-2.
- **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, identificada con NIT. 900.400.775-0.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.687.837.

**1.1.2. Personas vinculadas con los agentes del mercado:**

- **ANDREA ROSAS DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.255.
- **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523.
- **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.373.139.
- **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.687.837.
- **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.410.421 (imputación subsidiaria conforme con la Resolución No. 53641 de 2017).

**1.2. Proceso SA-SI-140-AG-2017:**

**1.2.1. Agentes del mercado:**

- **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, identificada con Nit. 900.664.307-1.
- **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.410.421.
- **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con Nit. 900.135.976-8.
- **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689.
- **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.182.649-4
- **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, identificada con NIT. 830.023.946-2.

<sup>1</sup> De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de ALIMENTOS SPRESS, dicha sociedad se transformó de sociedad limitada a sociedad por acciones simplificada, bajo el nombre de ALIMENTOS SPRESS S.A.S., mediante acta de asamblea de accionistas del 26 de septiembre de 2017, inscrita el 2 de octubre de 2017 con el registro No. 02264242 del libro IX.

- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.687.837.

### 1.2.2. Personas vinculadas con los agentes del mercado:

- **ANDREA ROSAS DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.255.
- **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523.
- **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.373.139.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.687.837.
- **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.410.421 (imputación subsidiaria conforme con la Resolución No. 53641 de 2017).

## 2. Imputación

Mediante Resolución No. 53641 de 1 de septiembre de 2017<sup>2</sup> se ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. (ALIMENTOS DAZA)**, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S. (DISFRUVER)**, **ALIMENTOS SPRESS LTDA. (ALIMENTOS SPRESS)**, **NAMASTÉ FOOD S.A.S. (NAMASTÉ)**, **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S. (BESTCOLFRUITS)**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) para determinar si en el curso del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE (CCE)** incurrieron en el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

La imputación también se dirigió contra **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), para determinar si en el curso del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** adelantado por **CCE** incurrieron en la responsabilidad administrativa 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 otra parte, también se ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **ALIMENTOS SPRESS**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) con el fin de determinar si en el curso del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** adelantado por **CCE** incurrieron en el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

La imputación también se dirigió contra **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **STELLA**

<sup>2</sup> Folios 1671 al 1692 del cuaderno público No. 9.

**TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) para determinar si, en el curso del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** adelantado por **CCE**, incurrieron en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De manera subsidiaria a las imputaciones principales, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) para determinar si en el curso de los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-AG-140-2017** incurrió en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En sustento de la imputación referida, la Delegatura presentó una serie de pruebas – declaraciones, correos electrónicos, fotografías, inspección visual a bodega, observaciones presentadas en los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017** y propuestas presentadas por algunos de los investigados en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**– que daban cuenta de que, por un lado, entre los investigados existió un acuerdo anticompetitivo encaminado a presionar el alza del precio de referencia del grupo de alimentos de las “*frutas y hortalizas*” del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con destino al **PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (PAE)** adelantado por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ (SED)** a través de **CCE**. Y, por el otro, que en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** los investigados abusaron de la figura jurídica de la unión temporal con la finalidad de evitar competir entre ellos y, además, se coordinaron con el objeto de incrementar las barreras de entrada a otros competidores.

En primer lugar, la Delegatura resaltó que **CCE** adelantó el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, cuyo objeto era celebrar un acuerdo marco de precios para la **SED** a fin de establecer, entre otras, las condiciones para la compra y entrega de los alimentos que componen el **PAE** a diferentes sedes educativas en Bogotá. Este proceso tenía como propósito adjudicar 11 grupos de alimentos, entre los que se encontraba el de las “*frutas y hortalizas*” que, a su vez, se encontraba dividido en 30 segmentos que agrupaban con un criterio geográfico los establecimientos educativos beneficiarios del programa.

En segundo lugar, la Delegatura evidenció que, en lo que respecta al grupo de las “*frutas y hortalizas*”, solamente se adjudicaron 5 de los 30 segmentos y, además, que todos ellos fueron adjudicados a un único proponente, **FRUTAS Y ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S. (FAC SAS)**, circunstancia que habría tenido lugar por la existencia de un esquema de coordinación entre los posibles participantes en el proceso de selección. Al respecto, determinó que **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **DISFRUVER, BESTCOLFRUITS, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se coludieron con el objeto y/o efecto de fijar –directa o indirectamente– los precios y otras condiciones técnicas del referido grupo de alimentos mediante la adopción de un comportamiento encaminado a: (i) presionar, influir e instigar a **CCE** a través de la presentación coordinada de observaciones dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** con el propósito de incrementar los precios de las frutas y hortalizas; (ii) concertar la no presentación de ofertas con el objeto y/o el efecto de forzar la apertura de un nuevo proceso de selección, en el cual el precio se ajustara a sus expectativas y; (iii) presionar e influir a **FRUTAS Y ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S. (FAC S.A.S.)** para que se abstuviera de presentar oferta dentro del mencionado proceso.

Con base en el material probatorio recaudado en la etapa de averiguación preliminar se acreditó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO**

**GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se reunieron en una bodega ubicada en el barrio las Ferias de Bogotá, con el objeto de discutir el precio y otras condiciones técnicas del grupo de las “*frutas y hortalizas*” en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**. Para ello, se valieron de un tablero acrílico en el cual dejaron constancia de los temas tratados en la reunión, como el precio y gramaje de las frutas, las órdenes de compras por ciclo, los aspectos microbiológicos, multas y descuentos en la ejecución del contrato y la inclusión de otras frutas<sup>3</sup>.

De acuerdo con lo anterior, los participantes en el acuerdo concertaron la presentación coordinada de observaciones con la finalidad de presionar a la entidad contratante para que incrementara los precios de dicho grupo de alimentos y modificara algunas condiciones técnicas del pliego de condiciones.

También se acreditó que, al no surtir efecto la estrategia recién planteada, los participantes del acuerdo se reunieron nuevamente, esta vez en el Centro Comercial Gran Estación<sup>4</sup>, para concertar la no presentación de ofertas con el objeto de que la entidad contratante declarara desierto el grupo de las “*frutas y hortalizas*” para forzar con ello la apertura de un nuevo proceso de selección con precios que se ajustaran a sus particulares expectativas.

En tercer lugar, la Delegatura explicó que con ocasión de la declaratoria de desierto de 25 de los segmentos a adjudicar dentro del grupo de las “*frutas y hortalizas*” en el proceso **LP-AMP-129-2016**, **CCE** tuvo que convocar a un nuevo proceso de selección (**SA-SI-140-AG-2017**) en el que abandonó el esquema del acuerdo marco de precios y con ello los beneficios de la operación secundaria<sup>5</sup>. Así mismo, evidenció que en este último se aumentó el precio de referencia de las frutas en un 45,26% en relación con los precios inicialmente fijados en el acuerdo marco, cifra que coincide con el acuerdo de precios que habrían celebrado los investigados y con las observaciones que presentaron en ejecución de ese pacto.

La anterior conclusión tuvo como fundamento las observaciones que **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **BESTCOLFRUITS**, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** presentaron en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, en las cuales manifestaron que el precio de referencia de las frutas estaba por debajo del precio real del mercado en un 50%, cifra que coincide con el aumento del precio ofertado por **CCE** en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, esto es, 45.26%.

En cuarto lugar, la Delegatura resaltó, en lo que atañe al proceso **SA-SI-140-AG-2017**, que **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **DISFRUVER**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** se habrían vuelto a coludir mediante la adopción de un comportamiento coordinado encaminado a generar un escenario de no competencia entre ellos mediante el abuso de la figura jurídica de la unión temporal, comportamiento que tuvo la finalidad de asegurar todos los beneficios derivados del contrato e incrementar las barreras de entrada del proceso de selección, con el propósito de aumentar con ello su probabilidad de ser los únicos oferentes habilitados en la subasta.

<sup>3</sup> Folios 1586 a 1590 del cuaderno público No. 8, imágenes identificadas con Object ID 4418514, 4418515 y 4418516.

<sup>4</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 39:43 a 54:00, 50:16 y siguientes); Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Declaración de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 46:22 Parte I); Folio 1602 del cuaderno público No. 9 (Declaración de Luis Albeiro Torres Londoño minuto 1:10:36).

<sup>5</sup> La operación secundaria es el proceso por el cual, los adjudicatarios de los segmentos presentan una oferta de venta de los alimentos que conformaban los refrigerios del PAE, según la cotización solicitada por la SED en la Tienda Virtual del Estado Colombiano, quien selecciona al proveedor que cotice el menor precio del alimento dentro del segmento requerido y, por último, expedir la orden de compra a favor de este.

Respecto del incremento de las barreras de entrada al proceso de selección, se encontró acreditado que **ALIMENTOS DAZA** y **DISFRUVER** presentaron observaciones a los requisitos financieros y de experiencia exigidos por el pliego de condiciones con el propósito de aumentarlo y, de esa manera, evitar concurrir al proceso de forma independiente, con lo que lograron evitar la competencia entre ellos.

En quinto lugar, en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se resaltó que el comportamiento coordinado de los mencionados investigados en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** generó que en el marco del proceso solamente hubiera un único oferente, la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, integrada por **DISFRUVER** (30%), **ALIMENTOS DAZA** (55%) y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** (15%), a la cual se le adjudicó el contrato con un porcentaje de ahorro de tan solo el 0,025% del valor techo. Según se encontró acreditado en la etapa de averiguación preliminar con la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal del **ALIMENTOS DAZA**), los miembros de la estructura plural determinaron su porcentaje de participación en la unión temporal de manera proporcional con su participación en el mercado<sup>6</sup>.

Es de resaltar que, de acuerdo con los elementos de prueba recaudados, se acreditó que, aunque **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) no hizo parte de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, sí participó en las reuniones y negociaciones en las que se decidió su conformación<sup>7</sup>.

En sexto lugar, la Delegatura advirtió que la sola ocurrencia de las conductas imputadas en la presente actuación administrativa configuraba una violación directa de las normas que protegen la libre competencia económica, sin que fuera necesario demostrar la materialización de los efectos negativos en el mercado, ni la generación de algún daño a los consumidores. No obstante lo anterior, explicó algunos de los efectos que se produjeron con ocasión de las conductas imputadas respecto de los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**.

Sobre los efectos que produjo la conducta adoptada por los investigados en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, la Delegatura expuso que con el comportamiento imputado no solo se vio afectado el Estado colombiano en razón del sobrecosto generado por la eliminación de la rivalidad que debió caracterizar la operación secundaria en las órdenes de compra derivadas del acuerdo marco, sino también los niños beneficiarios del **PAE Bogotá** en aquellos segmentos que resultaron desiertos, toda vez que no recibieron fruta entre el 15 de marzo de 2017, fecha de inicio de ejecución del contrato derivado de la licitación **LP-AMP-129-2016**, y el 8 de junio de 2017, fecha en que el adjudicatario del proceso **SA-SI-140-AG-2017** empezó a entregar fruta con destino a las sedes educativas que correspondían a los 25 segmentos declarados desiertos.

Del mismo modo, la Delegatura encontró acreditado que la conducta de los participantes del acuerdo implicó la apertura de un nuevo proceso de selección en el que se abandonó el modelo del acuerdo marco y se optó por adjudicar a un solo proponente por medio de un proceso de subasta inversa en el que hubo un aumento cercano al 50% de los precios fijados inicialmente, cifra que coincidía con el acuerdo de precios celebrado. Adicionalmente, enfatizó que dichos comportamientos perjudiciales se extendieron al contrato derivado del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** celebrado con **FAC S.A.S.**, toda vez que **CCE** y la

<sup>6</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 34:02 a 42:10 Parte II).

<sup>7</sup> Folio 1633 del cuaderno del cuaderno reservado No. 9 Castelblanco (Declaración Néstor Alejandro Castelblanco García Min 17:56); Folio 1576 del reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Hugo Nelson Daza Hernández minuto 1:14:01 y siguientes); Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 Alimentos Spress (Declaración Stella Téllez Hernández, minutos 5:14:10, 5:13:00 segundo día, parte II).

**SED** decidieron modificar el contrato enunciado para igualar los precios del proceso **LP-AMP-129-2016** a los que quedaron establecidos en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

En lo que respecta al proceso **SA-SI-140-AG-2017** la Delegatura encontró acreditado que el efecto directo de la conducta de los participantes del acuerdo consistió en que, al no haber competencia por cuanto se impidió el acceso de otros proponentes<sup>8</sup>, la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** obtuvo la adjudicación del proceso correspondiente con un precio solo 0,025% inferior del máximo del presupuesto oficial.

Finalmente, en relación con los investigados **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), la Delegatura afirmó que en la medida en que tenían la facultad de decidir sobre la participación de las personas jurídicas investigadas en los procesos de selección y sobre las condiciones en que esa participación se desenvolvería, podía atribuírseles 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.

Puestas de este modo las cosas, es preciso destacar que la primera parte de la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se refirió a los elementos de prueba con los cuales se acreditaron los acuerdos celebrados por los investigados en el marco de los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**. Este acápite constituyó el sustento primordial sobre el cual la Delegatura fundamentó la imputación realizada a los investigados, habida cuenta que, tal como se advirtió en el acto administrativo enunciado, la sola demostración de la conducta anticompetitiva resultaba suficiente para sancionar a los investigados sin que para su configuración se debiera demostrar los efectos que la conducta anticompetitiva produjo en el mercado. No obstante lo anterior, y una vez probada la configuración de la conducta, la Delegatura en una segunda parte describió los efectos que las conductas produjeron en el mercado, sin que ello implique que su demostración resulte necesaria para tener por demostradas las conductas objeto de esta investigación.

### 3. Defensa de los investigados

En los escritos de descargos correspondientes y durante la audiencia de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, realizada el 12 de julio de 2018<sup>9</sup>, los investigados formularon los siguientes argumentos:

#### 3.1. Respecto de la existencia y/o naturaleza del acuerdo anticompetitivo en el proceso **LP-AMP-129-2016**

##### 3.1.1. Sobre la coordinación en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**

**DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) se allanaron a los cargos formulados en los artículos primero y segundo de la Resolución 53641 de 2017 y reconocieron su participación en el acuerdo restrictivo de la libre competencia que tenía por objeto acordar los precios y demás condiciones técnicas de las frutas a través de la presentación de observaciones conjuntas en el proceso **LP-AMP-129-2016**, así como en el acuerdo sobre la no presentación de ofertas con el objeto y/o el efecto de que la entidad convocante declarara

<sup>8</sup> Folio 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8. Observaciones presentadas por Disfruver y Alimentos Daza al proceso SA-SI-140-AG-2017, al igual que a partir de la información contenida en el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo del proceso SA-SI-140-AG-2017.

<sup>9</sup> Folio 4327 y 4335 del cuaderno público No. 19.

desiertos los segmentos concernientes al grupo de "frutas y hortalizas" y se forzara la apertura de un nuevo proceso de selección.

**GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **ALIMENTOS DAZA** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) afirmaron que no existió un acuerdo cuyo objeto fuera la no presentación de ofertas en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, en el sentido de que tal decisión fue tomada de manera independiente por cada uno de los interesados, en ejercicio de un derecho legítimo a no contratar en unas condiciones que no resultaban favorables para el contratista. Puestas así las cosas, **ALIMENTOS DAZA** señaló que, si en gracia de discusión se considerara que la conducta desplegada por los investigados resultaba contraria del régimen de protección de la libre competencia económica, lo cierto es que no alcanzó a poner en peligro la libre competencia económica como bien jurídico tutelado.

Por su parte, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) reconoció que "interactuó esporádicamente con algunos proveedores de frutas que estaban postulándose como proponentes"<sup>10</sup> en los procesos de selección objeto de investigación. El referido investigado también aceptó haberse reunido con los demás investigados para discutir sobre los procesos en cuestión, pero alegó que asistió a dichos encuentros por su propia cuenta e iniciativa y sin el ánimo de comprometer la responsabilidad de **ALIMENTOS DAZA**, pues, en todo caso, no se encontraba vinculado con esta sociedad al no tener calidad de administrador ni cargo de dirección, confianza y manejo. Adicionalmente, manifestó que no tenía la vocación de ser competidor en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** como persona natural por cuanto no tenía "cualificación o aptitud legal para comparecer como proponente"<sup>11</sup> en ese proceso, así como por la existencia de una inhabilidad<sup>12</sup> para contratar con el Estado. En ese sentido, señaló que su comportamiento fue meramente informativo y circunstancial, lo que desvirtuaría un presunto comportamiento directo como persona natural o indirecto a través de **ALIMENTOS DAZA**.

Bajo esa premisa, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** afirmaron que no participaron directamente o por interpuesta persona en ningún tipo de reunión que tuviera como objeto coordinar su actuación en el proceso **LP-AMP-129-2017**, por lo que en su concepto la Delegatura interpretó de manera equívoca e incompleta el material probatorio recaudado en etapa preliminar, pues las observaciones presentadas por **ALIMENTOS DAZA** en el referido proceso de selección no obedecen a un comportamiento coordinado. Explicaron que dichas observaciones obedecieron a un acto transparente y reflejaron la opinión de **ALIMENTOS DAZA**, la cual fue expresada incluso con anterioridad a las reuniones que son investigadas en este proceso.

Ahora bien, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** aceptaron que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) hizo parte de las reuniones investigadas, pero afirmaron que su participación no involucró a **ALIMENTOS SPRESS** o **NAMASTÉ** porque la calidad en la que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) actuó en esas oportunidades fue como Presidenta Seccional de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIETISTAS Y NUTRICIONISTAS (ACODÍN)** promocionando un congreso que tendría lugar en el mes de agosto de 2017. Como sustento de lo anterior, manifestaron que tanto **DISFRUVER** como **BESTCOLFRUITS** habían comprado un "stand" dentro del mencionado evento. En ese sentido, **NAMASTÉ** manifestó que no había participado en tales encuentros por intermedio de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y que una evidencia de ello es que ninguna de las declaraciones recaudadas por la Delegatura hace referencia a esta sociedad.

<sup>10</sup> Folio 2556 del cuaderno público No. 12.

<sup>11</sup> Folio 2553 del cuaderno público No. 12.

<sup>12</sup> Folio 2556 del cuaderno público No. 12.

Aunado a lo anterior, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** manifestaron que no tenían la virtualidad de ser competidores en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, toda vez que no contaban con la capacidad jurídica, financiera o técnica para presentar oferta al grupo de las “*frutas y hortalizas*”. Como fundamento de lo anterior señalaron que la participación de **ALIMENTOS SPRESS** en los procesos de selección relacionados con el **PAE** estaría limitada al grupo de alimentos de panadería, al igual que **NAMASTÉ**, quien de acuerdo a su actividad económica participa en el mercado del suministro de lácteos. Así las cosas, adujeron que no tenían interés alguno en presentarse en el proceso enunciado, pues, al no cumplir con los requisitos contenidos en el pliego de condiciones, no tenían ningún incentivo para realizar algún acuerdo.

Respecto de las observaciones, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** indicaron que la presentación de estas en la audiencia de distribución y asignación de riesgos –celebrada el 16 de enero de 2016– fue realizada por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) como representante de **ACODÍN** con fundamento en el derecho consagrado en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007, según el cual cualquier persona tiene el derecho de presentar observaciones a los pliegos de condiciones. En tal sentido, la presentación de observaciones no fue consecuencia de ningún comportamiento coordinado de los investigados, sino que se trató de observaciones técnicas y propias de las preocupaciones que le asisten a un gremio como el que representa y por lo tanto no pueden ser “*satanizadas*”<sup>13</sup> por la Delegatura. En efecto, mencionan que otros participantes en esa audiencia, en el término para proponer observaciones al pliego de condiciones, formularon reparos coincidentes relacionados con el precio, lo que evidencia que tal aspecto era una preocupación para todos los oferentes.

Así mismo, **NAMASTÉ** reconoció que realizó las observaciones señaladas en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, pero indicó que las coincidencias encontradas en las observaciones presentadas por esta sociedad eran “*meramente circunstanciales*”<sup>14</sup>, pues no obedecían a una conducta coordinada. Sobre el particular señaló que presentó múltiples observaciones en relación con el proceso de selección y que estas no se limitaron a aquellas referidas por la Delegatura en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.

Sobre el vínculo entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**) y **NAMASTÉ**, es necesario advertir que estos investigados no se refirieron a la totalidad de las pruebas que sustentaron la afirmación de la resolución de apertura respecto de la relación existente entre ellos. En efecto, **NAMASTÉ** únicamente cuestionó el correo electrónico –imagen No. 11 de la Resolución de apertura de investigación– remitido por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**) con una observación que presentó **NAMASTÉ** en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Sobre el particular, señaló que era apenas “*una coincidencia meramente aparente*”<sup>15</sup> entre las observaciones presentadas y que no puede derivarse a partir de allí coordinación alguna, más aun si se tiene en cuenta que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**) no es accionista ni directiva de **NAMASTÉ**, como tampoco ejerce ningún tipo de control sobre esta sociedad en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

Por otra parte, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** aceptaron que participaron de “*manera directa*”<sup>16</sup> en las dos reuniones adelantadas durante el desarrollo de los procesos de selección objeto de la investigación, pero que en su “*sentir y entendimiento*”<sup>17</sup> el objeto de éstas era, por un lado,

<sup>13</sup> Folio 2576 del cuaderno público No. 13.

<sup>14</sup> Folio 2682 del cuaderno público No. 13.

<sup>15</sup> Folio 2682 del cuaderno público No. 13.

<sup>16</sup> Folio 2262 del cuaderno público No. 11.

<sup>17</sup> Folio 2262 del cuaderno público No. 11.

preparar la conformación de la estructura plural de la que harían parte como “*un preámbulo a la formalización de la unión temporal*”<sup>18</sup> y, por el otro, analizar las condiciones y exigencias del proceso de selección y “*principalmente establecer si los precios indicados por el estudio publicado eran precios del mercado que favorecían la presentación de una oferta razonable en el proceso correspondiente*”<sup>19</sup>. En concepto de los investigados, si los demás participantes de esas reuniones perseguían una finalidad diferente lo fue a título personal y sin su concurso.

Finalmente, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** manifestó que no participó en los hechos que se investigan relacionados con el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y que prueba de ello se encuentra en que ninguna de las declaraciones recaudadas en la etapa de averiguación preliminar hicieron referencia a él.

### **3.1.2 Sobre la presión ejercida a FAC S.A.S. para que no presentara oferta en el proceso de selección LP-AMP-129-2016**

**DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), al allanarse a los cargos formulados en los artículos primero y segundo de la Resolución 53641 de 2017, reconocieron que procuraron influir en **FAC S.A.S.** para que se abstuviera de presentar oferta dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y así, se declarara desierto todo el grupo de “*las frutas y hortalizas*”.

Por su parte, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** manifestaron que no habían tenido ningún contacto con **FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), pues no lo conocían. Adicionalmente, manifestaron que “*no existe ningún tipo de documento que corrobore lo dicho por este testigo*”<sup>20</sup>.

De otro lado, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** indicaron que en ningún momento conocieron, consintieron, prepararon o participaron en llamadas o constreñimientos hacia la sociedad **FAC S.A.S.** y que solo tuvieron conocimiento de tales conductas por medio de la resolución de apertura de investigación.

### **3.2. Sobre la coordinación en el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017**

**GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** adujeron que el “*móvil real*”<sup>21</sup> de la unión temporal fue aunar esfuerzos y brindarse apoyo mutuo para cumplir con el contrato junto con empresas concededoras del mercado, lo que constituye el ejercicio legítimo de un derecho y no un vehículo para falsear la competencia.

En el escrito de descargos **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** adujeron que **DISFRUVER** y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** no eran competidores directos de **ALIMENTOS DAZA** por cuanto aquellos no podían presentar oferta de manera individual. Señalaron que **DISFRUVER**, a pesar de cumplir con los requisitos financieros, no contaba con un requisito técnico referente al certificado sanitario vigente expedido por el **INSTITUTO NACIONAL DE**

<sup>18</sup> Folio 2264 del cuaderno público No. 11.

<sup>19</sup> Folio 2264 del cuaderno público No. 11.

<sup>20</sup> Folio 2570 del cuaderno público No. 13.

<sup>21</sup> Folio 2308 del cuaderno público No. 11.

**VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS** (en adelante **INVIMA**) con una vigencia no inferior de 6 meses al momento de la presentación de la oferta. A ello agregaron que **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** no cumplía con los requisitos financieros exigidos por el pliego de condiciones del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Así mismo, señalaron que **ALIMENTOS DAZA** podía presentarse como “*único proponente a la subasta y como es igualmente obvio habría ofertado por el precio techo de \$397*”<sup>22</sup>. Lo anterior, en su concepto, no es determinante para deducir que al cumplir con los requisitos mínimos debía presentarse de manera individual, pues lo cierto es que al ser la primera vez que contratarían de forma directa con el Estado y por una cuantía superior a los \$40.000.000.000<sup>23</sup>, debía unirse con otras empresas para dividir los riesgos<sup>24</sup> derivados de la ejecución del contrato.

Por último, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) indicó que, dado el conocimiento anterior del mercado de las frutas de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), este le aconsejó considerar la opción de conformar una estructura plural para la presentación de una propuesta con proveedores de frutas para los operadores logísticos del **PAE**<sup>25</sup> a fin de participar en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**, en atención a la responsabilidad que implicaba la ejecución del contrato.

**DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), al rendir descargos se limitaron a manifestar que, si en gracia de discusión se aceptara que los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** tenían las condiciones necesarias para presentarse individualmente, tal consideración no excluía la posibilidad de que tuvieran motivaciones diferentes para presentarse a través de una estructura plural, como sería “*compartir la responsabilidad ante el Estado en un proyecto*” de gran magnitud, máxime si esta sociedad no había ejecutado con anterioridad un contrato ni siquiera por el 20% de la cuantía enunciada. Es de agregar que en la audiencia de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 20120, guardaron silencio sobre la imputación fáctica sobre el proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Ahora bien, durante las declaraciones rendidas por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), estos sostuvieron que una de las motivaciones para la conformación de la unión temporal era unirse con **ALIMENTOS DAZA**, a quien consideraban el competidor más fuerte, porque así tendrían gran posibilidad de ser adjudicatarios. Aunado a lo anterior, señalaron que **DISFRUVER** no contaba con el certificado sanitario del **INVIMA** y no tenía capacidad instalada suficiente para asumir la ejecución del contrato, razones adicionales que motivaron la conformación de la unión temporal.

**HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** adujo que el único que desarrolló fue el de ofrecer su consentimiento para la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**<sup>26</sup> por recomendación de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), por lo que es un tercero ajeno a lo que hicieron los demás investigados y su comportamiento se realizó de buena fe.

**STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** no se pronunciaron respecto de la imputación

<sup>22</sup> Folio 2305 del cuaderno público No. 11.

<sup>23</sup> Folio 2305 del cuaderno público No. 11.

<sup>24</sup> Folio 2305 del cuaderno público No. 11.

<sup>25</sup> Folio 2544 del cuaderno público No. 12.

<sup>26</sup> Folio 2263 del cuaderno público No. 11.

fáctica consistente en que participaron en las reuniones para la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. Tan solo alegaron que no tuvieron injerencia en la conformación de la estructura plural, tanto así que no hacen parte de esa figura asociativa<sup>27</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe a las observaciones presentadas en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017, DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) no se pronunciaron en sus descargos ni en la audiencia realizada con fundamento en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Por su parte, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** adujeron que, contrario a lo que señaló la Delegatura sobre la formulación de las observaciones presentadas en el marco del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, el aumento de los requisitos habilitantes producto de la aceptación de las observaciones no inhabilitaba a **ALIMENTOS DAZA** para presentarse como oferente individual. Sobre el particular, advirtieron que el capital de trabajo de **ALIMENTOS DAZA** ascendía a la suma de \$2.408.652.590, lo que corresponde con un 20,43% adicional de aquel finalmente establecido en el pliego de condiciones definitivo. Del mismo modo, señalaron que **ALIMENTOS DAZA** acreditaba con creces la experiencia solicitada.

### 3.3. Sobre los efectos que produjeron las conductas anticompetitivas

**GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **ALIMENTOS DAZA, DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** señalaron que los precios establecidos para el proceso **LP-AMP-129-2016** eran "*sustancialmente bajos*"<sup>28</sup>, tanto que no alcanzaban ni siquiera para adquirir la materia prima. De manera que, según los investigados, presentar una oferta en las condiciones establecidas por las entidades contratantes era un "*acto lesivo y dañino*"<sup>29</sup> para cualquier competidor en el mercado de las frutas.

Señalaron que la **SED** y **CCE** crearon, "*por su cuenta y propio riesgo*"<sup>30</sup>, una barrera de entrada artificial al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En sustento de su aseveración presentaron las siguientes razones: (i) los precios no consultaban el comportamiento del mercado de las frutas en Bogotá D.C.; (ii) el único factor de escogencia del contratista era el precio; (iii) el estudio de mercado ignoró las cotizaciones de frutas realizadas por los proveedores especializados para el suministro del **PAE**, como fue la cotización realizada por **ALIMENTOS DAZA**; (iv) las reglas del suministro previstas por la entidad contratante, como lo es la rotación de las frutas por menú, aumentaba el costo del producto considerablemente, y, por último, (v) los precios de referencia se basaron exclusivamente en el indicador **SIPSA** de Corabastos, que no guarda relación con el precio de las frutas requeridas por el **PAE** en tanto que desconoce las características especiales requeridas y que generan sobrecostos en su compra, incluso implican para el proveedor contar con una planta de transformación de la fruta y asumir los costos que acarrea. En este sentido concluyeron que "*el denominado acuerdo colusorio no fue otra cosa que una reacción unánime y justa a una propuesta injusta por parte de CCE*"<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Folios 4325 y 4334 del cuaderno público No. 19.

<sup>28</sup> Folio 2296 del cuaderno público No. 11.

<sup>29</sup> Folio 2534 del cuaderno público No. 12.

<sup>30</sup> Folio 2283 del cuaderno público No. 11.

<sup>31</sup> Folio 2298 del cuaderno público No. 11.

Para los investigados el yerro en la determinación de los precios unitarios de la fruta se evidenció en cuatro hechos. El primero de ellos consistió en que múltiples interesados en el proceso de selección presentaron observaciones respecto del precio de referencia y el estudio de mercado en el que se fundamentó, sin que ninguna de ellas fuera acogida por las entidades contratantes. El segundo hecho relevante consistió en que **FAC S.A.S.** –único oferente dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**– manifestó que no subsanaría su oferta al advertir que los proveedores de frutas ofrecían un precio mayor a aquel establecido en los pliegos de condiciones. En tercer lugar, se tiene que a la postre hubo un reajuste en el precio del contrato celebrado con **FAC S.A.S.**, lo cual solamente encuentra como explicación lógica que se trató de una enmienda al valor del precio de las frutas y hortalizas mal calculado. En cuarto lugar, señalaron que el yerro se evidenció en el aumento de los precios en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, como forma de corregir el estudio de mercado que soportó el primer proceso de selección.

Sobre el presunto margen de utilidad bruta positiva que generaba para **ALIMENTOS DAZA** el valor de referencia de la fruta establecido en el proceso **LP-AMP-129-2016**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** señalaron que la venta realizada a **FAC S.A.S.** para atender el suministro del contrato a un precio inferior de \$274 por cada fruta solo pudo sostenerse durante un mes de ejecución y para 3 de las 12 frutas integrantes de este grupo de alimentos, en razón de que la cosecha estaba terminando y para los meses siguientes sobrepasarían dicho valor.

Por último, **ALIMENTOS DAZA** señaló que la causa eficiente de la declaratoria de desierto y del aumento del precio de la fruta en la subasta inversa se basó en la errada definición del precio de este alimento por parte de las entidades contratantes. En consecuencia, tales circunstancias deberían ser tenidas en cuenta, en todo caso, como un criterio de graduación de la sanción.

#### 4. Actuación procesal

Mediante Resoluciones Nos. 17635<sup>32</sup>, 22051<sup>33</sup>, 23745<sup>34</sup> y 28724<sup>35</sup>, todas de 2018, la Delegatura decidió lo relacionado con las pruebas que se tendrían en cuenta para resolver esta actuación administrativa. Una vez practicadas las pruebas decretadas, el 12 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012<sup>36</sup>.

##### 4.1. Del ofrecimiento de garantías

**HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** ofrecieron garantías para la terminación anticipada de la investigación. En respuesta a esta solicitud, el Superintendente de Industria y Comercio resolvió que no era procedente aceptar el ofrecimiento efectuado<sup>37</sup>.

##### 4.2. Sobre la solicitud de acceso al Programa Beneficios por Colaboración

**DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), una vez fue expedida la resolución de apertura de investigación y formulación de pliegos de cargos<sup>38</sup>, solicitaron su admisión al Programa de Beneficios por Colaboración en los términos del artículo 14 de la Ley 1340 de

<sup>32</sup> Folios 2782 a 2791 del cuaderno público No. 14.

<sup>33</sup> Folios 3193 a 3196 del cuaderno público No. 15.

<sup>34</sup> Folios 3334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

<sup>35</sup> Folios 3573 a 3575 del cuaderno público No. 16.

<sup>36</sup> Folio 4325 y 4334 del cuaderno público No. 19.

<sup>37</sup> Folios 3902 a 3907 del cuaderno público No. 17.

<sup>38</sup> La solicitud de admisión al Programa de Beneficios por Colaboración fue realizada el 06 de septiembre de 2017.

2009 y del Decreto 1523 de 2015. Esa solicitud se tramitó en el marco del expediente identificado con el radicado No. 17-329492.

Mediante Resolución No. 59363 de 20 de septiembre de 2017 la Delegatura denegó la referida solicitud habida cuenta de que los hechos admitidos por los solicitantes y el material probatorio que suministraron ya era conocido por la Delegatura, por lo que no aportó nada nuevo a la investigación. Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1074 de 2015, los solicitantes decidieron voluntariamente no retirar los elementos de prueba allegados con la solicitud, razón por la cual sus declaraciones y otros documentos recaudados fueron incorporados a esta actuación administrativa.

Aunque no fueron admitidos en el Programa de Beneficios por Colaboración, en sus escritos de descargos **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) se allanaron a los cargos imputados en los artículos primero y segundo de la Resolución No. 53641 de 2017, relacionados con el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

#### 4.3. De las irregularidades procesales alegadas por los investigados

Los investigados alegaron la configuración de irregularidades procesales en tres oportunidades, como se expondrá a continuación.

En primer lugar, en el escrito de descargos, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** indicaron que no se respetó su derecho de habeas data<sup>39</sup>, toda vez que no se diferenció al momento de recaudar la información de sus teléfonos celulares la que estaba relacionada con su actividad empresarial de aquella personal.

Por su parte, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) manifestó que la imputación subsidiaria resultó ser indeterminada, por cuanto no contiene las razones de hecho sobre las cuales se fundamenta ni los comportamientos desplegados que se adecuaban con los verbos rectores de la norma<sup>40</sup>, lo que en su concepto limitó su derecho de contradicción. Con fundamento en lo anterior, y a fin de corregir la irregularidad presentada, solicitó que el cargo imputado fuera retirado.

En segundo lugar, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **BESTCOLFRUITS, ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) presentaron solicitudes de nulidad respecto de varias actuaciones desplegadas en la etapa de averiguación preliminar, las cuales fueron resueltas negativamente mediante Resolución No. 23745 de 9 de abril de 2018<sup>41</sup>.

Posteriormente, mediante escritos radicados el 10 y 15 de mayo de 2018, **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**)<sup>42</sup>, **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**)<sup>43</sup> solicitaron declarar la nulidad respecto de

<sup>39</sup> Folio 2164 del cuaderno público No. 11.

<sup>40</sup> Numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009: "Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen (...)".

<sup>41</sup> Folios 3334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

<sup>42</sup> Folios 3708 a 3724 del cuaderno público No. 18.

<sup>43</sup> Folios 3748 a 3761 del cuaderno público No. 18.

varias de las decisiones adoptadas en el trámite de la investigación y, en consecuencia, tomar las determinaciones necesarias a que hubiere lugar.

En este aparte se presentarán, en primer lugar, los argumentos que sustentan las solicitudes de nulidad presentadas mediante escritos de 10 y 15 de mayo de 2018 con la correspondiente consideración de la Delegatura para responderlos. En segundo lugar, se abordarán los argumentos relacionados con las supuestas irregularidades ocurridas en esta investigación esgrimidos en los escritos de descargos.

#### **4.3.1. Solicitudes de nulidad presentadas por ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**

##### **4.3.1.1. En relación con el rechazo de la práctica del dictamen pericial solicitado por ALIMENTOS DAZA**

###### **a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:**

Como cuestión preliminar resulta necesario destacar que mediante Resolución No. 17635 de 14 marzo de 2018<sup>44</sup>, la Delegatura se pronunció sobre el decreto y práctica de pruebas en esta actuación administrativa. Entre otras determinaciones, se decidió rechazar el dictamen pericial solicitado por **ALIMENTOS DAZA**, cuyo análisis se centraría en los estudios económicos efectuados por la **SED** y **CCE** dentro de los procesos de selección objeto de esta investigación. Lo anterior, teniendo en cuenta que no se dio cumplimiento a la carga procesal establecida en el artículo 227 del Código General del Proceso (CGP), consistente en que no fue allegado el dictamen pericial con el escrito de descargos, ni se refirió el motivo por el cual el término otorgado para ejercer ese acto de postulación resultó insuficiente para aportarlo.

Contra esta determinación, **ALIMENTOS DAZA** propuso recurso de reposición y aportó el dictamen. La decisión fue confirmada, reiterando los argumentos por los cuales se rechazó la prueba inicialmente. Ahora bien, en relación con el dictamen pericial aportado con el recurso de reposición se determinó que, aún si en gracia de discusión se admitiera que fue presentado oportunamente con el recurso referido, el dictamen tendría que ser rechazado por cuanto no satisfizo los requisitos previstos en los numerales 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 226 del CGP, por lo cual correspondía a la Delegatura rechazar ese medio de prueba.

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) solicitaron decretar la nulidad del numeral 7.2.3. del artículo séptimo de la Resolución No. 17635 de 14 de marzo de 2018, por medio del cual se rechazó la práctica del dictamen pericial anunciado por **ALIMENTOS DAZA**, así como el numeral 1.3.1. del artículo primero de la Resolución No. 23745 de 9 de abril de 2018<sup>45</sup>, por el cual se confirmó aquella decisión.

Como fundamento de su solicitud invocaron el numeral 5 del artículo 133 del CGP<sup>46</sup> y reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de reposición formulado contra el rechazo del dictamen pericial. En adición, expresaron que la interpretación que se hizo del artículo 226 de ese sistema normativo –relativo a los requisitos que debe cumplir el dictamen pericial– resultaba contraria al principio de eficacia, por cuanto, según los investigados, los requisitos de forma previstos en esa norma no podían ser entendidos como condiciones de admisibilidad de la prueba, de manera que su incumplimiento no podría motivar el rechazo de la experticia sino afectar su valoración. Al respecto agregaron que, según los artículos 164 y

<sup>44</sup> Folios 2782 a 2790 del cuaderno público No. 14.

<sup>45</sup> Folios 334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

<sup>46</sup> "Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria".

168 del CGP, solo se puede rechazar una prueba por impertinencia, inconducencia, inutilidad o por el carácter superfluo de la prueba, causales dentro de las que no se encuentra el incumplimiento de los requisitos formales de la prueba pericial.

En subsidio de la anterior petición, mediante la enunciación de una causal de nulidad que denominaron *"no haber permitido a INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S., la incorporación al expediente del documento contentivo del peritaje elaborado por la firma Econcept"*, solicitaron decretar la nulidad de la decisión adoptada por la Delegatura en la audiencia de ratificación de la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), consistente en negar el aporte del documento suscrito por la firma **E-CONCEPT** contentivo del dictamen pericial que fue rechazado en las resoluciones enunciadas, para que fuera valorado probatoriamente como un documento. En sustento de su solicitud manifestaron que la decisión adoptada desconoció el artículo 221 del CGP, que permite aportar documentos en el curso de la declaración.

**b) Consideraciones de la Delegatura:**

Con relación a la solicitud de nulidad propuesta por los investigados, la Delegatura no accederá a la referida solicitud debido a que en esta actuación administrativa no se ha configurado la causal de nulidad alegada porque no se omitió la oportunidad para solicitar, decretar o practicar pruebas, ni se omitió pronunciamiento respecto de la pruebas solicitadas por los proponentes de la nulidad, ni se omitió la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

En efecto, los proponentes de la nulidad fueron notificados del acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y se les concedió el término de 20 días hábiles para que con sus escritos de descargos allegaran y/o solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer, respecto de cuyo decreto se pronunció la Delegatura mediante la Resolución No. 17635 de 2018. Del mismo modo, en lo atinente a las pruebas que fueron rechazadas, como lo fue el dictamen pericial objeto de discusión, mediante la Resolución No. 23745 de 2018<sup>47</sup> se resolvió sobre la impugnación propuesta.

Al contrastar la solicitud de nulidad con los fundamentos formulados en su momento en el recurso de reposición propuesto por los investigados, se advierte que son idénticos entre ellos, por lo que la petición descrita no busca remediar algún yerro ocurrido durante la actuación administrativa, sino que procura reabrir el debate sobre el decreto de una prueba que ya fue resuelto, razón por la cual no puede accederse a la solicitud de nulidad propuesta. Por lo anterior, la Delegatura se remite a lo expuesto en las Resoluciones Nos. 17635 y 23745 de 2018.

En lo que respecta al argumento consistente en que las declaraciones y afirmaciones exigidas al perito –que no fueron satisfechas por los investigados al allegar el dictamen con el recurso de reposición propuesto– son simples formalidades que no pueden fundar el rechazo de una prueba, se considera que la interpretación propuesta por los solicitantes de la nulidad respecto del artículo 226 del CGP es inadmisibles. En sustento de la conclusión anotada, es preciso resaltar que el régimen probatorio incluye unas normas de carácter general que se predicán de todos los medios de prueba –como las relacionadas con las causales de rechazo por no cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad– y otras de carácter especial para cada medio de prueba –que contiene reglas específicas para la admisibilidad y práctica de cada uno–. Por lo tanto, una prueba se puede rechazar, tanto si el interesado incumple las reglas generales sobre admisibilidad de la prueba (artículos 164 y 168, CGP), como si incumple las reglas específicas previstas en la norma procesal para cada medio de prueba en particular (artículo 226, CGP).

<sup>47</sup> Folios 334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

Tanto es cierto lo anterior, que la jurisprudencia tiene claro que el incumplimiento de los requisitos especiales establecidos para determinado medio de prueba, para el caso del dictamen pericial, los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP, conlleva al rechazo de este medio de prueba. Al respecto, el Consejo de Estado ha dejado claro lo siguiente:

*“En consecuencia, la materialización de los criterios en comento [se refiere a la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales] llevan a señalar que en tratándose de la admisión de los medios probatorios solicitados por las partes en el curso de la primera instancia se impone la aplicación de un escrutinio leve, según el cual el Juez debe partir de la base de que los medios probatorios ofrecidos y/o solicitados por las partes se presumen admisibles y debe proceder a su decreto salvo que encuentre fundado más allá de toda duda razonable una absoluta impertinencia, inconducencia o inutilidad de la prueba o por incumplimiento grave (no simplemente formales) de las específicas exigencias que la ley establezca para cada medio probatorio, es allí, entonces, en donde le asiste la carga de la argumentación al Juez Administrativo para señalar con suficiencia las razones de hecho y normativas que le llevan a prescindir de la prueba, sin que se pueda amparar en meras conjeturas o especulaciones subjetivas”<sup>48</sup> (subrayado y destacado fuera de texto).*

La regla recién anotada se advierte en todos los medios de prueba. A manera de ejemplo, nótese que el artículo 212 del CGP, que establece los requisitos para solicitar la prueba testimonial, no determina expresamente que el incumplimiento de tales condiciones conlleve el rechazo de la prueba. Sin embargo, ninguna duda cabe acerca de que, cuando la parte interesada no señala el objeto de la prueba testimonial –o incumple cualquier otro de esos requerimientos– lo que corresponde es rechazar la solicitud correspondiente.

Ahora bien, la regla contenida en el artículo 226 del CGP no es una exigencia meramente formal. Esa regla establece los requisitos que deberá contener el dictamen pericial. Entre otros, la experticia debe contener la prueba de la idoneidad del perito –esto es, el respaldo de su formación y experiencia–, unas manifestaciones acerca de su independencia en relación con las partes del proceso, una relación de las publicaciones en las que haya intervenido y de los dictámenes que haya elaborado, la explicación precisa de los fundamentos del dictamen y la indicación de los métodos de los que se valió para realizarlo.

Ese requisito comentado –los contenidos mínimos de la experticia– tiene una evidente justificación fundada en los artículos 228 y 232 del CGP, que establecen las reglas sobre contradicción y valoración del dictamen pericial. Los requisitos en cuestión fueron establecidos por la normativa procesal en la medida en que son trascendentales para garantizar la posibilidad de una adecuada labor de contradicción del dictamen. En efecto, el propósito de que el dictamen se aporte en la oportunidad para solicitar pruebas con el contenido que ha sido referido es que todos los intervinientes del proceso, desde el momento mismo en que los investigados presentan sus actos de postulación, puedan acceder al contenido de la experticia y, además, puedan someter a examen esa prueba. Solo si el dictamen se aporta oportunamente y con el contenido aludido los investigados y la Delegatura podrán (i) verificar la idoneidad del perito para pronunciarse respecto de hechos que interesan al proceso y que requieren de especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos; (ii) corroborar la imparcialidad y objetividad del experto y (iii) obtener información relevante en cuanto a la validez de la metodología adoptada para fundamentar sus conclusiones de cara a su posterior valoración. En concordancia con lo anterior, resulta oportuno señalar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que un dictamen en el cual el perito no remite las declaraciones e informaciones exigidas en el Código General del Proceso carece de “*mérito demostrativo*”, razón que impide que el dictamen pueda “*ser considerado como una prueba pericial*”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, auto de 18 de octubre de 2016, radicación No. 55900.

<sup>49</sup> Cfr. Resolución No. 81662 de 11 de diciembre de 2017. Expediente: 15-168073 (Electro – Elen-co) en la cual se hace referencia al carácter sustancial de los requisitos exigidos en el artículo 226 del CGP y se citan las siguientes providencias

Se sigue de lo dicho que el respeto por las reglas referidas no solo está ligado con la adecuada materialización de las garantías constitutivas del derecho al debido proceso, sino que es indispensable para ello.

En conclusión, dado que no se advierte la supuesta irregularidad puesta de presente por los proponentes de la nulidad, la solicitud no tiene vocación de prosperidad.

Corresponde ahora estudiar la solicitud subsidiaria, orientada a que se prive de validez la decisión adoptada por la Delegatura en la audiencia de ratificación de la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**)<sup>50</sup>, consistente en negar el aporte del documento suscrito por la firma **E-CONCEPT**, contenido del dictamen pericial que fue rechazado mediante las Resoluciones Nos. 17635 y 23745, ambas de 2018, para que fuera valorado probatoriamente como un documento. A juicio de la Delegatura, la decisión cuestionada no configuró una irregularidad procesal en esta actuación administrativa por tres razones.

La primera de ellas consiste en que los investigados pierden de vista que en materia de nulidades procesales es indispensable, de conformidad con el principio de especificidad, que los hechos alegados se subsuman dentro de alguna de las causales de nulidad taxativamente señaladas en las normas procesales o en la Constitución Política, sin que se admitan motivos adicionales<sup>51</sup>. De este modo, se tiene que la causal alegada, denominada *“no haber permitido a INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S., la incorporación al expediente del documento contentivo del peritaje elaborado por la firma Econcept”*, no se subsume en ninguna de las previstas en la Ley.

Pero más allá de ello, la norma citada por los proponentes para fundamentar la irregularidad procesal, esto es, el artículo 221 del CGP, no resulta aplicable en este caso, por cuanto tal precepto regula las declaraciones rendidas por terceros. En efecto, dado que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) tiene la calidad de investigada en el marco de la actuación administrativa que acá interesa –no de tercero–, es claro que la regla contenida en el artículo 221 del CGP no es aplicable para la declaración que rindió. La regla aplicable es el artículo 203 del CGP, que regula lo relacionado con la declaración de parte que se materializa a través del interrogatorio, regla que no habilita al declarante para aportar documentos durante su intervención.

En tercer lugar, no es válido considerar que un medio de prueba consistente en un dictamen pericial pueda ser considerado simplemente como una prueba documental, como pretenden hacerlo ver los proponentes de la nulidad. En efecto, un dictamen pericial, de conformidad con el artículo 226 del CGP, es un concepto rendido por un experto sobre el tema que él domina, razón por la que, según los artículos 228 y 232 del mismo código, su contradicción tiene unas condiciones especiales.

La adecuada contradicción del dictamen exige que las personas vinculadas al proceso conozcan oportunamente el concepto para que puedan determinar la formación, experiencia e independencia del perito y la validez de sus fundamentos y conclusiones. Dado lo anterior, la decisión consistente en negar el aporte del dictamen pericial –como si de un documento se tratara– en el curso de la declaración rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) en el marco de la etapa probatoria de la presente investigación, lejos de comportar una violación al derecho de defensa de los

---

de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: auto de 25 de octubre de 2016, AC7246-2016, reiterado, entre otros, en autos AC5405, 23 agosto de 2016, rad. n° 2008-00324-01 y AC1641 de 2 abril de 2014, rad. 2009-01202-01.

<sup>50</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16.

<sup>51</sup> Cfr. Corte Constitucional, Auto 232/01, en el cual se estableció que: *“respecto del tema de la teoría de las nulidades, en nuestro ordenamiento procesal se aplica el principio de la especificidad en virtud del cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca, criterio que ha inspirado siempre a nuestro legislador, predicándose por ello el criterio taxativo en esta materia al indicar que toda causal de nulidad debe estar prevista en la ley”*.

investigados, estuvo basada en las normas procesales que regulan lo concerniente al aporte, contradicción y valoración del dictamen pericial (artículos 226, 227 y 228 del CGP), las cuales no pueden ser desconocidas so pretexto de que el concepto del experto repose en un documento.

Finalmente, el argumento consistente en que fue inadecuado negar la recepción del dictamen como si se tratara de un documento también debe desestimarse. En definitiva, el documento contentivo de la experticia en cuestión reposa en el expediente, toda vez que fue allegado con el recurso de reposición y luego mediante escrito radicado con el No. 17-292981-0393-00. En todo caso, la Delegatura se pronunciará sobre este dictamen en el numeral 5.7.7. de este informe motivado.

Por las anteriores razones, la solicitud de nulidad no tiene fundamento adecuado.

#### **4.3.1.2. En relación con la decisión de negar la solicitud de aclaración, complementación, adición o ajuste del informe rendido por CCE**

##### **a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:**

Mediante Resolución No. 17635 de 14 marzo de 2018, por solicitud de **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), la Delegatura ordenó oficiar a **CCE** para que remitiera *“todos los estudios económicos, de mercado y de costos”* que adelantó para el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**, así como para el reajuste *“con ocasión del desequilibrio económico en el marco del proceso LP-AMP-129 de 2016”*.

**CCE** remitió el informe solicitado, para lo cual indicó los enlaces en los cuales podían ser consultados los estudios de mercado que fundamentaron, tanto el precio de referencia en los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**, como el incremento del precio de las frutas en el Catálogo del Acuerdo Marco **CCE-542-1-AMP-2017**<sup>52</sup>. Seguidamente, de conformidad con el artículo 277 del CGP, mediante Resolución No. 28724 de 2018<sup>53</sup> se ordenó correr traslado del informe a los investigados.

Pese a que el objeto de la prueba se limitaba a la remisión de los documentos requeridos, en el término de traslado los proponentes de la nulidad solicitaron aclaración, adición, complementación y ajuste del informe rendido por la entidad enunciada. Para lo anterior, formularon una serie de preguntas con las cuales pretendieron cuestionar los fundamentos de los estudios de mercado remitidos. A manera de ejemplo, a continuación se transcriben algunas de las preguntas formuladas: *“8- (...) ¿por qué razón tanto para el proceso LP-AMP-129-2016 como para el proceso SA-SI-140-AG-2017 la metodología impuesta para determinar el precio de la fruta fue el primer cuartil (...) si para los demás grupos de alimentos que requería la SED se utilizó otra metodología (mediana)?”*; *“14- ¿los precios umbrales que se establecen en los dos (2) estudios para los dos procesos de contratación incorporan las eventuales fluctuaciones de la TRM durante la ejecución del contrato (...)?”*.

Mediante Resolución No. 28724 de 2018 se negó la solicitud propuesta con fundamento en que el objeto de la prueba por informe se encontraba satisfecho, en tanto que la entidad requerida indicó dónde encontrar los documentos solicitados. Adicionalmente, se consideró que si, en gracia de discusión, se admitiera la procedencia de las preguntas formuladas por los investigados en la solicitud, estas resultaban impertinentes en relación con el objeto de la prueba decretada, habida cuenta que las preguntas estaban dirigidas a cuestionar los precios acogidos en esos estudios de mercado que fueron remitidos.

<sup>52</sup>Folio 3384 del cuaderno público No. 15.

<sup>53</sup> Folios 3573 a 3575 del cuaderno público No. 16.

Mediante la nulidad propuesta, los investigados manifestaron que la decisión consistente en negar la solicitud de aclaración, complementación, adición o ajuste del informe rendido por **CCE** no les permitió la contradicción del estudio de costos elaborado por la **SED** que sirvió de fundamento para establecer el precio unitario de la fruta en el contrato derivado del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y, en consecuencia, se vulneró su derecho al debido proceso y el derecho a controvertir las pruebas. En virtud de lo anterior, alegando la violación del derecho al debido proceso, solicitaron decretar la nulidad de la decisión referida y, en su lugar, dar trámite a la solicitud de aclaración, complementación y ajuste presentada por los ahora proponentes de la nulidad.

Como fundamento de su petición los investigados arguyeron, por un lado, que la Delegatura confundió el informe directo de los hechos con la copia de documentos u otras piezas y, por el otro, que como el objeto del informe solicitado era conocer en qué se fundamentó la entidad contratante para justificar el incremento del precio de las frutas en el catálogo del Acuerdo Marco de Precios **CCE-542-1-AMP-2017**, las preguntas formuladas por ellos en la solicitud de aclaración del informe rendido por la entidad nacional enunciada resultaban pertinentes por cuanto guardaban relación con el objeto del proceso y con los hechos que se debaten en la investigación.

#### b) Consideraciones de la Delegatura:

Resulta preciso destacar que la prueba por informe a la que se hace referencia fue solicitada por **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) en los términos del inciso segundo del artículo 275 del CGP, la cual se circunscribía a que **CCE** remitiera “*el estudio económico de mercado y de costos que hubiera realizado o que hubiera tenido en cuenta para efectos de justificar el incremento del precio de las frutas en el catálogo del Acuerdo Marco de Precios CCE-542-1-AMP-2017, que corresponde al acuerdo al que dio lugar el proceso LP-AMP-129-2016*”<sup>54</sup>. Como se advierte, el objeto de la prueba se limitaba a que la entidad pública requerida remitiera copia de la información que tuviera en su poder. De esta manera, contrario a lo sostenido por los solicitantes, no se confundió el informe directo de los hechos con la remisión de copia de documentos, por cuanto tal medio de prueba admite el objeto para el cual fue decretado<sup>55</sup>.

Precisado así el objeto de la prueba por informe que interesa en este caso, las solicitudes de aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados solo podrían estar encaminadas a que la entidad requerida completara el objeto para el cual fue decretado este medio demostrativo, esto es, que allegara la información solicitada de manera clara, precisa y completa, si no lo hubiere hecho. Nótese que, como es sabido, la aclaración tiene por finalidad disipar los motivos de duda que pudiere padecer un concepto y/o frase contenida en el informe, y la complementación es un instrumento para que la entidad a cargo de rendir el informe, en caso de que hubiera omitido algún punto contenido en el objeto de la prueba, lo completara. Finalmente, el ajuste es un instrumento encaminado a que el objeto del informe sea precisado en caso de que padezca algún defecto. Dado que en este caso **CCE** entregó el objeto de la prueba de manera precisa, clara y completa, la Delegatura en la Resolución No. 28724 de 2018<sup>56</sup> consideró satisfecho el objeto de la prueba practicada.

De manera que, al tener la prueba un objeto definido el cual se encontró satisfecho con la información remitida por **CCE**, se advierte que las preguntas formuladas por los investigados resultaban impertinentes respecto de los términos en que fue requerido el informe, razón por

<sup>54</sup> Folio 2786 del cuaderno público No. 14.

<sup>55</sup> Según el inciso segundo del artículo 275 del CGP “*Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse*”.

<sup>56</sup> Folio 3573 a 3575 del cuaderno público No. 16.

la cual no tenían lugar, máxime si con ellas pretendieron desnaturalizar esos instrumentos para convertir esta prueba en un dictamen pericial que no aportaron oportunamente, cuestión que no puede realizarse a través de la facultad conferida en el artículo 277 del CGP.

Dado que la decisión de negar la solicitud de aclaración y complementación se fundamentó en las normas que rigen este medio de prueba, que admiten el objeto para el cual fue decretado el informe, la solicitud de nulidad debe ser desestimada.

#### **4.3.1.3. En relación con la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar y su posterior ratificación por GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**

##### **a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:**

**ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), solicitaron excluir de la investigación la declaración practicada durante la etapa de averiguación preliminar por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) por haberse obtenido con violación del debido proceso.

Los investigados manifestaron que la violación se configuró en atención a que la declarante no fue advertida de su derecho a guardar silencio y a ser asistida por un abogado. En concepto de los investigados, tal como lo manifestaron en la solicitud de exclusión de prueba radicada ante esta Superintendencia el 26 de marzo de 2018 con radicado No. 17-292981-2018<sup>57</sup> y que fue resuelta mediante Resolución No. 23745 de 9 de abril de 2018, la violación alegada se aprecia más porque la Delegatura usó la propia declaración juramentada rendida por la declarante para formular cargos en su contra.

También solicitaron la exclusión de la ratificación rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) el 9 de abril de 2018, a fin de que no fuera usada como prueba de la ocurrencia de los hechos imputados tanto a la declarante como a su padre, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**). Para fundamentar tal solicitud los investigados sostuvieron que en desarrollo de la audiencia para la recepción de su declaración nunca fue advertida de que podía guardar silencio y que sí lo hacía su decisión no sería interpretada en su contra.

##### **b) Consideraciones de la Delegatura:**

En lo que se refiere a la nulidad alegada respecto de la declaración rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) en la etapa de averiguación preliminar con fundamento en que no habría sido advertida del derecho que le asiste a guardar silencio, la Delegatura se remitirá a lo ya expuesto en la Resolución No. 23745 de 2018, por la cual se resolvió una solicitud de nulidad que sobre este mismo aspecto y con idénticos argumentos propuso la investigada en oportunidad anterior.

En síntesis, en la Resolución en comento se explicó que el derecho a la no autoincriminación es una garantía cuyo propósito es asegurar que las declaraciones que rinda una persona y que puedan comprometer su responsabilidad se hagan con conocimiento de causa, de manera libre, espontánea y desprovista de coacción. En ese sentido, se explicó que la garantía referida no fue desconocida en el curso de la declaración rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) en etapa de averiguación preliminar por dos razones. La primera de ellas consistió en que la declarante fue advertida de su derecho a no declarar en contra de sí misma ni de las personas de que trata el artículo 33 de la Constitución Política, advertencia que fue tan expresa y transparente que incluso se refirió mediante la lectura de la norma constitucional. La segunda razón por la

<sup>57</sup> Folio 3025 a 3033 del cuaderno público No. 15.

cual no se consideró que hubiera vulneración del derecho fundamental señalado, hizo referencia a que las preguntas que fueron realizadas a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) fueron planteadas por la Delegatura de tal modo que no se advierte en ellas coacción que pudiera poner en tela de juicio las respuestas otorgadas por la declarante.

En cuanto a la supuesta violación del debido proceso a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) por no haberse advertido sobre su derecho a estar asistida por un abogado, debe llamarse la atención acerca de que en la etapa de averiguación preliminar la investigada no solicitó el acompañamiento de un abogado y tampoco se le negó esta posibilidad. Es importante precisar, sobre este particular, que en este caso no se presentó una situación en la que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) hubiera solicitado que se le permitiera rendir la declaración en compañía de un abogado y que la Delegatura hubiera negado tal posibilidad. Mucho menos sucedió que la investigada en comento hubiera estado acompañada de un abogado y que en el curso de la declaración se le hubiere negado a tal profesional intervenir con el propósito de garantizar los derechos de su apoderada. Tanto es así, que en la misma etapa preliminar otros declarantes solicitaron estar asistidos por abogado y la Delegatura se los permitió.

Ahora bien, sobre la garantía que extraña la investigada, es necesario manifestar que no existe en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica una norma que condicione la validez de estas actuaciones a que se advierta a los declarantes y/o investigados sobre la posibilidad de estar asistido por un abogado que represente sus intereses.

En sustento de esta afirmación, es importante reiterar un aspecto que ya fue explicado por la Delegatura en esta actuación administrativa al resolver una solicitud de nulidad similar propuesta por otros investigados:

*“En lo que atañe a la garantía de defensa técnica, como lo ha señalado el Consejo de Estado en concordancia con los pronunciamientos que sobre el punto ha proferido la Corte Constitucional<sup>58</sup>, el derecho a la defensa técnica no está constitucionalmente ordenado en el campo del derecho administrativo sancionatorio, como sí lo está en el del derecho penal. La razón para ello es que el derecho administrativo sancionatorio impone medidas menos rigurosas que las propias del derecho penal, en tanto no acarrea la privación de la libertad<sup>59</sup>.”*

*Así mismo, la jurisprudencia enunciada ha precisado que la defensa material en los procedimientos administrativos sancionatorios comienza formalmente con el acto de apertura de investigación y formulación de cargos, con el que se concreta la imputación fáctica y jurídica a los investigados y ‘se traba probatoriamente la relación entre investigado e investigador, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho de contradicción y defensa’<sup>60</sup>.*

*Con fundamento en lo expuesto, debe resaltarse entonces que no existe en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica una*

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-328 de 2003, por la cual se declaró exequible el artículo 165 de la Ley 732 de 2004, Código Disciplinario Único. En esta sentencia la Corte Constitucional sostuvo que: “[l]a exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se tiene siempre que extender a otro tipo de procesos, aunque el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración extenderla (...). Por lo tanto, no es contrario al artículo 29 de la Constitución que la ley deje a la libre determinación del sujeto disciplinado si desea o no ser representado por un abogado. Así, el enunciado acusado será declarado exequible”.

<sup>59</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 16 de febrero de 2012, expediente: 11001-03-25-000-2009-00102-00, reiterado entre otras, en sentencia de 1 de diciembre de 2016, expediente: 11001-03-25-000-2011-00132-00, y del 9 de noviembre de 2017, expediente 11001-03-25-000-2016-00478-00.

<sup>60</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2012, expediente: 11001-03-25-000-2009-00102-00.

*norma que condicione la validez de las actuaciones probatorias a la presencia de un abogado que represente los intereses de los investigados”<sup>61</sup>*

En cuanto a la solicitud de exclusión de la ratificación de la declaración rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) el 9 de abril de 2018, esta debe ser denegada por cuanto antes de practicar la mencionada declaración la Delegatura le advirtió de manera expresa a la investigada acerca de que no se encontraba en la obligación de declarar en su contra, ni en contra de las personas a quienes se extiende la garantía contemplada en el artículo 33 de la Constitución Política. Dicha advertencia se realizó mediante la lectura de la norma constitucional que la establece y se le advirtió expresamente, en presencia de su apoderado, que la garantía de no autoincriminación incluía la prerrogativa en favor de la declarante de guardar silencio respecto de aquellas respuestas que podían resultar autoincriminatorias. Adicionalmente, se levantó el juramento en aquellas preguntas en las que su respuesta podía tener una implicación penal<sup>62</sup>. Ahora bien, la supuesta incorrección ahora denunciada debió incoarse en la audiencia de recepción de la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), quien se encontraba asistida por abogado, situación que no sucedió, lo que revela a todas luces la ausencia de afectación de los derechos de la declarante.

Por las anteriores razones, no advierte esta Delegatura la configuración de la nulidad invocada.

#### **4.3.1.4. En relación con la declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ.**

**ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), solicitaron excluir de la investigación la declaración rendida durante la etapa de averiguación preliminar por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) por haberse obtenido con violación del debido proceso, sin explicar las razones por las cuales la práctica de la declaración lesionó sus garantías constitucionales.

Como los investigados no cumplieron con la carga de formular los argumentos que demostrasen la irregularidad procesal denunciada, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 del CGP<sup>63</sup> procede esta Delegatura a desestimar la solicitud de nulidad propuesta<sup>64</sup>.

#### **4.3.2. Solicitudes de nulidad presentadas por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ**

##### **4.3.2.1. En relación con la imposibilidad de practicar los dictámenes periciales solicitados por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ**

###### **a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:**

<sup>61</sup> Folio 3334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

<sup>62</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto del 7:30 a 10:57). En Efecto, la Delegatura explicó que el precepto contenido en el artículo 33 de la Constitución Política se traducía en el principio de no autoincriminación que incluye, por supuesto, adoptar una posición de no responder aquellas preguntas que resultaran a su juicio autoincriminatorias, sin perder de vista que aunado a tal prerrogativa también tenía el deber de rendir declaración y de colaborar con el Estado en la investigación. Ahora bien, respecto a que su declaración no fuera usada en su contra, la Delegatura advirtió que el Estado tienen la carga de comprobar la comisión de conducta objeto de reproche a través de los diferentes medios que prueba que sean recaudados en la investigación, incluida su declaración libre y espontánea.

<sup>63</sup> Según el artículo 135 del CGP, “la parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, **expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer**”.

<sup>64</sup> Cfr. Auto A015 de 2017, Corte Constitucional. Magistrado sustanciador: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Según esta providencia, la carga argumentativa es un requisito formal que debe acreditarse para que sea posible estudiar una solicitud de nulidad, que consiste en que esta debe plantear un argumento que ilustre de manera clara, precisa, pertinente y suficiente, la irregularidad que justifica la violación del debido proceso y su incidencia en la decisión proferida.

Mediante Resolución No. 17635 de 14 marzo de 2018<sup>65</sup>, la Delegatura rechazó los dictámenes periciales anunciados por **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), que tendrían por objeto demostrar la capacidad instalada y liquidez financiera de **DISFRUVER** y de los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALMIENTO SALUDABLE** con el propósito de determinar si podían asumir de manera individual la ejecución del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Lo anterior, habida cuenta de que no se dio cumplimiento a la carga procesal establecida en el artículo 227 del CGP, consistente en referir el motivo por el cual el término previsto en la normativa aplicable para la aportación de la experticia resultó insuficiente para ese propósito.

Los investigados propusieron recurso de reposición contra la descrita determinación, en el cual alegaron, en síntesis, que el artículo 227 del CGP no establecía la carga de exponer las razones que justifican la insuficiencia del término para aportar el dictamen.

La decisión fue confirmada por la Delegatura, en atención a que se consideró que la interpretación literal que propusieron **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) respecto del artículo 227 del CGP, en relación con la oportunidad para aportar el dictamen pericial, resultaba inadmisibles por dos razones.

La primera de ellas, hizo referencia a que la interpretación literal propuesta por los investigados referidos -según la cual la norma no exige que quien quiera servirse de un dictamen pericial deba justificar las razones por las cuales no lo allega con su acto de postulación- resulta contraria a la finalidad que persigue la norma, cual es (i) materializar el principio de economía procesal; (ii) suprimir trámites innecesarios y (iii) concentrar la práctica de pruebas. La segunda de ellas, se refiere a que la interpretación literal dejaría sin efecto útil el condicionamiento que establece la norma, en la que se dispuso que solo "*cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen*" será procedente anunciar el dictamen para presentarlo en un momento posterior. Lo anterior por cuanto, de acoger esa interpretación, el investigado tendría la opción de abstenerse de aportar el dictamen dentro del término legal y de acudir a la facultad de anunciarlo, sin explicar las razones de tal proceder.

De ese modo, **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) manifestaron que se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 5 del artículo 133 del CGP, al haberse rechazado los dictámenes periciales solicitados en su escrito de descargos. Para fundamentar la solicitud de nulidad expusieron los mismos argumentos propuestos en el recurso de reposición que interpusieron contra la Resolución No. 17635 de 2018.

#### b) Consideraciones de la Delegatura:

Frente a este asunto, la Delegatura no accederá a la solicitud de nulidad arriba descrita, toda vez que al basarse en los mismos argumentos que fundamentaron el recurso de reposición que formularon contra la Resolución No. 17635 de 2018, se advierte que la nulidad no pretende corregir ningún yerro procesal ocurrido en esta actuación administrativa, sino que pretende reabrir un debate sobre el rechazo del dictamen pericial, que fue resuelto a través de las resoluciones Nos. 17635 de 14 de marzo de 2018 y 23745 de 9 de abril de 2018. Reitérese que la finalidad de las nulidades procesales es corregir las falencias en las que se haya incurrido en la actuación procesal, por lo que no constituyen una alternativa o recurso adicional para debatir la decisión sobre el rechazo de la prueba pericial.

<sup>65</sup> Folios 2782 a 2790 del cuaderno público No. 14.

Teniendo en cuenta la coincidencia entre los argumentos expuestos en el recurso de reposición contra el acto por el cual esta Delegatura se pronunció sobre las pruebas y los esgrimidos en la solicitud de nulidad, para resolverla basta con remitirse a los argumentos expuestos en el literal b) del numeral 3.1.1. de la Resolución No. 23745 de 9 de abril de 2018, por la cual se resolvió confirmar la decisión de rechazar el dictamen pericial anunciado por **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**).

Téngase en cuenta que en tal oportunidad la Delegatura explicó que entre las dos interpretaciones posibles del artículo 227 del CGP, esto es, aquella fundada en una interpretación literal de la norma –como fue la propuesta por los investigados–, y aquella que consulta los fines que pretende alcanzar la disposición normativa en comento, ésta última resulta más razonable por cuanto permite materializar los principios de economía procesal y eficacia y no priva de efectos el contenido de la disposición consagrada en el artículo en comento.

Pero más allá de ello, se tiene que en esta actuación administrativa no se ha configurado la causal de nulidad alegada toda vez que no se omitió la oportunidad para solicitar, decretar o practicar pruebas, ni se omitió pronunciamiento respecto de las pruebas solicitadas por los proponentes de la nulidad, ni se omitió la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria. En efecto, los proponentes de la nulidad fueron notificados del acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y se les concedió el término de 20 días hábiles para que con sus escritos de descargos allegaran y/o solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer, respecto de cuyo decreto se pronunció la Delegatura mediante la Resolución No. 17635 de 2018. Del mismo modo, en lo atinente a las pruebas que fueron rechazadas, como lo fueron los dictámenes periciales objeto de discusión, se resolvió sobre la impugnación propuesta mediante la Resolución No. 23745 de 2018<sup>66</sup>.

Por las anteriores razones, no advierte esta Delegatura la configuración de la nulidad propuesta.

#### **4.3.2.2. En relación con la práctica de las declaraciones recaudadas en la etapa de averiguación preliminar**

a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:

**DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) solicitaron declarar la nulidad y, en consecuencia, excluir la totalidad de las declaraciones rendidas por los “*investigados*” en la etapa de averiguación preliminar. Al respecto, manifestaron que desde la averiguación preliminar tenían la calidad de investigados pues la queja que había presentado **CCE** se refería a las empresas que fueron visitadas. Así mismo, afirmaron que al tener esa calidad no podían tomar su declaración bajo juramento, de conformidad con el artículo 337 de la Ley 600 de 2000, al igual que se les debió indicar que tenían derecho a estar acompañados de un abogado y explicárseles el principio de no autoincriminación.

b) Consideraciones de la Delegatura:

La solicitud de nulidad propuesta, a juicio de esta Delegatura, no tiene vocación de prosperidad por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, se advierte que, de conformidad con el artículo 135 del CGP quien alegue una irregularidad procesal “*deberá tener legitimación para proponerla*”, esto es, que la configuración del vicio se supedita a que se verifique una lesión por quien la alega<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Folios 334 a 3341 del cuaderno público No. 15.

<sup>67</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia de 20 de febrero de 2018, radicación: 11001-31-10-007-2010-00947-01 (SC280-2018). “*La protección se relaciona «con la*

En atención a esta regla de legitimación, se advierte que **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA** (subgerente de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) no rindieron declaración en etapa de averiguación preliminar<sup>68</sup>, de manera que no serían sus derechos los que habrían resultado lesionados en el supuesto de que fuera cierta la existencia de una irregularidad en esta actuación administrativa. Lo anterior cobra mayor relevancia si en cuenta se tiene que las personas que rindieron declaración en la etapa de averiguación preliminar y que con posterioridad adquirieron la calidad de investigados, rindieron sus descargos y solicitaron y aportaron pruebas.

En segundo lugar, debe advertirse que, en virtud del principio de oportunidad (inciso segundo del artículo 135 del CGP), la solicitud analizada deviene tardía debido a que han debido proponerla al tener conocimiento de la apertura de la investigación y de la formulación de cargos, momento en el cual las declaraciones rendidas en la etapa de averiguación preliminar les fueron oponibles. Sin embargo, sobre este punto guardaron silencio, lo que revela ausencia de afectación de sus intereses.

Pero más allá de ello, lo cierto es que ninguna de las razones que los investigados refirieron para sustentar la nulidad tiene un fundamento adecuado. Lo primero que debe advertirse es que ninguna de las personas que rindieron su declaración en la etapa de averiguación preliminar tenía para ese momento la calidad de investigado.

En efecto, en sustento de esta afirmación es importante reiterar un aspecto explicado en anterior oportunidad por la Delegatura en esta actuación administrativa, al resolver una solicitud de nulidad similar propuesta por otros investigados:

*“como el propósito de la etapa de averiguación preliminar consiste en establecer si es necesario iniciar una investigación formal mediante la recaudación de información acerca de hechos que podrían tener la condición de resultar violatorios del régimen de protección de la libre competencia económica y sobre las personas que pudieron estar involucradas en esos hechos<sup>69</sup>, es claro que en esa etapa de la actuación administrativa no hay personas a las que se les hubiere atribuido la condición de investigados. En consecuencia, además de que la normativa aplicable no exige que para la práctica de una declaración en la etapa de averiguación preliminar se indique la calidad en la que actuarán en un eventual proceso las personas cuya versión se pretende recaudar, debe llamarse la atención acerca de que, dada la función de la etapa en cuestión, esa indicación resulta imposible porque en ese momento de la actuación no existen investigados o terceros”<sup>70</sup>.*

En relación con la supuesta prohibición legal para tomar las declaraciones bajo juramento, se tiene que la Delegatura practicó estas declaraciones en estricto cumplimiento de la normativa aplicable a esta actuación administrativa de carácter sancionatorio. En efecto, la Delegatura realizó las visitas administrativas de inspección y practicó las declaraciones recaudadas en el marco de esta actuación conforme con la habilitación contenida en el numeral 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. Esas normas facultan a la Delegatura para **“interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos”**. Durante la práctica de esas pruebas, de conformidad con la normativa procesal aplicable, la Delegatura informó expresamente a cada uno de los declarantes acerca de su derecho de no autoincriminación y, además, no negó la posibilidad de que quienes lo quisieran estuvieran acompañados de un abogado. En consecuencia,

---

*legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderantemente preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega» (CSJ, SC, 1 mar. 2012, rad. n.º 2004-00191-01)”*

<sup>68</sup> Folio 217 a 217 del cuaderno público No. 2. Acta de visita administrativa de DISFRUVER.

<sup>69</sup> Sobre el particular véase: (i) Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20 del 6 de enero de 2015; (ii) Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16138 del 10 de abril de 2015.

<sup>70</sup> Resolución No. 23745 de 09 de abril de 2018, expediente: 17-292981.

resulta claro que las normas del Código de Procedimiento Penal invocadas por los proponentes de la nulidad no son las aplicables en esta actuación administrativa.

En lo que atañe al principio de no autoincriminación, no puede perderse de vista que tal prerrogativa tiene como propósito garantizar que las declaraciones que rinda una persona y que puedan comprometer su responsabilidad se hagan con conocimiento de causa, de manera voluntaria y libre de coacción<sup>71</sup>. Así las cosas, es claro que el argumento basado en que se desconoció la garantía en cuestión no puede ser acogido, pues la Delegatura advirtió de manera expresa a los declarantes acerca de que no podrían ser obligados a declarar contra ellos mismos ni contra las personas en relación con quienes se extiende la garantía en cuestión, advertencia que fue tan expresa y transparente que incluso se refirió mediante la lectura de la norma constitucional que la establece.

Ahora bien, respecto de la alegación consistente en que a los ahora investigados se le violó el derecho al debido proceso al no advertírseles “*que tenían derecho de ser asistidos por abogado*”, la Delegatura se remite a los argumentos expuestos en el literal b) del numeral 4.3.1.3. de este informe motivado. Aunado a lo anterior, se destaca que las personas que rindieron declaración en etapa de averiguación preliminar –algunas de las cuales adquirieron la condición de investigados con ocasión de la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos– no se les negó la posibilidad de contar con un abogado al momento de rendir su declaración, como pretenden hacerlo ver los proponentes de la nulidad.

Por último, se destaca que los ahora proponentes de la nulidad en el momento de rendir su declaración para acceder al Programa de Beneficios por Colaboración estuvieron acompañados de apoderado, quien los asistió durante toda la audiencia y les recomendó tal proceder<sup>72</sup>.

En consecuencia, no advierte esta Delegatura las irregularidades procesales alegadas por los investigados, por lo que no puede accederse a la nulidad invocada.

#### **4.3.2.3. En relación con el aporte del “documento” por parte de GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR en su declaración**

##### **a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:**

Con fundamento en el numeral 5 del artículo 133 del CGP, los solicitantes de la nulidad manifestaron que la Delegatura no practicó una prueba pertinente, al no permitir a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) aportar durante el transcurso de la ratificación de su declaración, como un documento de contenido declarativo, el dictamen pericial que había anunciado **ALIMENTOS DAZA** en sus descargos. Según los investigados, esa actuación estaba permitida por la facultad con la que cuentan los testigos prevista en el numeral 6 del artículo 221 del CGP.

##### **b) Consideraciones de la Delegatura:**

<sup>71</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de noviembre de 2014, radicación: 2013-00254-01. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado, con fundamento en la sentencia C-559-2009, señaló que “*Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad*”.

<sup>72</sup> Folios 2961 y 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER. Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez y Andrea Rosas Díaz para acceder al Programa de Beneficios por Colaboración, incorporados a esta actuación administrativa mediante Resolución 17635 de 2018.

La Delegatura estima que no hay lugar a decretar la nulidad anteriormente propuesta, habida cuenta de que no se encuentra demostrado el interés que le asiste a **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) para solicitar la nulidad en relación con una circunstancia que, de ser lesiva de los derechos de defensa y contradicción, sería del interés de **ALIMENTOS DAZA**, como solicitante del dictamen pericial contenido en el documento que pretendió aportar en su declaración **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), como representante legal de aquella.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se entendiera que **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) están legitimados para proponer la nulidad, lo cierto es que la causal de nulidad invocada por los investigados no se entiende configurada, en los términos expuestos en el literal b) del numeral 4.3.1.1. de este informe.

Por las anteriores razones, es claro que la decisión adoptada por la Delegatura no transgredió la garantías de los investigados, razón por la cual la solicitud de nulidad no prospera.

#### 4.3.2.4. En relación con la “recusación de funcionario de la SIC sin que se siguiera el trámite correspondiente”

##### a) Fundamentos de la solicitud de nulidad:

Los solicitantes de la nulidad manifestaron que en la audiencia prevista para la recepción de la declaración del investigado **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) al inicio de la etapa probatoria, que tuvo lugar el 6 de abril del 2018, “claramente” expresaron la existencia de una causal de recusación en relación con los servidores Carlos Andrés Esguerra Cifuentes y Diana Carolina Gómez Ortiz, habida cuenta que habían conocido del asunto en una oportunidad anterior, lo cual podía afectar su imparcialidad.

Tal afirmación se fundamentó en que tales profesionales, vinculados al Grupo Élite contra Colusiones de la Delegatura para la Protección de la Competencia, habían participado en los procedimientos en los que se canalizó la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración de **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**). A juicio de los investigados enunciados, se configuró la nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 133 del CGP por cuanto no se siguió el trámite previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la decisión de la recusación que, según ellos, propusieron.

##### b) Consideraciones de la Delegatura:

Son varias las razones que demuestran que la supuesta irregularidad advertida por los investigados no se ha configurado.

Como se puede apreciar en la declaración de **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), el apoderado de los proponentes de la nulidad manifestó lo siguiente en relación con el objeto de la nulidad que se estudia:

*“En este proceso hubo una solicitud de acceder a un programa de beneficios por colaboración y pues observo que hay unos funcionarios que conocieron de ese programa y*

*pues no sé si eso pueda afectar la imparcialidad o no de una persona al momento de decidir y participar en el proceso administrativo sancionador (...)*<sup>73</sup>.

Lo primero por decir sobre esa afirmación es que es extremadamente discutible que constituya “claramente” la formulación de una recusación en los términos del artículo 12 del CPACA. Ciertamente, el apoderado de los investigados no aclaró respecto de quiénes se refería su comentario ni la causal que se habría configurado por la situación que mencionó. En adición, manifestar que no se sabe si algo podrá o no constituir una afectación a la imparcialidad difícilmente podría ser considerado como una acusación consistente en que un profesional vinculado con la actuación debería apartarse del conocimiento del asunto porque lo conoció en una oportunidad anterior (numeral 2, artículo 11, CPACA).

Lo anterior es mucho más evidente si se tiene en cuenta que Francisco Melo Rodríguez, Coordinador del Grupo Élite contra Colusiones de la Delegatura de ese entonces –es decir, el superior funcional de los profesionales contra quienes se habría dirigido la supuesta recusación–, en la audiencia referida dio respuesta a la vaga inquietud que manifestó el apoderado de los solicitantes al aclarar que, en el contexto del caso, no existía ningún riesgo respecto de la imparcialidad de la actuación. Pese a ello, y también a pesar de que el apoderado de los proponentes de la nulidad –que supuestamente había formulado una recusación– tenía conocimiento de que esa acusación debería provocar la suspensión del proceso, ese apoderado nada más dijo en relación con el asunto y ninguna oposición manifestó, tanto en la audiencia en cuestión como en la totalidad de la etapa probatoria, en relación con el hecho consistente en que el proceso continuó y no se suspendió a pesar de su supuesta petición. Bajo ese entendimiento, la conducta adoptada por los investigados proponentes de la nulidad demuestra que no hubo afectación de sus intereses.

En consecuencia, lo descrito hasta este punto revela que es contrario a la realidad de esta actuación administrativa que **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) hubieran formulado una recusación y, por lo tanto, también es contrario a la realidad que la Delegatura hubiera actuado sin resolverla.

No obstante lo anterior, es conveniente añadir que, tanto si en esa ocasión se presentó una recusación, como si no ocurrió esa circunstancia, la situación planteada por los solicitantes, lejos de evidenciar la vulneración de sus derechos fundamentales, demuestra una actuación contraria a los deberes que le asisten a los investigados en esta actuación administrativa. En sustento de la conclusión anotada debe llamarse la atención sobre las siguientes circunstancias:

Si fuera cierto que el apoderado de los solicitantes formuló una recusación, debería concluirse que ante la respuesta de la Delegatura –motivada por la forma vaga en que se habría planteado la acusación– dicho apoderado decidió pasar por alto el hecho de que su petición no habría sido contestada con el fin de insistir en ella solo hasta el final de la etapa probatoria con el propósito de anular toda la actuación surtida hasta ese punto.

En dicho contexto, la conducta incoada por los investigados resulta contraria a los deberes de colaboración, buena fe y lealtad consagrados en los artículos 83 y 95 de la Constitución Política, los numerales 1 y 2 del artículo 6 del CPACA y el numeral 1 del artículo 78 del CGP, preceptos que fundamentan la exigencia de oportunidad en la proposición de las nulidades procesales<sup>74</sup>. En efecto, se advierte que la denunciada irregularidad procesal fue propuesta cuando ya habían sido practicadas la mayoría de las pruebas decretadas en esta actuación administrativa. De lo anterior se sigue que si **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) se percataron de la existencia de una nulidad que coloca en riesgo sus

<sup>73</sup> Folio 3540 del cuaderno público No. 16 (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez minuto 04:40, Parte I).

<sup>74</sup> Cfr. Auto 029A/02 de la Corte Constitucional.

derechos, debieron ponerla de inmediato en conocimiento del director del proceso y no actuar sin proponerla, permitiendo que la actuación procesal siguiera su curso, en franco desconocimiento de sus cargas procesales.

Ahora bien, si el apoderado de los accionantes no hubiera formulado recusación alguna, la conclusión sería la misma. En ese caso, los proponentes de la nulidad estarían tratando de anular la actuación desarrollada durante la etapa probatoria aprovechando la vaguedad con la que realizó un comentario en el momento inicial de esa etapa. Esa conducta, de la misma forma, nada tiene que ver con la protección de derechos fundamentales. Es un comportamiento desleal y carente de seriedad.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión pudiera afirmarse que los solicitantes efectivamente formularon una recusación y que efectivamente la Delegatura no la resolvió, la solicitud de nulidad tampoco podría prosperar por dos razones. La primera de ellas es porque, como se indicó con anterioridad, no fue propuesta oportunamente, de conformidad con los artículos 135 y 136 del CGP, sino que fue solicitada cuando había transcurrido en buena parte la práctica de las pruebas.

La segunda de ellas, porque el supuesto yerro procesal no resulta trascendente, pues no afectó la garantía al debido proceso de los investigados proponentes de la nulidad.

Sobre esa base, debe resaltarse que después de la expedición del acto de apertura de la investigación y formulación de pliego de cargos<sup>75</sup> **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) acudieron voluntariamente a la Superintendencia de Industria y Comercio para acceder al Programa de Beneficios por Colaboración previsto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 1523 de 2015. En el marco de esa petición –y acompañados por los mismos abogados que los han representado en esta actuación administrativa– rindieron las declaraciones en las que admitieron su participación en los comportamientos materia de investigación y voluntariamente aportaron material probatorio.

Después de que la Delegatura negó el acceso al Programa de Beneficios por Colaboración como consecuencia de que los hechos admitidos por los solicitantes y el material probatorio entregado no aportó nada nuevo a la actuación, pues ya era conocido por la Delegatura, los solicitantes decidieron, voluntariamente y con el fin de gozar de un beneficio de reducción de la eventual multa que se les imponga a manera de sanción, dejar disponible en el expediente los documentos que habían aportado, con fundamento en el artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1074 de 2015.

Teniendo en cuenta lo anterior, la alegación consistente en que algunos profesionales de la Delegatura tienen conocimiento de la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración es intrascendente y no plantea un problema respecto de la condición de imparcialidad e independencia que debe asistir a quienes practican pruebas, pues los mismos investigados, de manera voluntaria y con el fin de obtener beneficios, aportaron al expediente esas declaraciones y los documentos que habían presentado.

En consecuencia, tanto los profesionales que participaron en la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración, como cualquier otro que hubiera participado en la investigación que interesa en esta actuación, habrían tenido conocimiento del contenido de las declaraciones que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) rindieron en el marco de la solicitud descrita y de los documentos aportados por ellos, pues lo cierto es que, de

<sup>75</sup> La resolución No. 53641 de 2017, "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos" en esta actuación administrativa fue expedida el 1° de septiembre de 2017, mientras que la solicitud de ingreso al Programa de Beneficios por Colaboración se hizo el 06 de septiembre de 2017.

manera voluntaria, la aportaron a esta actuación administrativa con la finalidad de obtener beneficios en cuanto a la reducción de la multa que eventualmente llegare a imponerse.

Puestas de este modo las cosas, admitir que la actuación con fundamento en la cual los solicitantes aspiran a obtener beneficios en el marco de la investigación sirva, además, para invalidar lo que sin ninguna oposición basada en una supuesta recusación se actuó en ese contexto, resulta contrario a los deberes de lealtad procesal que les asisten en esta investigación.

Así las cosas, a juicio de esta Delegatura, la irregularidad procesal invocada no se configuró.

#### **4.3.3. Irregularidad alegada por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ basada en que supuestamente en la resolución de apertura de investigación no se habría formulado una imputación concreta**

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) manifestó que la imputación subsidiaria contenida en el artículo sexto de la parte resolutive de la Resolución No. 53641 de 2017 resultó ser indeterminada, por cuanto no contiene las razones de hecho sobre las cuales se fundamenta la misma, ni los comportamientos desplegados que se adecuaban a los verbos rectores contemplados en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992<sup>76</sup>, lo que limitaría su derecho de defensa y contradicción en tanto que “*no tiene certeza sobre el requerimiento que el Estado hace de él, no sabe de qué defenderse*”. Según su alegato, el cargo subsidiario no especifica cuál de las conductas descritas en la norma es la que se le imputa ni cuáles fueron las acciones u omisiones que supuestamente habría ejecutado. Con fundamento en lo anterior, a fin de corregir la irregularidad presentada dentro del proceso solicitó retirar el cargo fundado en la norma señalada.

Sobre el particular, debe resaltarse que, de acuerdo a esta Delegatura, el argumento de defensa carece de fundamento adecuado. Téngase en cuenta que en la resolución por medio de la cual se abrió la investigación y se formuló pliego de cargos se expusieron de manera clara, concisa y suficiente los hechos y los elementos de prueba en los que se fundó la decisión de iniciar investigación administrativa en contra de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**).

De ese modo, en lo que respecta al cargo imputado en el artículo 6 de la parte resolutive de la Resolución No. 53641 de 2017, se tiene que este acto administrativo expuso los elementos de prueba recaudados en la etapa de averiguación preliminar que permitían sostener que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) habría colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado, y/o tolerado las conductas violatorias de las normas de protección de la libre competencia en el marco del proceso de selección **SA-SI-AG-140-2017**.

En efecto, el investigado enunciado contó con todos los elementos de juicio para comprender el comportamiento atribuido en la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos, pues se le acusó, de manera subsidiaria, de colaborar, facilitar, ejecutar, autorizar o tolerar las conductas reprochables mencionadas en la resolución en las condiciones que se siguen de las pruebas que sirvieron de base para la acusación. Por lo tanto, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción tuvo la posibilidad de derruir los postulados formulados en contra suya para obtener su absolución. Tanta fue la precisión de la conducta imputada y de su comprensión por parte del investigado, que en los descargos presentados, durante la etapa probatoria y en las alegaciones finales, controvirtió la valoración de las pruebas y las

<sup>76</sup> Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 16, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009. “*Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*” (Destacado fuera de texto).

conclusiones de la Delegatura sobre las cuales se fundamentó la apertura de investigación y formulación de cargos y explicó su comportamiento en el marco del proceso **SA-SI-AG-140-2017**.

En un caso similar, en el cual los investigados alegaron la indefinición del cargo por cuanto el acto de apertura de investigación y formulación de cargos no señaló cuáles de las conductas reprochadas a las personas naturales se adecuaban con los verbos rectores que contempla el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura estimó que la solicitud de nulidad era infundada, pues de los elementos probatorios exhibidos y valorados en la parte motiva se advertía que se les había acusado de realizar los comportamientos descritos en la norma y que, en esa medida, tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma, así:

*“Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente resaltar, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, que en materia administrativa sancionatoria la aplicación de las garantías que constituyen el derecho al debido proceso se satisfacen con el rigor propio de las reglas y características de la actuación administrativa, que por supuesto no son las mismas que rigen el debido proceso en materia penal.*

*Sobre esa base, es claro que la imputación contenida en la resolución que abrió la presente investigación atendió las condiciones que establece la normativa aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias para la formulación de la imputación. En efecto, en aquella resolución se formuló con claridad una imputación consistente en que las personas naturales habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos anticompetitivos que se atribuyeron a **TECNOQUÍMICAS, TECNOSUR KIMBERLY, FAMILIA y DRYPERS**.*

*Ahora bien, es obvio que –en tanto que el acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos solo puede ser entendido como una unidad entre motivación y decisión– el fundamento de la imputación se encuentra principalmente en el material probatorio que se trajo a colación en esa oportunidad y que da cuenta de la realización de los comportamientos anticompetitivos investigados.*

*Por lo tanto, todos los investigados contaban con los elementos de juicio suficientes para comprender el contenido de la imputación que se les formuló, pues se les acusó de colaborar, facilitar, ejecutar, autorizar o tolerar las conductas reprochables mencionadas en la resolución en las condiciones que se siguen de las pruebas que sirvieron de base para la acusación. Por lo tanto, tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma.*

*En efecto, la prueba que incrimina a las personas naturales es la misma que incrimina a los agentes de mercado o empresas, lo que resulta lógico en la medida en que la conducta de las empresas solo se puede establecer a partir de la conducta de las personas naturales que le sirven, por su acción u omisión y su rol en la estructura corporativa”<sup>77</sup>.*

Por las anteriores razones, a juicio de esta Delegatura la irregularidad denunciada no se configuró.

#### **4.3.4. La supuesta violación del derecho al habeas data de HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS**

**HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** adujeron que al momento de recaudar la información de sus teléfonos celulares durante la declaración que rindieron en la etapa de averiguación preliminar no se respetó su derecho al

<sup>77</sup> Informe Motivado del expediente 13–266923 de 2017 (PAÑALES).

habeas data<sup>78</sup>, habida cuenta que no se diferenci6 la informaci6n relacionada con su actividad empresarial de aquella meramente personal.

Al respecto cabe destacar que la solicitud de copia de extracci6n de imagen forense de los equipos celulares de **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) tuvo como fundamento el inciso final del artículo 15 de la Constituci6n Polític6, seg6n el cual la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspecci6n, vigilancia y control<sup>79</sup> en relaci6n con el r6gimen de protecci6n de la libre competencia econ6mica, entre otros asuntos, est6 autorizada para exigir la presentaci6n de cualquier clase de informaci6n, p6blica o privada, que considere necesaria para el cumplimiento de las referidas funciones. Ese es, precisamente, el alcance que de esta facultad se desprende no solo del texto del precepto constitucional, sino de los pronunciamientos que sobre el mismo ha realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia<sup>80</sup>.

Así mismo, tal prerrogativa encuentra sustento en los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, con los que se faculta a esta Superintendencia para recaudar todos los elementos materiales probatorios con el fin de desarrollar su funci6n de adelantar investigaciones para determinar infracciones al r6gimen de protecci6n de la libre competencia econ6mica<sup>81</sup>.

Es pertinente agregar un fundamento adicional para las actuaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, en particular, en aquellos eventos en los que el desarrollo de las funciones implique la recaudaci6n de informaci6n consistente en datos personales o datos sensibles. En efecto, el literal a) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 (*por la cual se dictan disposiciones generales para la protecci6n de datos personales*) establece que no es necesaria la autorizaci6n del titular de los datos personales para efectos de su tratamiento cuando se trate de "*informaci6n requerida por una entidad p6blica o administrativa en ejercicio de sus funciones legales*", debi6ndose aclarar que el concepto de "tratamiento", seg6n el literal g) del artículo 3 de la referida Ley 1581 de 2012, incluye la recolecci6n u obtenci6n de los datos personales. Lo anterior significa que esta entidad est6 facultada para obtener informaci6n que corresponda con datos personales e incluso sensibles siempre que se obtengan en ejercicio de sus funciones y que se guarde la debida reserva de la informaci6n.

Sobre el particular, cabe resaltar que la presunta vulneraci6n del habeas data no pudo configurarse. En efecto, el acopio de la informaci6n que reposaba en sus equipos celulares estuvo precedido de la autorizaci6n que sobre ese aspecto otorgaron **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**). Tanto así que, en seña de asentimiento, firmaron (i) los formatos de extracci6n de im6genes forenses del laboratorio de inform6tica forense<sup>82</sup> (ii) y el acta de comparecencia a audiencia de declaraci6n, en la cual expresamente se dej6 constancia de que los declarantes habían aceptado que la Delegatura accediera a la informaci6n contenida en sus celulares<sup>83</sup>.

Aunado a lo anterior, se ha salvaguardado la informaci6n que pudiera tener la naturaleza de reservada para que no sea divulgada ni conocida por el p6blico en general. Ello se evidencia en que en desde la formaci6n misma del expediente, y en cumplimiento del artículo 36 del

<sup>78</sup> Folio 2164 del cuaderno p6blico No. 11.

<sup>79</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 570 de 2012.

<sup>80</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 505 de 1999. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casaci6n Civil. Sentencia de 4 de septiembre de 2007. Ref. 05001-22-000-2007-00230-01.

<sup>81</sup> Ver sentencia del 20 de noviembre de 2014, Exp. 25000 23 24 000 2008 00137 01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

<sup>82</sup> Folios 1615 y 1617 del cuaderno reservado No. 9 Castelblanco.

<sup>83</sup> Folios 1626 a 1628 y folios 1630 a 1632 del cuaderno p6blico No. 9.

CPACA, esta entidad procedió a desglosar la información que pueda estar sujeta a algún tipo de reserva y la ubicó en cuadernos separados que solo pueden ser conocidos por el titular específico de la información.

Por las anteriores razones, considera esta Delegatura que no se ha configurado la irregularidad denunciada.

## 5. Fundamentos de la recomendación

En este capítulo se presentará en una primera parte algunas precisiones de carácter teórico sobre los elementos de configuración de las conductas restrictivas de la competencia por objeto y por efecto que resultarán relevantes para resolver las defensas propuestas por los investigados.

En una segunda parte, se realizará un pronunciamiento sobre las tachas de sospecha propuestas por los investigados contra las declaraciones rendidas por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**).

En una tercera parte, se presentará el material probatorio que acredita que en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016 ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **DISFRUVER, BESTCOLFRUITS, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) adoptaron un comportamiento coordinado encaminado a ajustar las condiciones del mencionado proceso de selección conforme con sus expectativas conjuntas, que resultó idóneo para –al menos– poner en peligro la libre competencia económica. Adicionalmente, se precisarán los efectos que tal conducta produjo.

En cuarto lugar, se evidenciará cómo el comportamiento coordinado se extendió al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, en el cual **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **DISFRUVER, HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** adoptaron un comportamiento coordinado encaminado a aumentar los requisitos habilitantes del proceso de selección para generar de manera idónea un escenario de no competencia a través de la conformación de una unión temporal para aumentar con ello las probabilidades de que dicha estructura plural fuera el único oferente habilitado.

Por último, la Delegatura se pronunciará respecto de los argumentos de defensa relacionados con los efectos negativos que la conducta de los investigados produjo en el mercado.

### 5.1. Los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica por su objeto y/o efecto

De acuerdo con la Corte Constitucional, la libre competencia económica, consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, “consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones”<sup>84</sup>. De dicha facultad se derivan prerrogativas para todos los posibles agentes del mercado como son: “(i) la posibilidad de

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-197 del 14 de marzo de 2012, entre otros pronunciamientos.

*concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario*<sup>85</sup>.

De allí que las actuaciones administrativas que en esta materia adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio tengan como propósito garantizar *“la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”*<sup>86</sup>.

En tal sentido, un comportamiento resulta restrictivo de la libre competencia económica cuando impide o pone en peligro la materialización de ese derecho, de sus prerrogativas y de los propósitos que persigue el régimen. Es por lo que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 45 y 47 del Decreto 2153 de 1992, se prohíben –entre otras conductas– todos los acuerdos que por su objeto o su efecto sean contrarios a la libre competencia económica.

Tratándose de procesos de selección pública, uno de los comportamientos prohibidos por ley es la colusión<sup>87</sup>, entendida como la situación en la que *“dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo para afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual, sin importar la forma jurídica que tome dicho acuerdo”*<sup>88</sup>. Así, lo que resulta relevante para la configuración de esta conducta es que exista una concurrencia de voluntades con la finalidad de desarrollar un comportamiento coordinado que elimine o limite la rivalidad propia de un escenario de competencia.

Sobre la base de lo anotado, en un escenario de contratación pública el carácter restrictivo de este comportamiento está justificado porque limita o elimina elementos configurativos del derecho a la libre competencia económica en el marco de procesos de selección, entre los que se encuentran la participación de oferentes dentro del mercado correspondiente, la igualdad de oportunidades entre ellos y la materialización del principio de selección objetiva<sup>89</sup>.

Recuérdese que la materialización de la libre competencia económica en el marco de un proceso de selección exige la independencia entre los proponentes y el secreto en relación con sus ofertas. Sobre el particular, en sentencia C-415 de 1994 la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

*“No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto **es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna.** Igualmente, para este propósito, se precisa que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncien todo tipo de vicios e incorrecciones que se observen en el proceso”*<sup>90</sup>. (Destacado fuera de texto).

Sobre la base de lo anterior, es claro que un comportamiento que pueda poner en riesgo esos factores que determinan la existencia de una libre competencia económica tendría que ser considerado como restrictivo<sup>91</sup>. Sobre el particular, en numerosos pronunciamientos la Superintendencia ha dejado precisado lo siguiente:

<sup>85</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-197 del 14 de marzo de 2012, entre otros pronunciamientos.

<sup>86</sup> Ley 1340 de 2009, artículo 3.

<sup>87</sup> Decreto 2153 de 1992, artículo 47.

<sup>88</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015 *“por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de competencia”*, expediente 12-236429 (MELQUIADES).

<sup>89</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado del caso radicado con No. 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’); Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015 *“por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de competencia”*, expediente 12-236429 (MELQUIADES).

<sup>90</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994.

<sup>91</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado del caso radicado con No. 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’).

*“(…) cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado”<sup>92</sup>.*

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano censura los acuerdos que resultan anticompetitivos, incluyendo la colusión descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tanto por su objeto como por su efecto.

Según la postura pacífica de la Superintendencia de Industria y Comercio, un acuerdo podrá ser considerado restrictivo por objeto cuando (i) revele en sí mismo un peligro para la libre competencia económica al ser contradictorio con las prerrogativas que otorga ese derecho y con los propósitos de las actuaciones administrativas que la protegen. Esto es, cuando tal comportamiento analizado *“puede considerarse como obviamente nocivo para el contenido del derecho a la libre competencia económica”*<sup>93</sup> atendiendo el contexto legal y económico en el cual se enmarca y la experiencia previa que en relación con ese tipo de comportamientos ha podido apreciar la autoridad de la competencia. Así mismo, un acuerdo será restrictivo por su objeto si, además, (ii) tiene la potencialidad de lesionar la libre competencia al ser idóneo o capaz de materializar dicho peligro<sup>94</sup>.

Por otra parte, un acuerdo se considera restrictivo por sus efectos cuando genera un impacto negativo –real o probable– en uno o varios parámetros de la competencia en el mercado, a pesar de que no se pueda evidenciar de la naturaleza misma del acuerdo una contradicción o posible vulneración de los contenidos del derecho a la libre competencia económica<sup>95</sup>.

En este punto, resulta importante resaltar que para la configuración del acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no se requiere demostrar concurrentemente que la conducta que se imputa resulta restrictiva tanto por su objeto como por los efectos que genera, por cuanto *“ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad sancionable”*<sup>96</sup>.

De lo dicho se concluye que, en aquellos eventos en los que sea posible establecer que un determinado acuerdo resulta restrictivo de la libre competencia económica por su objeto, la adecuación típica del comportamiento no está condicionada a que además se acrediten los efectos o resultados de la conducta anticompetitiva o la generación de un perjuicio efectivo para la dinámica de competencia, pues en todo caso probado el objeto del acuerdo resulta agotado el juicio de tipicidad sobre el carácter restrictivo del comportamiento imputado.

<sup>92</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014. Páginas 104 y 105. (INCOEQUIPOS, PAVIGAS Y OTROS). También el Informe Motivado del proceso radicado con No. 13-198976 de 2017, pág. 13 y 14 (BUREAU VERITAS – TECNICONTRÓL).

<sup>93</sup> Informe Motivado del expediente 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’). Que a su vez hace referencia a: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 86817 de 2016 *“por la cual se deciden unos recursos de reposición”* dentro del expediente 13-266923, pág. 67 y 68 (PAÑALES). WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press. 8ª edición. Oxford. 2015. Pág. 103. KAPLOW, Louis. *Competition policy and price fixing*. Princeton University Press. New Jersey. 2013. Pág. 29. EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law*. Hart Publishing. Cuarta edición. 2014.

<sup>94</sup> Informe Motivado del expediente 15-168073 de 2017 (ELENCO y ELECTRO).

<sup>95</sup> Informe Motivado del expediente 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’). En el cual se señala que: “[u]na definición similar ha sido acogida por la Autoridad de Competencia de la Comisión Europea. Ver *‘Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal’*. (2011/C 11/01) párrafo 26 y 27”.

<sup>96</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 86817 de 2016 *“por la cual se deciden unos recursos de reposición”* dentro del expediente 13-266923, pág. 68 (PAÑALES). Ver también Informe Motivado del expediente 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’).

De esta manera, está llamada al fracaso una defensa consistente en afirmar que el acuerdo, que hubiera sido imputado como restrictivo por su objeto, no se configuró por cuanto los efectos imputados por la Superintendencia de Industria y Comercio no se generaron con ocasión del comportamiento de los investigados –restrictivo por su objeto–. Tampoco puede pretender aquella defensa que la autoridad establezca que un acuerdo anticompetitivo en el que se han acreditado los efectos negativos de ese comportamiento también se deba acreditar como restrictivo por su objeto como condición para considerar configurada la conducta prohibida por el régimen de protección de la libre competencia económica.

Como se demostrará más adelante en este informe, la evidencia disponible en el expediente acredita con claridad que los acuerdos celebrados por los investigados en la presente actuación administrativa son anticompetitivos por su objeto. En este sentido, no es necesario probar los efectos que la conducta produjo en el mercado. No obstante lo anterior, en este informe esta Delegatura hará referencia y examinará los argumentos de los investigados relacionados con los efectos de la conducta, a fin de dar respuesta integral a sus defensas.

## **5.2. Tachas formuladas a las declaraciones de LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA, RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO y JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**

Con fundamento en el artículo 211 del CGP, los investigados tacharon como sospechosas las declaraciones rendidas en la etapa probatoria por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**).

Respecto de la tacha formulada a la declaración de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), manifestaron que se tuviera en cuenta *“el hecho de que la señora ha manifestado aquí que la Señora Andrea Rosas Díaz la ha amenazado, que ha atacado en el proceso a **FAC S.A.S.**, y pues que eso puede afectar su imparcialidad en esta diligencia”*<sup>97</sup>.

En lo que respecta a la declaración de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) la tacha fue sustentada en que las declaraciones *“esbozaban que hay un interés”*<sup>98</sup>, sin identificar de qué se trataba, circunstancia que en concepto de los investigados impide que la declaración ofrezca la credibilidad necesaria. Aunado a lo anterior, manifestaron que en la declaración había incurrido en contradicciones, aunque no explicaron en qué consistían.

En lo atinente a la declaración de **JÓSE FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), la sospecha se fundamentó en las *“insuperables”*<sup>99</sup> contradicciones en las que incurrió –las cuales no fueron señaladas– y en *“su actual calidad de empleado de **FAC S.A.S.**”*<sup>100</sup>.

Las tachas formuladas serán desestimadas por cuanto no se advierte la existencia de circunstancias que impliquen el favorecimiento o sesgos respecto de lo declarado por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) en atención a tres razones.

La primera de ellas hace referencia a que, como se verá en el siguiente acápite, las declaraciones de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**

<sup>97</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (declaración de Ligia Amira del Pilar Cobos Guevara, minuto 1:43:30).

<sup>98</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (declaración de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:16:55).

<sup>99</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (declaración de José Fidel Aldana, minuto 3:01:41).

<sup>100</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (declaración de José Fidel Aldana, minuto 2:40:53).

**S.A.S.), RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) son coincidentes con otros elementos probatorios e incluso con las declaraciones rendidas por los mismos investigados. Esa coincidencia evidencia que estos testigos han declarado de manera imparcial respecto de los hechos que conocieron.

La segunda razón se refiere a que los proponentes de la tacha no explicaron cuál era el interés que estos declarantes tenían en relación con los investigados que permitiera estimar que sus declaraciones fueron parcializadas. Lo que parece ser el fundamento de la tacha es la circunstancia de que en las declaraciones rendidas en averiguación preliminar explicaron con mayor precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las reuniones adelantadas por los investigados y de las conductas desplegadas contra **FAC S.A.S.** No obstante lo anterior, tal evidencia por sí sola no impone su descalificación, puesto que su dicho debe valorarse al amparo de la sana crítica y en conjunto con los demás elementos probatorios. De manera que, al existir coincidencia entre la información que suministraron en sus declaraciones y la que se desprende de otros medios de prueba obrantes en el expediente, su credibilidad aumenta<sup>101</sup>. Del mismo modo, no se advierte cómo el hecho de que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) trabaje para **FAC S.A.S.** pueda influir en la imparcialidad del declarante. Téngase presente que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), al rendir declaración durante la etapa probatoria de esta actuación, ratificó lo declarado en etapa de averiguación preliminar, razón por la cual se concluye que la circunstancia de que para la época de su última declaración sea trabajador de **FAC S.A.S.** no fue determinante en la narración de los hechos que le constan.

La tercera razón es que las declaraciones analizadas resultaron coherentes porque, en lo fundamental, ratificaron lo expuesto en la etapa de averiguación preliminar.

Por último, respecto de las contradicciones en las que –a juicio de los investigados– incurrieron **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), se advierte que tal circunstancia no constituye en sí misma una causal para tachar a un testigo. No obstante lo anterior, los proponentes de la tacha deben tener en cuenta que –como todo medio probatorio–, la declaración de estos testigos será evaluada por la Delegatura en conexidad con los demás medios de prueba que reposan en el expediente.

### **5.3. Sobre la coordinación desplegada a lo largo del proceso de selección LP-AMP-129-2016.**

Una vez analizados los elementos de convicción que sirvieron de sustento para la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos junto con todas las pruebas practicadas en desarrollo de la presente actuación administrativa, la Delegatura encontró como probados los siguientes hechos:

#### **5.3.1. Que el 14 de enero de 2017 se celebró una reunión entre los investigados<sup>102</sup>**

De acuerdo con el material probatorio disponible en el expediente, las declaraciones de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**<sup>103</sup> (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual

<sup>101</sup> Sobre esta regla para la evaluación de las tachas pueden consultarse, entre otras, la sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 11 de marzo de 2003, radicación No. 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047).

<sup>102</sup> Folio 2927 del cuaderno público No. 14, en el cual se advierte que la foto tomada al tablero por parte de Andrea Rosas Díaz fue el 14 de enero de 2017 en la dirección "calle 74 b con Transversal 69B Bis". Esta información se encuentra corroborada con el chat de Luis Albeiro Torres con Andrea Rosas Díaz que se encuentra en el Folio 1597 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-299.txt", Object Id: "6883240" y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-299.txt

trabajador de **FAC S.A.S**) y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**<sup>104</sup> (proveedor de frutas de operadores **PAE**), y según lo reconocieron en sus descargos **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**<sup>105</sup> (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**<sup>106</sup> (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **ANDREA ROSAS DÍAZ**<sup>107</sup> (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**<sup>108</sup> (representante legal de **DISFRUVER**), **DISFRUVER** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>109</sup> (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), el día 14 de enero de 2017 las personas recién mencionadas asistieron a una reunión en la transversal 69 B bis No. 73 A - 78 en la ciudad de Bogotá (barrio Las Ferias) en una bodega de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**). Este hecho no fue objeto de contradicción por parte de ningún investigado.

Por otra parte, vale la pena recordar que la reunión se desarrolló en un momento estratégico del proceso de selección, esto es, antes de que **CCE** continuara con la audiencia de asignación de riesgos<sup>110</sup> y durante el plazo establecido para la presentación de observaciones al pliego de condiciones definitivo, que según el cronograma del proceso de selección se extendió desde el 10 hasta el 17 de enero de 2017.

### 5.3.2. En dicha reunión se coordinaron las actuaciones de los investigados en el marco del proceso LP-AMP-129-2016

De acuerdo con lo declarado por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (asistente a la reunión y proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S**), la intención de la reunión era “reunir todas las empresas”<sup>111</sup> que proveían fruta para el **PAE** para “que no se quedara una por fuera”<sup>112</sup>, a fin de hacer una “coalición”<sup>113</sup> para “no presentarse ninguno”<sup>114</sup> y definir el “precio que se le iba [a] pedir a Colombia Compra a la Secretaría”<sup>115</sup>.

Cuando se le preguntó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** sobre cómo se desarrolló la reunión de la llamada “coalición” y quién lo había invitado a la misma, manifestó lo siguiente:

**“Pregunta: ¿Quién lo llamó?”**<sup>116</sup>

**José Fidel Aldana Cortés:** (...) eso ahí estaba [primera reunión] Don **HUGO NELSON DAZA**, estaba **JUAN PABLO FONSECA**, que es el de **DISFRUVER**, estaba la esposa de **JUAN PABLO FONSECA**, que es Doña Adriana [hace referencia a **ANDREA ROSAS DÍAZ**] también estaba con él y también los llamaron allá. La que dirigía la palabra allá era ella

<sup>103</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 31:22). En esta oportunidad José Fidel Aldana Cortés afirmó que en esa primera reunión participaron “las personas capacitadas para presentarse a licitar”, esto es, los interesados en participar en el proceso de selección LP-AMP-129-2016.

<sup>104</sup> Folio 1602 del cuaderno reservado No. 10 Luis Albeiro Torres (declaración de Luis Albeiro Torres Londoño minutos 53:22, 56:56, 01:13:06 y 01:19:10). En estos apartes el declarante afirmó que existió una reunión en el mes de enero de 2017 en esa bodega.

<sup>105</sup> Folio 2570 del cuaderno público No. 13. Escrito de descargos de Stella Téllez Hernández, en el cual se advierte la siguiente afirmación: “La señora Stella Téllez Hernández asistió a la reunión llevada a cabo en enero de 2017 en una bodega de Bogotá en condición de representante de la Asociación Colombiana de Dietistas y Nutricionistas (ACODIN) y no como representante de Alimentos Spress Ltda”.

<sup>106</sup> Folio 2556 del cuaderno público No. 12.

<sup>107</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:49:17).

<sup>108</sup> Folios 1934 a 1964 del cuaderno público No. 10.

<sup>109</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 26:53); Folio 2264 del cuaderno público No. 11 y folio 2262 del cuaderno público No. 11.

<sup>110</sup> Según se advierte del acta de la audiencia de asignación de riesgos de la licitación pública LP-AMP-129-2016, esta audiencia inició el viernes 13 de enero de 2017 a las 9:00 am y fue suspendida a las 10:50 am; luego, fue reanudada el 16 de enero de 2017.

<sup>111</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 46:13).

<sup>112</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 46:13).

<sup>113</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 45:55).

<sup>114</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 45:55).

<sup>115</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 47:26).

<sup>116</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 46:14).

[ANDREA ROSAS DÍAZ] y una señora STELLA TÉLLEZ, (...) ella también tiene la empresa... cómo se llama... ALIMENTOS SPRESS<sup>117</sup>.

(...)

**Pregunta:** ¿Dónde se reunieron señor Fidel?<sup>118</sup>

**José Fidel Aldana Cortés:** La primera reunión la tuvimos... hubieron dos. La primera reunión estuvo ahí en las Ferias, a una cuadrilla del parque. No tengo la dirección exacta. En la bodega de don Albeiro Torres. Ahí tuvimos la primera reunión. De ahí se tomaron unas fotos inclusive de lo que se iba a hacer, del precio que se le iba [a] pedir a Colombia Compra a la Secretaría. En ese tiempo yo no estaba bien enterado de lo que estaban haciendo allá. Y ahí, yo tomé foto al tablero<sup>119</sup>, y los precios que tenía Colombia Compra y los precios que pusieron ellos a continuación de lo que iban a pedir para poder vender o no presentarse (...) <sup>120</sup>.

(...)

**Pregunta:** ¿Quién lo llamó para que se hiciera usted presente en esta reunión? <sup>121</sup>

**José Fidel Aldana Cortés:** Ellos llamaron todos. Eso a uno lo llamaba JUAN PABLO, lo llamaba DAZA, lo llamaba NÉSTOR también, NÉSTOR CASTELBLANCO... él es el dueño de una empresa, también digamos que esa sí participó ahorita en la alianza que hubo ahorita. Participó también ahí<sup>122</sup>.

En relación con el objetivo y desarrollo de la reunión que se está comentando, **ANDREA ROSAS DÍAZ**<sup>123</sup> (subgerente de DISFRUVER), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**<sup>124</sup> (representante legal de DISFRUVER) y DISFRUVER reconocieron, de manera coincidente con lo declarado por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (asistente a la reunión, proveedor de frutas de operadores PAE y actual trabajador de FAC S.A.S.), que en dicha reunión los investigados: (i) compartieron información sobre los precios de las frutas y la estructura de costos de cada empresa; (ii) llegaron a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; y (iii) acordaron la presentación de observaciones coordinadas a fin de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso LP-AMP-129-2016. Sobre el particular **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de DISFRUVER) reconoció lo siguiente:

**Pregunta:** Cuénteme cómo se desarrolla paso a paso esa reunión.

**Andrea Rosas Díaz:** Listo, Doctor, (...). Eh, bueno, en esa reunión se empezó a hablar del proceso de fruta, del proceso 129 con la Secretaría. Eh, empezamos por, empezamos hablando de que los precios eran terribles.

**Pregunta:** ¿Quiénes empezaron hablando?

**Andrea Rosas Díaz:** (...) empezamos a hablar que los precios eran muy malos, eh, e hicimos lo que, de lo que tanto se habla en los medios, pues nosotros hicimos el listado de precios en el tablero, un tablero que tenía allá Don ALBEIRO en la bodega, eh, colocamos los precios a los cuales la Secretaría estaba, estaba como, estaba comprando, el precio

<sup>117</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 46:13).

<sup>118</sup> Folio 1592 del cuaderno público No. 8 (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 47:26).

<sup>119</sup> Folio 1592 del cuaderno público No. 8 (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 48:00).

<sup>120</sup> Folio 1592 del cuaderno público No. 8 (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 48:10).

<sup>121</sup> Folio 1592 del cuaderno público No. 8 (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 50:53).

<sup>122</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 50:53).

<sup>123</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:13:32).

<sup>124</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 36:30 a 40:00).

máximo al cual estaba comprando porque supuestamente uno podía ir hacia abajo, pero bueno, eh, y, eh, nos empezamos a preguntar pues que cuáles eran los precios reales del mercado, empezamos a decir, no, mire los precios reales del mercado, el de una pera es tanto, el de una manzana es tanto, el de un banano es tanto y entre todos interactuamos, entre todos interactuábamos esos precios, y los anotamos en el tablero los precios, los precios que, que realmente eran de mercado, se anotaron ahí en el tablero; eh, entonces nosotros concluimos, en esa oportunidad concluimos, en que los precios eran muy malos y todos decían que sí que eran muy malos a lo cual es una realidad, entonces empezamos a decir que había, que el proceso estaba en pre-pliego, y **que había que hacer observaciones para que la entidad pues recapacitara, eh, y subiera los precios**, pues porque no le servían a nadie. Entonces, eh, **dijimos qué observaciones había que hacer; dentro de las observaciones no solo nos inquietaba la del precio, aunque el precio era el número 1. Entonces No. 1: observar acerca de los precios**; otra inquietud que teníamos era si el gramaje de las frutas era 100 gramos netos o 100 gramos brutos, (...) eh, esa fue otra observación que nosotros dijimos; ¿qué otra observación?, bueno, esas dos observaciones que yo recuerde, bueno **la del precio que era fundamental**, y eh, y **pues que cada uno hacía ya si le surgían otras, otras observaciones pues las hacía, pero que esas dos eran muy importantes para definir**. Entonces todos dijeron, sí yo voy a hacer observaciones, entonces de usted, sí!, yo voy a hacer; sí!, todos dijimos que íbamos a hacer observaciones. (...). **Son esas dos cosas que se habló, que se habló de precios y se acordó hacer observaciones, se acordó hacer observaciones (...)**<sup>125</sup>.

(...)

**Pregunta:** (...) Le entiendo, por lo que me ha dicho, ustedes coordinaron unas observaciones para lograr, entre otras cosas, que el precio de las frutas les fuera incrementado y para eso, pues, ustedes establecieron unos precios a los que querían llegar.

**Andrea Rosas Díaz:** Sí<sup>126</sup>.

**Pregunta:** Y ese precio al que llegaban por fruta. ¿Cómo determinaron esos precios?<sup>127</sup>

(...)

**Andrea Rosas Díaz:** (...) “un consenso entre todos. Porque uno decía: ¿la mandarina a cuánto se consigue? No, pues la mandarina se podría dejar en \$300, pero el otro decía sí, pero tenga en cuenta que la mandarina llega a veces a estar hasta 3000 pesos el kilo, ¿sí? Entre todos recapacitábamos y decíamos, ah así, a \$300 no se puede; no, entonces, \$330 o \$350, así. Entonces 330, 350. (...) **fue un consenso en los que todos nos pusimos de acuerdo y nos pusimos de acuerdo para presentar las observaciones**”<sup>128</sup>.

**Pregunta:** (...) ¿quién lideraba esa reunión?<sup>129</sup>

**Andrea Rosas Díaz:** Lideraba.... pues Don ALBEIRO. Él casi todo el tiempo estuvo de pie al lado del tablero... Don Albeiro estuvo casi siempre al lado del tablero. Los que más interveníamos Doctor, porque entre esas estoy yo, los que más interveníamos era Don ALBEIRO, la Señora STELLA y yo”.

Los acuerdos o “consensos” a los que llegaron los participantes de la llamada “coalición” en esa primera reunión que tuvo lugar en la bodega del barrio Las Ferias de Bogotá, fueron consignados en un tablero acrílico del cual obra evidencia a partir de diferentes registros

<sup>125</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:47:20 a 1:50:57).

<sup>126</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:56:32 a 1:56:42).

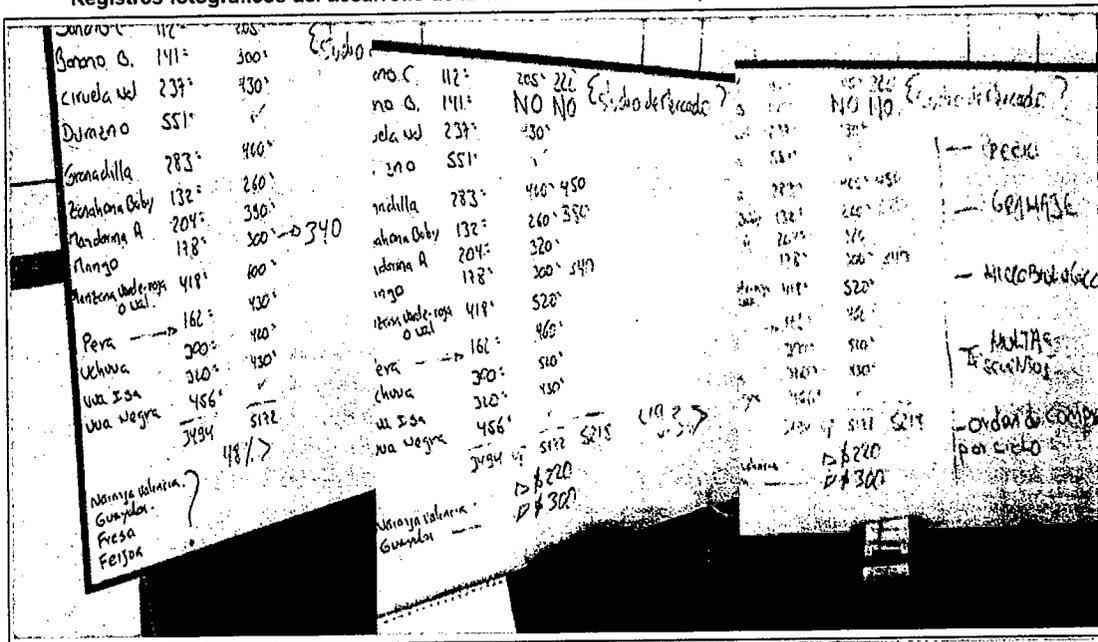
<sup>127</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:56:47).

<sup>128</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 2:00:30).

<sup>129</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 2:13:57).

fotográficos entregados por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (asistente a la reunión, proveedor de frutas de operadores PAE y actual trabajador de FAC S.A.S), por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de DISFRUVER), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de DISFRUVER) y DISFRUVER. A continuación los registros fotográficos:

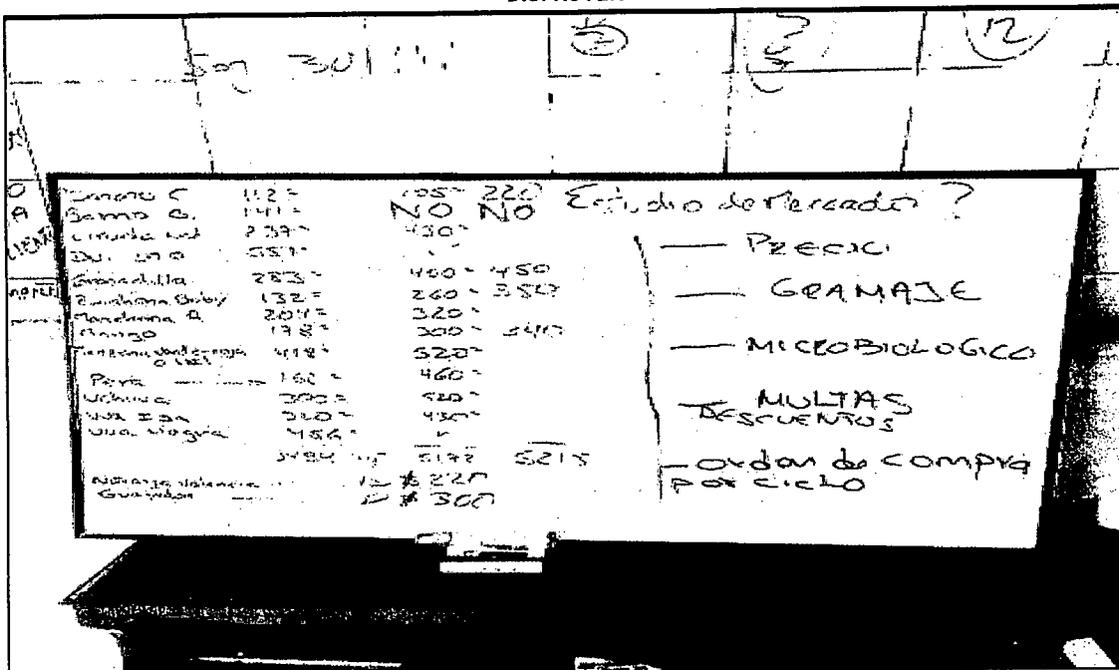
Registros fotográficos del desarrollo de la 1ra reunión exhibidas por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**



Fruta	Precio 1	Precio 2	Estado de Mercado?
Banano C.	1412	300	NO NO
Ciruela Ud	237	430	NO NO
Durazno	551	400	NO NO
Granadilla	283	260	NO NO
Banana Oxy	132	350	NO NO
Plantana A	204	320	NO NO
Platano	178	200	NO NO
Plantana Oxy	419	520	NO NO
Pera	162	460	NO NO
Uchuva	300	420	NO NO
Uva Isa	310	430	NO NO
Uva Negra	456	430	NO NO
<b>Total</b>	<b>3494</b>	<b>5192</b>	

Fuente: Obrante a folios 1586 a 1590 del cuaderno público No. 8 con Object ID 4418514, 4418515 y 4418516.

Registros fotográficos del desarrollo de la 1ra reunión allegada por **ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y DISFRUVER**



Fruta	Precio 1	Precio 2	Estado de Mercado?
Banano C.	1412	300	NO NO
Ciruela Ud	237	430	NO NO
Durazno	551	400	NO NO
Granadilla	283	260	NO NO
Banana Oxy	132	350	NO NO
Plantana A	204	320	NO NO
Platano	178	200	NO NO
Plantana Oxy	419	520	NO NO
Pera	162	460	NO NO
Uchuva	300	420	NO NO
Uva Isa	310	430	NO NO
Uva Negra	456	430	NO NO
<b>Total</b>	<b>3494</b>	<b>5192</b>	

- Precios
- GEMAJE
- MICROBIOLOGICO
- MULTAS DESCUENTOS
- Orden de compra por ciclo

Fuente: Obrante a folio 2941, del cuaderno público No. 14.

El contenido del mencionado tablero fue explicado, entre otros, por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de DISFRUVER), quien dijo lo siguiente:

**“Pregunta:** Señor **JUAN PABLO**, refiere usted que en ese tablero se consignaban tres precios diferentes, uno el precio techo fijado por la Secretaría ¿Sí?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** No, doctor, eh, ah bueno, sí, sí, porque el tema era que era por cada fruta.

**Pregunta:** ¿La siguiente columna, el precio del comercio?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Sí, señor.

**Pregunta:** ¿Y la siguiente columna, la expectativa de ustedes?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Sí, señor.

**Pregunta:** ¿Esa expectativa partía de algún porcentaje, de alguna utilidad o cómo fijaban ustedes ese valor a cobrar o a proponer en la licitación?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Era un porcentaje, eh, pues acorde al mercado, o sea, que creíamos que era acorde al mercado y teniendo en cuenta que probablemente, eh, pues, junto a esos precios había un margen en los que los competidores teníamos que ir a luchar, ¿no?

**Pregunta:** ¿Cuál era la expectativa de ustedes sobre la utilidad?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Eh, la utilidad está rondando entre el 5 y el 10%.

**Pregunta:** ¿Y en el tablero se consignaba esa expectativa así?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** No, porque como todas las compañías son diferentes, entonces es difícil que X o Y dijera mi utilidad es el 10 o el 20 o el 30 porque éramos varias personas, o sea, no, **las compañías eran diferentes y cada una tenía sus costos diferentes**. Entonces, eh, era una expectativa de precio, pero, pues cada compañía miraba si sobre esa expectativa era la utilidad del 5, el 10 o 15, o sea, eso era independiente. Era algo aproximado.

**Pregunta:** Dígame si es correcto el concluir lo siguiente: según le entiendo, la empresa que tuviera menos margen porque sus costos son más altos, se tuvo en cuenta a efectos de establecer el precio que ustedes pensaban era el adecuado y a partir de ahí entonces las empresas que fuesen más eficientes pues tendrían mayores utilidades, ¿sí?, porque sus costos podían ser inferiores.

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Podría ser, sí.

**Pregunta:** ¿Sí?

**Juan Pablo Fonseca Sánchez:** Sí. Qué ocurre, entonces salió el banano, entonces el banano, una empresa tiene un costo, la otra, otro y el otro, otro y el otro, otro, entonces más o menos se promedió cuál sería el costo de ese banano, esa es como la fórmula, ¿no?<sup>130</sup>

Así mismo, como quedó acreditado en la resolución de apertura de investigación y en la etapa probatoria, la coordinación fraguada en desarrollo de la reunión comentada no solo tenía como objetivo la presentación de observaciones dirigidas al incremento del precio de referencia, sino también la modificación de distintos factores técnicos y la formulación de propuestas encaminadas a la inclusión de otras frutas. Sobre el particular, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**<sup>131</sup> (representante legal de **DISFRUVER**) reconocieron que esos temas también fueron tratados y consignados en el tablero con la finalidad de hacer observaciones sobre estos aspectos en el término concedido por **CCE**.

<sup>130</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 36:30 a 40:00).

<sup>131</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 40:00 al 42:40).

Otro elemento de juicio que corrobora que la finalidad de la primera reunión fue acordar la fijación de precios y otras condiciones técnicas del grupo de “*frutas y hortalizas*” a través de la presentación coordinada de observaciones, es la declaración de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) rendida en etapa probatoria. El declarante manifestó lo siguiente:

*“Néstor Alejandro Castelblanco García: Nosotros hicimos como un ejercicio económico, Don ALBEIRO fue el que la dirigió. Empezamos a ofertar frutas. Don HUGO ofertó banano, señor TORRES ofreció naranja y mandarina, Don ALBEIRO ofreció mango, yo ofrecí naranja y pera, DISFRUVER y ANDREA hablaban de toda la fruta, el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? Cuando doña STELLA dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos”<sup>132</sup>.*

Ahora bien, es importante destacar no sólo la confirmación de que los investigados participaron activamente en la reunión, sino el importante y decisivo rol que desempeñó **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) en ese ejercicio, pues como se desprende de los extractos de las declaraciones anteriormente referidas, todos los declarantes la identificaron como la líder de la discusión y la promotora de la idea de hacer las observaciones en el proceso de selección.

De esta manera se encuentra probado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** planearon, asistieron y participaron activamente de la reunión que tuvo lugar el 14 de enero de 2017, en la que: (i) compartieron información sobre los precios de las frutas y la estructura de costos de cada empresa; (ii) llegaron a un consenso sobre cuál era el precio que resultaría aceptable para los miembros del cartel; (iii) acordaron la presentación de observaciones coordinadas a fin de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**; y (iv) exploraron la posibilidad de no presentarse al proceso si la entidad contratante no incrementaba los precios<sup>133</sup>.

### 5.3.3. Los investigados actuaron de conformidad con lo acordado en la reunión del 14 de enero de 2017

Fieles a lo concertado en la reunión ya descrita, los investigados pusieron en marcha la conducta coordinada consistente en formular observaciones al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

En efecto, en la audiencia de asignación de riesgos que continuó el 16 de enero de 2017, los investigados manifestaron su inconformidad en relación con los precios y amenazaron con que nadie presentaría ofertas al proceso **LP-AMP-129-2016** si **CCE** no accedía a aumentar los precios.

Al respecto, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) afirmó que en dicha audiencia había puesto de presente que los precios eran “*extremadamente bajos*” y que **DISFRUVER** no presentaría oferta. Así mismo, refirió que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**

<sup>132</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García, minuto 2:31:17).

<sup>133</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés, minuto 48:10). Sobre este aspecto José Fidel Aldana Cortés indicó que: “y ahí, yo tomé foto al tablero, y los precios que tenía Colombia Compra y los precios que pusieron ellos a continuación de lo que iban a pedir para poder vender o no presentarse”.

(representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se pronunciaron en similar sentido, así:

**“Pregunta:** *¿Qué ocurrió en esa audiencia?*

**Andrea Rosas Díaz:** (...) Dijimos –las palabras exactas no las recuerdo– pero dijimos que los precios estaban muy bajos, que esos no eran los precios de mercado, que no eran los precios reales de mercado, que **eran extremadamente bajos y que nosotros como Comercializadora DISFRUVER no íbamos a participar. Y yo llegué e hice la pregunta: ¿A alguno de los que está aquí presentes les sirven los precios de la fruta? Yo sinceramente no sabía que eso era ilegal, hacer esa pregunta en una audiencia de riesgos.**

**Pregunta:** *Claro, no sabía que eso era ilegal. Pero le voy a hacer una pregunta. ¿Usted es consciente que se había reunido con esas mismas personas, que en esa reunión le habían manifestado que no se iban a presentar por los precios, y sabiendo de antemano cuál iba a ser la respuesta, usted lo preguntó a viva voz para que todos respondieran de cara a la audiencia que era liderada por la entidad?*

**Andrea Rosas Díaz:** **Sí, doctor. Yo ya sabía cuál era la respuesta, doctor. Y por eso. Y yo hice esa pregunta (...)** Efectivamente nadie dijo a mí me sirven los precios ¿cierto? Nadie dijo eso. Y GEIMI hizo también la observación, que esos precios estaban muy bajos.

**Pregunta:** *Cuando usted dice GEIMI, ¿se refiere a GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Sí, sí señor.*

**Pregunta:** *STELLA TÉLLEZ y LUCERO TÉLLEZ?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Ellas también hablaron. De la fruta habló la señora STELLA<sup>134</sup>.*

En el mismo sentido, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**)<sup>135</sup> manifestó que en dicha audiencia **“INDUSTRIA Y ALIMENTOS DAZA (...) observó que si no le mejoraban los costos no iba a participar”**<sup>136</sup> y agregó que, además del precio de las frutas, también se observaron aspectos técnicos como el **“gramaje”**<sup>137</sup>.

Con respecto a este punto, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) afirmó que tanto ella como **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) presentaron observaciones sobre el precio<sup>138</sup>, sobre la **“frecuencia de las frutas”**<sup>139</sup> y que, incluso, en ese estado de las cosas, también anticipó que **“nadie se les iba a presentar”**<sup>140</sup> al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, afirmación que coincide con lo expuesto por **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**).

De manera adicional, tal como lo evidenció la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, los investigados también presentaron observaciones escritas al pliego de condiciones definitivo en el término señalado por **CCE**, las cuales guardaban relación directa con los temas tratados en la reunión, así: (i) el aumento del precio

<sup>134</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 2:28:12 a 2:30:54).

<sup>135</sup> La enunciada declaración hace referencia a la rendida en averiguación preliminar. Debe tenerse en cuenta que al no haberse solicitado su ratificación se agotó el derecho defensa y contradicción de dicha prueba.

<sup>136</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148. En este chat expresó: **“Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco” “O gramajes”**.

<sup>137</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Hugo Nelson Daza Hernández, minuto 53:37).

<sup>138</sup> Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 Alimentos Spress (Declaración Stella Téllez Hernández, minuto 4:27:17, segundo día, parte II).

<sup>139</sup> Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 Alimentos Spress (Declaración Stella Téllez Hernández, minuto 4:29:10, segundo día, parte II).

<sup>140</sup> Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 Alimentos Spress (Declaración Stella Téllez Hernández, minuto 4:28:24, segundo día, parte II).

de las frutas en el valor porcentual acordado en la reunión, esto es, aproximadamente en un "48%" y un "49,3%", tal como lo consignaron en el tablero utilizado que da cuenta de los consensos a los que llegaron en tal encuentro; (ii) la modificación y/o aclaración de ciertas características técnicas de las frutas –gramaje, análisis bromatológico, multas y descuentos, ejecución de órdenes de compra– y (iii) la inclusión de otras frutas en el grupo de alimentos "frutas y hortalizas", como se expone a continuación<sup>141</sup>:

Observaciones presentadas por los investigados al pliego de condiciones en LP-AMP-129-2016<sup>142</sup>

Observaciones en relación con el precio de las frutas	DISFRUVER	Observación No. 689 referente al aspecto "económico", presentada el 16 de enero de 2017. "Nuevamente hacemos énfasis (sic) en que el estudio de mercado se realizó de manera inadecuada para las frutas. Los precios de referencia de prácticamente (sic) todas las frutas, a excepción (sic) del durazno están por debajo del precio real de mercado hasta en un 50% en algunas frutas y en otras como la Pera y el Mango en hasta el 100% (...)" (Destacado fuera de texto).
	ALIMENTOS DAZA	Observación 899 referente al aspecto "económico", presentada el 16 de enero de 2017. "Por favor aclarar si a los precios actuales se suman los costos directos e indirectos de la operación de selección, lavado, desinfección, clasificación, almacenamiento y distribución. Esto con el fin de estructurar la oferta económica (sic). Ya que los precios ofertados corresponden a frutas de 50 gramos comestibles estando por debajo del 50% de la realidad de los precios (...)" (Destacado fuera de texto).
	BESTCOLFRUITS	Observación 908 referida al aspecto "técnico", presentada el 16 de enero de 2017, en la cual se hace alusión a la respuesta de la observación 101 presentada por ALIMENTOS DAZA, la cual estaba relacionada con el estudio de mercado que soportó el precio de referencia de las frutas y hortalizas y en la cual se solicitó "precio de referencia y el precio umbral del Grupo de Alimentos de Frutas".  "De acuerdo a la respuesta con numero 101 [se refiere a respuesta de la observación presentada por ALIMENTOS DAZA en la cual solicitó subir 'el precio de referencia y el precio umbral del Grupo de Alimentos de Frutas, toda vez que los precios establecidos por la entidad no se corresponden con la realidad económica del país y los costos de producción, lo cual pone en riesgo la ejecución del contrato.] (...) al revisar en el anexo 1 numeral 3.4.2. características de las frutas, hortalizas; observamos que esta respuesta no ha sido corregida ya que aparece 'No se permite la repetición de una misma fruta ni variedad de fruta en la misma semana, a excepción del banano maduro y el banano bocadillo, el cual debe ser suministrado una sola vez por ciclo independientemente de la variedad ofertada'".
Observaciones en relación con las características de las frutas (gramaje, análisis bromatológico, multas y descuentos, ejecución de órdenes de compra)	DISFRUVER	Observaciones 689, 692, 694 y 695 referentes al aspecto "técnico" y "económico", presentada el 16 de enero de 2017.  1. "(...) Los invitamos a que tengan en cuenta que la fruta se debe lavar, seleccionar, embalar, (...), que de no cumplir con las especificaciones de calidad, cantidad y oportunidad el proveedor debe asumir descuentos y posibles multas; por favor tener en cuenta que la fruta va dirigida a cumplir las necesidades de los niños (...)" (destacado fuera de texto). 2. "De manera atenta solicitamos que, en la ficha técnica de producto, en el anexo 1 y/o en el pliego de condiciones se <b>ESPECIFIQUE CLARAMENTE, el peso que debe presentar la fruta al momento de entrega al operador logístico, especificar que los 100 gramos por unidad incluyen la cáscara y la pepa (...)</b> " (destacado fuera de texto). 3. "De manera atenta solicitamos se retire la condición de que cada lote de fruta deba presentar microbiológico al momento de la entrega, (...) para el caso de algunas frutas), por lo tanto, no habrá salido el resultado del análisis microbiológico del laboratorio (...)" (destacado fuera de texto). 4. "De manera atenta solicitamos que permita dos intercambios por ciclo de fruta a cada uno de los proveedores, independientemente de la cantidad de alimentos (...)" (destacado fuera de texto).

<sup>141</sup> Folios 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8.

<sup>142</sup> CCE clasificó las observaciones presentadas y sus correspondientes respuestas por temas así: "económico", "administrativo", "jurídico" y "técnico".

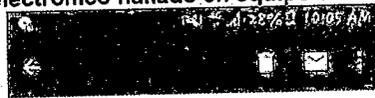
	<p><b>ALIMENTOS DAZA</b></p>	<p>Observaciones 873, 895 y 877 referentes al aspecto "técnico", presentada el 16 de enero de 2017.</p> <p>1. <b>"Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita aclarar cómo es la presentación de los gramajes para las frutas si se entiende que los 100 gramos son en bruto como se entregó en la respuesta o si son comestibles según la Resolución 16432 de 2015 ya que encontramos una contradicción (sic) en lo requerido por las fichas técnicas (...)"</b> (destacado fuera de texto).</p> <p>2. <b>"Se solicita aclarar cuales (sic) son los análisis microbiológicos y bromatológicos (sic) que se van a realizar al grupo de Frutas, hortalizas y concentrados de fruta, (...)"</b> (destacado fuera de texto).</p> <p>3. <b>"(...)" En ninguna sección del documento se habla de los intercambios establecidos para este producto, por favor aclarar por qué se realizó este cambio tan brusco en los lineamientos iniciales del proceso licitatorio afectando con esto la rotación de la fruta en el ciclo de los menús y la disponibilidad de la fruta por sus periodos de cosecha"</b> (destacado fuera de texto"</p>
	<p><b>NAMASTÉ</b></p>	<p>Observaciones 706, 748, 755 y 764 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017.</p> <p>1. <b>"Se requiere aclaración sobre la aplicación de la causal de descuentos por gramaje en atención al cumplimiento de la resolución 16379; en dicha normativa se incluye la obligación de selección al AZAR de las muestras que serán objeto de revisión de su gramaje. Se requiere aclaración respecto de la modalidad de selección (...)"</b>.</p> <p>2. <b>"Se puede transpolar los resultados bromatológicos o microbiológicos a productos no analizados?"</b> (Destacado fuera de texto).</p> <p>3. <b>"¿Si la SED no es parte del contrato con que competencia impondría descuentos (...)"</b>(Destacado fuera de texto).</p> <p>4. <b>"Si se pretende incluir un porcentaje de descuento, se requiere incluir un procedimiento de defensa a favor del contratista (sic) sin necesidad de acudir a un escenario de incumplimiento, que indudablemente genera costos superiores"</b> (destacado fuera de texto).</p>
	<p><b>BESTCOLFRUITS</b></p>	<p>Observaciones 911 y 913 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017</p> <p>1. <b>"Solicitamos de enuncie en el anexo 1 'Anexo Técnico' el rango en el que se puede entregar la fruta", de acuerdo con lo señalado "en respuesta con número 335".</b></p> <p>2. <b>"(...)" Les solicitamos integrar claramente en el anexo técnico si con la entrega de cada pedido de fruta se debe entregar análisis microbiológico"</b>.</p>
<p><b>Observaciones en relación con la inclusión de frutas</b></p>	<p><b>NAMASTÉ</b></p>	<p>Observación 760 referentes al aspecto "jurídico", presentadas el 16 de enero de 2017".</p> <p><b>"Riesgo de desabastecimiento: Se evidencia que el presente pliego se excluye las frutas Naranja y Feijoa; y en la ejecución en curso no se cuenta con la Guayaba. (...)"</b> (Destacado fuera de texto).</p>

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

En este punto, resulta oportuno mencionar que en el equipo celular de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se encontró –mediante una captura de pantalla– un correo electrónico que estaba dirigido a ella misma y a una persona identificada como **"Andrea"**. El correo electrónico contiene un mensaje que guarda relación idéntica con la observación No. 760, recién transcrita, presentada por **NAMASTÉ** en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, como se evidencia a continuación:

**ESPACIO EN BLANCO**

Captura de pantalla de un correo electrónico hallado en equipo celular de STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ



PLANTA ENSAMBLE  
para Stella, Andrea  
928 Años detalles

13 ene 2017.

Buen día,

De acuerdo a conversación sostenida se informan los posibles riesgos:

1. Riesgo de desabastecimiento:

Se evidencia que en el presente pliego se excluye las frutas Naranja y Feijoa; y en la ejecución en curso no se cuenta con la Guayaba; pero si se aumenta el consumo de frutas a lo largo del ciclo con una frecuencia de doce (12) días de fruta entera incluido el menú especial para la primera entrega y dos (2) de concentrados para la segunda entrega. Adicional a lo anterior no se permite la repetición de sabores y en los sabores del néctar se permite mandarina, manzana, pera y durazno escaseando aun mas las disponibilidad de fruta de mano.

Fuente: Registro fotográfico obrante a folio 1570 del cuaderno público No. 8, identificado con object ID 3384612.

Adicionalmente, la evidencia indica que la intención de llegar a un acuerdo de no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016** si la entidad contratante no incrementaba los precios, siempre estuvo presente entre los participantes del cartel, pues el mismo día en que se continuó con la audiencia de riesgos, esto es el 16 de enero de 2017, **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (quien asistió a la reunión y es proveedor de frutas de operadores PAE) le envió a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**<sup>143</sup> (vinculado a **ALIMENTOS DAZA**) y a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**<sup>144</sup> (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) el siguiente mensaje:

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

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

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

**Creo que no vamos para ningún buen puerto. De nuestra parte NO VAMOS A PRESENTARNOS.**<sup>145</sup>

A lo cual **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** respondió lo siguiente:

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

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

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

**Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco**<sup>146</sup>

<sup>143</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

<sup>144</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-147.txt", Object Id: "6881822" y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-147.txt

<sup>145</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

<sup>146</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

#### 5.3.4. El 2 de febrero de 2017 los investigados se reunieron en el Centro Comercial Gran Estación

Los investigados se reunieron nuevamente el 2 de febrero de 2017<sup>147</sup> en el Restaurante OMA del centro comercial Gran Estación, esto es, después de que se publicaran los pliegos de condiciones definitivos sin aumentar los precios y un día antes de que se venciera el término para presentar ofertas en el proceso de selección, en comento<sup>148</sup>.

Esta situación se acreditó a partir de los elementos de convicción contenidos en la resolución de apertura de investigación<sup>149</sup>, al igual que en las declaraciones rendidas con posterioridad a la mencionada apertura por **ANDREA ROSAS DÍAZ**<sup>150</sup> (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**<sup>151</sup> (representante legal de **DISFRUVER**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>152</sup> (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**<sup>153</sup> (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **FIDEL ALDANA FONSECA**<sup>154</sup> (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**).

Sobre los aspectos relevantes que dan cuenta de la reunión, se encontró un chat sostenido entre **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (quien asistió a la reunión y es proveedor de frutas de operadores **PAE**) y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) en el cual (i) se concertó la reunión y se confirmó la asistencia de los investigados a la misma; y (ii) se dio cuenta de la intención de convocar a todos los empresarios que proveen fruta con destino al **PAE**. Sobre la convocatoria, nótese que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado a **ALIMENTOS DAZA**) ordenó excluir de la reunión a **ORLANDO DÍAZ** en la medida que este último no hace parte del **PAE**<sup>155</sup>.

“De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:07(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Buen día.

-----  
De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:07(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Sr. Posibilidades de reunirnos mañana todos de nuevo?  
-----

<sup>147</sup> Folios 2922 y 2923 del cuaderno público No. 14 correspondiente a las fotografías de un chat de ANDREA ROSAS DÍAZ con un interlocutor llamado “fruelin” (Luis Albeiro Torres Londoño), de 1 de febrero de 2017, en el cual se anuncia que la reunión se realizará al día siguiente en “OMA Gran Estación 10:00 AM” y fotografía de un listado de asistencia de 2 de febrero de 2017.

<sup>148</sup> Según el cronograma del proceso de selección LP-AMP-129-2016 el 3 de febrero de 2017 vencía el plazo para presentar ofertas.

<sup>149</sup> Folio 1602 del cuaderno reservado No. 10 Luis Albeiro Torres Londoño (declaración de Luis Albeiro Torres Londoño minutos 01:10:36). En este aparte, Luis Albeiro Torres Londoño señaló que hubo una segunda reunión en el “Centro Comercial Gran Estación”, a la cual asistió por lo menos “[José] Fidel [Aldana Cortés], Disfruver, Daza”; Folio 1633 del cuaderno del cuaderno reservado No. 9 Castelblanco (Declaración Néstor Alejandro Castelblanco García Minuto 37:15 y 37:35). En este aparte Néstor Alejandro Castelblanco García manifestó, en relación con la segunda reunión, que asistieron “los mismos” y, respecto de los asuntos tratados en esa ocasión, que “miramos los precios nuevamente de la fruta”; y el Folio 1592 del cuaderno reservado No 1 de FAC.S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés, minuto 53:19). Este declarante manifestó: “la otra reunión se hizo (...) en la Gran Estación y allá llegaron diferentes, todo el mundo, no que la decisión es que no nos presentamos, ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento con ese precio”.

<sup>150</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54).

<sup>151</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 53:48 a 54:37).

<sup>152</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García, minuto 32:31).

<sup>153</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:06:09, parte I).

<sup>154</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 2:21:31).

<sup>155</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: “chat-148.txt”, Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:09(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Por mi claro que si

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:09(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
10 am. Le parece

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:10(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
En la misma parte

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:10(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
No

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:10(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Proponga

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:11(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
En oma de gran estasion

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:12(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
10 am está bién

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:13(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
👇

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:51(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra Stella Tellez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:56(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Confirma su presencia Disfruver

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:57(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
👉

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 15:54(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Confirmado el Sr. Nestor Castelblanco

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 16:38(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Confirma el Sr. Orlando Diaz

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:40(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
👉 👉

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Pero Orlando días para que

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
El no está en el programa

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 16:56(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Sí. Es correcto. Ya lo llamo y le digo que la reunión abortó por ser día sin carro

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:57(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Muy bien

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:57(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
👉 "156

La intención de reunir a todos los proveedores de fruta con destino al PAE se encuentra también acreditada por los intentos que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) realizó para involucrar a **FAC S.A.S** y a **RAMÓN EDUARDO**

<sup>156</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

**OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) en la mencionada reunión. Al respecto, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) declaró lo siguiente:

*“Pregunta: Bueno, devolviéndonos un poquito en la historia (...) el 2 de febrero se realizó una reunión en el centro comercial Gran Estación, en el Restaurante Oma. ¿Usted tuvo algún conocimiento de esa reunión? ¿A usted lo invitaron a esa reunión?”*

*Ramón Eduardo Otálvaro Melo: A mí me invitó el señor HUGO DAZA.*

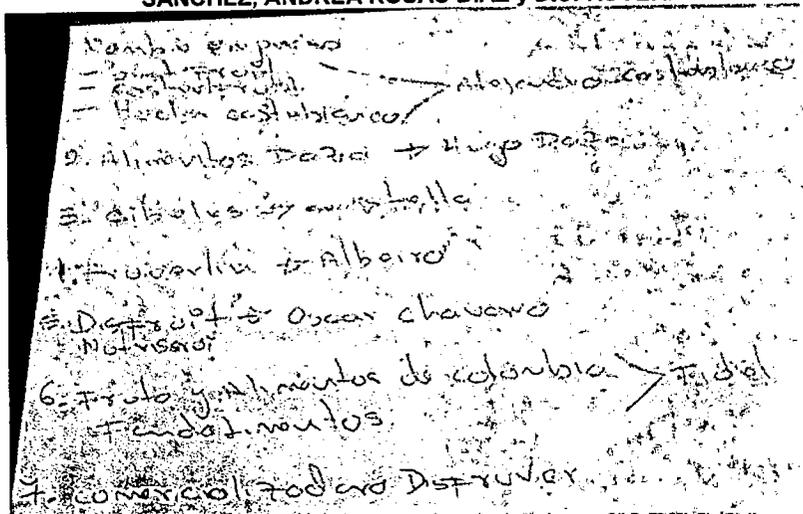
*Pregunta: Y, ¿qué le dijo el señor HUGO NELSON DAZA?*

*Ramón Eduardo Otálvaro Melo: Pues él siempre me repetía que el precio no me iba a dar, y pues me decía: 'ingeniero, si usted se presenta la embarra porque entonces ese precio se va a adoptar y no van a subir la fruta'. Nos vamos a reunir en el centro comercial Gran Estación con otras empresas –no me dijo nombre–, para hablar del tema porque no sirve así (...).”<sup>157</sup>.*

A pesar de la invitación de hacer parte de las reuniones en comento, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) decidió no asistir a la mencionada reunión por recomendación de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**).

La lista de personas que efectivamente asistieron a la mencionada reunión<sup>158</sup> fue aportada por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **DISFRUVER** con destino al expediente. El listado se puede apreciar a continuación:

Registro fotográfico del desarrollo de la segunda reunión anticompetitiva allegada por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y DISFRUVER.**



Fuente: Obrante a folio 2923, del cuaderno público No. 14.

Con lo anterior, se encuentra acreditado que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**<sup>159</sup>

<sup>157</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:06:00 al 1:07:40, parte I).

<sup>158</sup> En el folio 2923 del cuaderno público No. 14 se encuentra la fotografía del 2 de febrero de 2017, allegada por **ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y DISFRUVER**, en la que aparece un listado de empresas. Según lo expresado por la apoderada de **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** en la audiencia de ratificación de la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, tal listado fue elaborado por **ANDREA ROSAS DÍAZ** sobre las personas que asistieron a la reunión de 2 de febrero de 2017 (Folio 3534 del cuaderno público No. 16, Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 2:36:59).

<sup>159</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-147.txt", Object Id: "6881822" y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-147.txt. En este chat Stella

(representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**<sup>160</sup> (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **ALIMENTOS DAZA**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**<sup>161</sup> (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**<sup>162</sup> (representante legal de **DISFRUVER**), **DISFRUVER**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>163</sup> (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** asistieron a una reunión un día antes de que se venciera el plazo para presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

### 5.3.5. En la reunión mencionada en el numeral 5.3.4. se acordó no presentarse al proceso LP-AMP-129-2016 como mecanismo de presión

En relación con el objeto de la reunión, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S**) declaró lo siguiente:

***Pregunta:** Entonces cuénteme, ¿qué pasó en esa segunda reunión?*

***José Fidel Aldana Cortés:** No, allá llegamos y el tema era que no se presentara nadie.*

***Pregunta:** ¿Cómo? Desarrólleme eso. ¿Cómo así que el tema era eso?*

***José Fidel Aldana Cortés:** El tema era que no, pues para que no se presentara nadie, esa reunión siempre se conoce así, que pues digamos que no presentarse a la licitación.*

***Pregunta:** ¿Y esa discusión cómo se dio? Cuénteme.*

***José Fidel Aldana Cortés:** No... muy formal, digamos todos hablaron sobre el tema '¿usted se presenta?, ¿usted se presenta?, ¿usted se presenta?', todos. Me acuerdo de las palabras como si las estuviera escuchando ahorita, 'no, no, no'; de ahí quedó que no se presentaba ninguno (...).*

***Pregunta:** ¿Entonces me cuenta, que lo que se discutió en esa reunión fue la no presentación de ofertas?*

***José Fidel Aldana Cortés:** La última reunión fue no presentarse, y quien pues se presentara, pues como quien dice digamos, tendría problemas<sup>164</sup> (...)*

***Pregunta:** Y ¿cuál es la razón por la que manifestaban que no se iban a presentar?*

***José Fidel Aldana Cortés:** Los que no se iban a presentar era por lo que ellos veían que no presentándose, Colombia Compra Eficiente tenía que acceder a unos precios más altos<sup>165</sup>.*

De manera coincidente **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) reconocieron que el objeto de la reunión era el de acordar no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016** con el fin de forzar a la entidad contratante a "reevaluar los precios". Sobre el particular, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) manifestó que:

---

Téllez Hernández confirmó expresamente su presencia en la reunión que se llevaría a cabo en el centro comercial Gran Estación.

<sup>160</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt y Folio 2556 del cuaderno público No. 12.

<sup>161</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54) y folios 1934 a 1964 del cuaderno público No. 10.

<sup>162</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 53:00) y folios 1934 a 1964 del cuaderno público No. 10.

<sup>163</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minutos 33:00 al 34:27).

<sup>164</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 50:13 a 52:30).

<sup>165</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 2:21:31).

**“Pregunta:** ¿Qué pasó en esa reunión?

**Andrea Rosas Díaz:** Bueno, pues en esa reunión estábamos ya era enojados. Que cómo era posible que la **Secretaría de Educación no hubiera subido los precios**. (...). Y empezamos claramente a preguntarnos: ¿usted va a participar? No!, yo no voy a participar; ¿usted se va a presentar? No, yo no me voy a presentar. Nosotros Comercializadora **DISFRUVER** porque los precios no son viables; Y el que yo veía como que pensaba, como muy preocupado del proceso, demasiado preocupado del proceso era Don **HUGO NELSON** (...) No vamos a vender fruta, ¿qué nos vamos a poner a hacer? (...) **Entonces acordamos, porque eso sí fue un acuerdo, en que no nos presentamos. ¿Por qué digo yo que fue un acuerdo? porque empezamos a preguntarnos: ¿usted se va a presentar? no. ¿Usted se va a presentar? no.**

(...)

**Pregunta:** Y en ese acuerdo para no presentarse, ¿Qué ganaban ustedes con que la entidad se quedara sin proveedor de fruta?

**Andrea Rosas Díaz:** Pues había dos posibilidades. Una posibilidad y que nosotros la asumimos, era que la entidad iba a cambiar ese producto, porque desde luego la entidad no se va a quedar desabastecida. Y ya había pasado en otras oportunidades, que simplemente reemplazaban los productos (...). **La otra posibilidad era claramente que la entidad tenía que reevaluar los precios, ¿cierto? No, venga, si nadie se presentó, o por lo menos los de la fruta no se presentaron, (...) tengo que incrementar los precios. Venga hago un nuevo estudio de mercado a ver qué fue lo que pasó**<sup>166</sup>.

### 5.3.6. Los investigados actuaron de conformidad con lo acordado en la reunión

En total coherencia con lo acordado entre los integrantes del cartel, ninguno de los participantes del acuerdo se presentó al proceso **LP-AMP-129-2016**, por lo que se declararon desiertos 25 de los 30 segmentos a adjudicar dentro del grupo de las “*frutas y hortalizas*”.

El único proponente que presentó oferta al mencionado proceso fue **FAC S.A.S.**, sociedad a la cual se encuentran vinculados (i) **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), quien asistió a las reuniones descritas anteriormente, (ii) **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**), quien fue invitado a la reunión que tuvo lugar en el centro comercial Gran Estación, pero no asistió, y (iii) **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), quien estaba enterada de la existencia de las reuniones.

En atención a que los participantes del acuerdo perseguían que los segmentos del grupo de “*frutas y hortalizas*” fueran declarados desiertos para que la entidad contratante se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a las expectativas de los cartelistas, la presentación de **FAC S.A.S.** fue interpretada por ellos como una “*subversión*” a la concertación de no presentar oferta al proceso **LP-AMP-129-2016**. Así se advierte de los mensajes que el 3 de febrero de 2017, fecha límite para presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, remitió **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y quien asistió a la reunión) a (i) **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), (ii) **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), y (iii) **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), luego de que **FAC S.A.S.** había presentado oferta<sup>167</sup>. A continuación los chats que dan cuenta de los mensajes mencionados:

<sup>166</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54).

<sup>167</sup> Según el SECOP II FAC S.A.S. presentó su oferta el 03 de febrero de 2017 a las 4:25:07 AM.

Chats entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO con algunos de los investigados.

Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y ANDREA ROSAS DÍAZ <sup>168</sup>	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ <sup>169</sup>	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ <sup>170</sup>
<p>"Participantes:            [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos,            [redacted]@s.whatsapp.net            Disfruver Andrea</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos            Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bién a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué birlado en pos de una pérdida segura.</p> <p>-----</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Disfruver Andrea            Marca de hora: 3/02/2017 15:05(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Sí señor !!"</p>	<p>"Participantes:            [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos,            [redacted]@s.whatsapp.net            Hugo Nelson Daza</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos            Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bién a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué birlado en pos de una pérdida segura.</p> <p>-----</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Hugo Nelson Daza            Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Si y ayer nos dijo que no</p> <p>-----</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Hugo Nelson Daza            Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Eso nos dijo José fidel Aldana"</p>	<p>"Participantes:            [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos,            [redacted]@s.whatsapp.net            Stella Téllez</p> <p>De: [redacted]@s.whatsapp.net            Hastalasueldasdemizapatos            Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5)            Aplicación de origen: WhatsApp            Contenido:            Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bién a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué birlado en pos de una pérdida segura."</p>

Fuente: Elaboración SIC con base en la información que reposa a folios 1597 del cuaderno público No. 8.

### 5.3.7. Algunos de los participantes del acuerdo presionaron y procuraron influir en FAC S.A.S. para que no presentara oferta en el proceso LP-AMP-129-2016

Tal y como fue relatado por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (asistente a la reunión, proveedor de frutas de operadores PAE y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), la intención de los encuentros anticompetitivos era "reunir todas las empresas"<sup>171</sup> que proveían fruta para el PAE de manera "que no se quedara una por fuera"<sup>172</sup>.

Lo anterior tiene sentido en la medida en que, si lograban acordar que ninguna empresa se presentara, la entidad contratante se vería forzada a "revaluar los precios"<sup>173</sup> e

<sup>168</sup> Folio 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-299.txt", Object Id: "6883240" y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-299.txt

<sup>169</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

<sup>170</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-147.txt", Object Id: "6881822" y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-147.txt

<sup>171</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No 1 de FAC.S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés, minuto 46:13).

<sup>172</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No 1 de FAC.S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés, minuto 46:13).

<sup>173</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54).

**“incrementar los precios”<sup>174</sup>**, tal como claramente lo reconocieron **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **DISFRUVER**.

De manera que esa estrategia podría verse comprometida si alguna empresa se presentaba al segmento de las **“frutas y hortalizas”** y, en ese sentido, era importante para los miembros del acuerdo convencer o procurar influir a **FAC S.A.S.** para que no presentara oferta al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

En efecto, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) llamó en repetidas ocasiones<sup>175</sup> a **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) para manifestarle que si se presentaba **“la embarra[ba] porque entonces ese precio se va a adoptar y no van a subir la fruta”<sup>176</sup>**. Pese a ello, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) respondió que **“que pena don Hugo pero a mí los precios sí me dan, si a usted no le dan, pues yo sí me voy a presentar”**. Y yo le digo: **‘primero, su empresa no está cerca de Abastos; segundo, usted tiene una infraestructura muy grande, la cantidad de empleados que tiene es mucha’** pues porque él está acostumbrado a operar de otra forma y los costos son muy grandes<sup>177</sup>.

Esta presión también se extendió a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), quien expresó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) lo llamó para insistir en que **FAC S.A.S.** no se presentara en el proceso de selección. Sobre este punto expresó que:

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

**José Fidel Aldana Cortés: Sí, claro, claro. Ese tema de que miráramos la forma de que esa empresa FAC S.A.S. no se presentara; eso sí, sí, pa’ que.**

**Pregunta: ¿Cuál es la empresa de Don HUGO NELSON DAZA? ¿Cómo se llama esa empresa?**

**José Fidel Aldana Cortés: Industria de Alimentos Daza”<sup>178</sup>**.

De la misma manera, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) reconoció que sostuvo una conversación telefónica con **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**) a fin de convencer a esta última de que **FAC S.A.S.** no se presentara. A continuación su declaración:

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

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

**Andrea Rosas Díaz: Sí, fue antes del cierre.**

<sup>174</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54).

<sup>175</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:05:56, parte II).

<sup>176</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:06:36, parte I).

<sup>177</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:06:36, parte I).

<sup>178</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:03:29).

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

**Andrea Rosas Díaz:** *Sí, yo creería que fue después de la reunión. Entonces le dije, doctora ese proceso tiene unos niveles de pérdida muy grandes. Entonces ella dijo, pues la verdad yo le voy a comentar a los directivos que usted me llamó y lo que me comentó. Y yo le dije, bueno listo doctora. Y Ella me preguntó, ¿usted sabe si Daza se va a presentar?; y pues nosotros ya habíamos hecho la reunión, ya habíamos acordado que no nos íbamos a presentar. Yo le dije: doctora, Daza tampoco se va a presentar. Nosotros tampoco nos vamos a presentar, porque es un negocio que da pérdidas. Dijo, ah bueno listo. Yo le voy a comentar, ellos son los que toman la decisión (...)*<sup>179</sup>.

En lo que respecta a esta llamada telefónica **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**) declaró ante este despacho que **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) le había manifestado que “no entendía por qué una empresa pequeña se metía donde los antiguos eran los que tenían derecho a estar, entonces obviamente sobre ese parámetro yo sí sentí un ataque directo”<sup>180</sup>.

La presión hasta aquí descrita implicó que los socios de **FAC S.A.S.** se reunieran para discutir nuevamente sobre la presentación de la oferta, momento para el cual, de acuerdo con lo declarado por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), la llamaron por “teleconferencia” en la cual **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) le manifestó: “no, doctora, mejor deje así, no nos presentemos, esos precios ya no están dando, eso fluctuaron. (...) Yo le cuestiono al señor Fidel, que estaba en teleconferencia, (...) en ese momento estábamos tan enfocados en ¿qué paso?, ¿sí da? Yo lo único que les decía era: revisen precios, si sí les da preséntenlo, no se dejen asustar”<sup>181</sup>.

En similar sentido, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) manifestó:

*(...) en esa llamada, en esa conferencia de llamada, Fidel nos manifiesta que pues ya había conocimiento de que él podía ser proveedor de nosotros y nos comunica por la llamada, que la señora Andrea Rozo [se refiere a Andrea Rosas]<sup>182</sup> trata mal a mi empresa, de menospreciarla, que esa empresa de ... Bueno, Fidel nos dijo las palabras ahí, que empresa aparecida, que empresa de no sé qué, que empresa fantasma, él nos comunica y Fidel: 'no que venga, que no se presenten porque es que eso no da'; hasta el mismo Fidel empezó a dudar. Nosotros con la doctora Ligia –Néstor pues, simplemente era un socio capitalista, él no tenía pues, injerencia sobre las decisiones técnicas o jurídicas– pues dijimos con Ligia: 'no, pues presentémonos', yo ya tenía experiencia también comprando fruta, presentémonos que eso nos da, y nos presentamos”<sup>183</sup>.*

Pese a que las presiones ejercidas por miembros del probado cartel pusieron en riesgo la participación de **FAC S.A.S.**, dicha compañía decidió presentarse al proceso de selección. Sin embargo, las presiones e influencias continuaron con el propósito de que no subsanara su propuesta dentro del proceso y, en consecuencia, se declararan desiertos la totalidad de los segmentos del grupo de “frutas y hortalizas”. Al respecto, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) ratificó lo siguiente:

**“Pregunta:** Bueno, y después de que ustedes presentan su oferta, y Colombia Compra Eficiente les dice que deben subsanarla, ¿ustedes siguen recibiendo llamadas de esos otros proveedores de frutas?

<sup>179</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:51:39 a 2:53:41).

<sup>180</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 28:17).

<sup>181</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 41:08, parte I).

<sup>182</sup> En el curso de la declaración Ramón Eduardo Otálvaro Melo aclara que se trata de Andrea Rosas Díaz, minuto 50:07.

<sup>183</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 50:00, parte I).

**Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Para ese momento fue más.

**Pregunta:** ¿Fue más? ¿Qué le decían en esas llamadas?

**Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Porque es que subsanar eso, era ya quedar ya habilitado, entonces se agudizaron las llamadas en ese momento.

**Pregunta:** Y ¿quién le hacía las llamadas?

**Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** El que siempre estuvo en contacto fue el señor **Hugo**, de hecho, para esa época fue digamos los insultos que Fidel nos comunicó de Andrea hacía FAC S.A.S., refiriéndose como una empresa de poco no sé qué, bueno...

**Pregunta:** ¿Qué determinación toman ustedes cuando reciben esas llamadas y él les comenta que pueden tener una pérdida grande si siguen adelante con esa presentación de la oferta?

**Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Pues no doctora, yo siempre estuve seguro de mis costos, de hecho yo operé abril, mayo y junio<sup>184</sup>.

En efecto, de acuerdo con lo declarado por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), hubo llamadas específicas para que **FAC S.A.S.** no subsanara los documentos de la oferta, así:

**"Ligia Amira del Pilar Cobos:** Perdón, doctor, antes de eso quisiera de pronto hacer una claridad, que las llamadas después de que nosotros presentamos el cierre, **hubo llamadas específicas para que no subsanáramos los documentos.**

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

**Ligia Amira del Pilar Cobos:** O sea, en su momento, de Hugo Daza, y varias comunicaciones que en su momento Don Fidel nos decía: 'me están llamando para que no subsanemos' (...)<sup>185</sup>.

**Pregunta:** Listo, entonces vamos al momento en que usted presenta la oferta después de las llamadas, y de todo lo que nos ha manifestado y las reuniones. Entonces nos acaba de manifestar que el señor Hugo Daza llamaba a Ramón Eduardo Otálvaro para decirle 'no subsane'; ¿qué ocurre después de eso?

**Ligia Amira del Pilar Cobos:** Pues obviamente digamos que yo siempre he sido una persona escéptica de tener unos comunicados, y más como se estaban presentando las situaciones en ese momento. Yo le sugerí a ellos que más bien trataran de mantenerse un poco alejado de dar respuesta, porque eran llamadas insistentes, y era mejor como cuando uno sabe que de pronto puede haber algo, mejor alejarse de la situación. En su momento Ramón Eduardo Otálvaro sé que dio contestación a alguna de esas llamadas, pero en explícito él nunca le aseguró que se iba a presentar, que no se iba a presentar, adicionalmente que había la posibilidad en su momento que el señor Daza también nos vendiera, entonces digamos que era un proveedor también que a futuro nos podía dar buenos precios en algunas cosas<sup>186</sup>.

En concordancia con lo anterior, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) manifestó que las llamadas a él realizadas vinieron de parte de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y de **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), quienes le reprocharon el hecho de que **FAC S.A.S.** se hubiera presentado al proceso de selección y, más aún, que hubiere resultado adjudicatario

<sup>184</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:08:57, parte I).

<sup>185</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 48:31).

<sup>186</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 51:50).

de 5 de los 25 segmentos del grupo de las “frutas y hortalizas”, como se expone a continuación:

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

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

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

*José Fidel Aldana Cortés: No, ella me decía pues, digamos, 'que falta de palabra, que que falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a FAC S.A.S.], o porque me presenté como el que les di digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.<sup>187</sup>*

(...)

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

*José Fidel Aldana Cortés: Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar<sup>188</sup>.*

Dicha situación también se encuentra acreditada por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), quien corroboró que “posterior a que presentamos la oferta [FAC S.A.S.], él [José Fidel Aldana Cortés] me muestra varios mensajes de texto, uno de parte de la señora Andrea, donde le hacía, le decía cosas muy agresivas, referentes a la presentación de la oferta, o sea como si él incidiera en el hecho de que nos presentáramos, porque en últimas pues es él el que nos daba los precios para podernos presentar más económicos de todo el programa (...)<sup>189</sup>”.

La valoración en conjunto de estos medios de prueba lleva a la convicción de que los participantes del acuerdo procuraron influir y presionar a **FAC S.A.S.** durante todo el proceso de selección a fin de que no presentara oferta en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y/o subsanara la misma, para que de esta manera no se viera frustrada la estrategia por ellos diseñada y que, en consecuencia, se declararan desiertos todos los segmentos relacionados con el grupo de “frutas y hortalizas”.

#### **5.4. De las defensas de los investigados respecto del acuerdo celebrado en el marco del proceso LP-AMP-129-2016**

En este capítulo se referirán las razones por las que los argumentos de defensa formulados por los investigados no tienen la fortaleza suficiente para desvirtuar las conclusiones anotadas.

<sup>187</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:01:24).

<sup>188</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:31:22).

<sup>189</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 44:32, parte I).

#### 5.4.1. Sobre la existencia del acuerdo y la coordinación en el proceso de selección LP-AMP-129-2016

**GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** manifestaron que la conducta que adoptaron en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** obedeció al ejercicio del derecho legítimo a presentar observaciones y no contratar cuando las condiciones del proceso no se ajustan a las expectativas de los interesados.

En este punto resulta oportuno advertir que el objeto de reproche en esta actuación administrativa no hace referencia, en sí mismo, a que en el proceso de **LP-AMP-129-2016** se hayan realizado observaciones respecto del precio de las frutas o que este haya sido declarado desierto en 25 de los 30 segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*”. En efecto, la conducta reprochada a los investigados se relaciona con el comportamiento coordinado que adoptaron durante todo el proceso de selección, mediante el diseño de una estrategia común para satisfacer sus intereses como grupo, renunciando a la rivalidad e independencia que debe regir entre los competidores. Esto es, el comportamiento adquiere el carácter de restrictivo de la libre competencia porque las conductas que desplegaron en el proceso de selección no fueron producto de una posición individual, autónoma y unilateral – como están obligados a hacerlo –, sino que fue el resultado de la concertación con los competidores.

Sobre el argumento de defensa expuesto vale la pena mencionar que todos los procesos de selección pública, por regla general, tienen observaciones por parte de los interesados y que adicionalmente muchos procesos de selección son declarados desiertos. En estos supuestos, estas circunstancias en sí mismas no son objeto de investigación por parte de la Delegatura. De ese modo, lo que ocurre en este caso no es que se esté “*sataniza[ando]*”<sup>190</sup> el legítimo derecho de los empresarios a formular observaciones de manera individual e independiente para definir si presentan o no oferta en los procesos de selección. Contrario a lo sostenido por los investigados, la conducta aquí investigada es que los interesados en un proceso de selección hubieran formulado observaciones en el contexto de un cartel y para los fines del mismo.

En este sentido, no comparte la Delegatura los argumentos de defensa planteados por los investigados respecto de la imputación fáctica contenida en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos. Al respecto, además de que en este caso varios de los investigados se allanaron al cargo relacionado con el acuerdo realizado en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, no puede perderse de vista que las declaraciones de terceros no investigados soportan las conclusiones de la Delegatura, que las pruebas documentales –chats, correos electrónicos, fotografías y demás– dan cuenta de la coordinación entre los investigados y que, de hecho, inclusive lo declarado por aquellos investigados que no se allanaron a los cargos formulados en este caso da cuenta de que en el escenario de la licitación enunciada se realizaron reuniones y contactos entre competidores con la finalidad de llegar a un “*consenso*” sobre el precio y otras condiciones técnicas del proceso, presionar a la entidad para que accediera a sus demandas –mediante la presentación coordinada de observaciones– e influenciar a un competidor para que actuara de conformidad con lo acordado por los miembros del cartel.

En el contexto descrito anteriormente, no requiere mayor explicación el hecho de que la conducta que encontró acreditada la Delegatura con fundamento en el basto material probatorio recaudado en esta investigación es un acuerdo restrictivo de la competencia por su objeto. La naturaleza misma del ardid planeado y ejecutado por los investigados en

<sup>190</sup> Folio 2576 del cuaderno público No. 13.

detrimento del Estado –como consumidor–, de **FAC S.A.S.** como competidor y de la eficiencia del mercado en general es obviamente anticompetitiva.

No se entiende cuál podría ser el sustento para afirmar que la conducta no tuvo la potencialidad de afectar la libre competencia cuando en los términos del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 está demostrado que las conductas aquí descritas, como mínimo, habrían puesto en peligro la libre participación de las empresas en el mercado, en la medida en que la conducta de los investigados no fue autónoma e independiente, sino cartelizada y anticompetitiva y, además, se extendió a intentar evitar que **FAC S.A.S.** participara en el proceso, objetivo que, según las evidencias, casi consiguen.

Del mismo modo, el bienestar de los consumidores también se encontró afectado en la medida en que los investigados engañaron al Estado haciéndole pensar que las observaciones en el proceso y la falta de concurrencia en la licitación obedecía a una determinación libre, independiente y responsable de los interesados, que debía ser entendida por la entidad como un mensaje legítimo del mercado para incrementar los precios, circunstancia que en efecto ocurrió. Ciertamente, como se explicó, **CCE** tuvo que iniciar el proceso de selección **SA-SI-AG-140-2017** con precios sustancialmente superiores. Recuérdese que se encuentra probado que la intención del cartel era que ninguna empresa se presentara para que el proceso fuera declarado desierto en su totalidad y forzar así la reconsideración de los precios.

Por último, también se afectó la eficiencia económica en la medida en que empresas con distintos costos se sentaron a definir y acordar cual es el precio que les servía a todas, lo que implica definir un precio que sea favorable aún para aquella que sea más ineficiente para ofrecer los productos requeridos por las entidades contratantes. Sobre el particular, recuérdese que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) declaró que:

*“Pregunta: ¿Cuál era la expectativa de ustedes sobre la utilidad?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Eh, la utilidad está rondando entre el 5 y el 10%.*

*Pregunta: ¿Y en el tablero se consignaba esa expectativa así?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: No, porque como todas las compañías son diferentes, entonces es difícil que X o Y dijera mi utilidad es el 10 o el 20 o el 30 porque éramos varias personas, o sea, no, las compañías eran diferentes y cada una tenía sus costos diferentes. Entonces, eh, era una expectativa de precio, pero, pues cada compañía miraba si sobre esa expectativa era la utilidad del 5, el 10 o 15, o sea eso era independiente. Era algo aproximado.*

*Pregunta: Dígame si es correcto el concluir lo siguiente: según le entiendo, la empresa que tuviera menos margen porque sus costos son más altos, se tuvo en cuenta a efectos de establecer el precio que ustedes pensaban era el adecuado y a partir de ahí entonces las empresas que fuesen más eficientes pues tendrían mayores utilidades ¿sí? porque sus costos podían ser inferiores.*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Podría ser sí.*

*Pregunta: ¿Sí?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Sí. (...)<sup>191</sup>.*

<sup>191</sup> Fóljo 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 36:30 a 40:00.

Nótese, de esta manera, que sin necesidad de tener que probar la ocurrencia de efectos en el mercado, la Delegatura ha comprobado la existencia de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en lo que se refiere al objeto del mismo.

Ahora bien, a continuación se responderán los argumentos de defensa relacionados, no con la existencia del acuerdo, sino con el desconocimiento de la finalidad anticompetitiva de las reuniones y la calidad en la que actuaron algunos de sus participantes.

#### 5.4.2. Argumentos adicionales de NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS

**NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUITS** refirieron que desconocían la finalidad de las reuniones en las que participaron, por lo que si los demás investigados perseguían objetivos diferentes *“lo fue a título personal y sin su concurso”*. Afirmaron, entonces, que si se hizo un acuerdo fue a sus espaldas y que su participación en las reuniones fue con la intención de conformar una unión temporal.

En adición a todos los elementos de prueba descritos anteriormente, que dan cuenta no sólo de la asistencia sino de la participación activa de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) en las discusiones y acuerdos del cartel que se investiga, evidencias que, se recuerda, incluyen el reconocimiento expreso del propio **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) de haber participado en dichas conductas, debe manifestarse que los argumentos recién transcritos no son creíbles en la medida en que el comportamiento investigado no se agotó en un solo momento, sino que se trató de una sucesión de conductas que incluyeron como mínimo dos reuniones en las que este investigado participó de manera voluntaria, con conocimiento de los temas que se iban a tratar, a lo que se debe agregar que el investigado, además, se comportó de manera consecuente con lo pactado.

Así mismo, no existen elementos de juicio a través de los cuales se pueda demostrar que el objeto de las dos reuniones anticompetitivas desarrolladas en el barrio Las Ferias y en el centro comercial Gran Estación era la conformación de una estructura plural. Por el contrario, los medios demostrativos practicados acreditan que dichas reuniones y coordinaciones se dieron entre empresas independientes llamadas a competir por el proceso de selección.

Por último, la defensa propuesta por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUIT** en el sentido de que estos investigados no incurrieron en la conducta dirigida a presionar y procurar influir a **FAC S.A.S.** para que no presentara oferta en el proceso de selección tampoco está llamada a prosperar. En efecto, pese a que no existe prueba de que esos investigados directamente hayan llamado a amenazar a **FAC S.A.S.**, lo cierto es que quedó comprobado que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) participó en las dos reuniones anticompetitivas y en ese escenario también se procuró influir en todos los asistentes de la reunión, incluido **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), para que realizara observaciones en el proceso de selección y no presentara oferta.

Es más, es de recordar que según lo declarado por este último, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) fue uno de los que llamó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** para que participara en las reuniones<sup>192</sup>. Por otra parte, si, en gracia de discusión, se aceptara que no fueron estos investigados quienes

<sup>192</sup> Folio 1592 del cuaderno Reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 50:53). *“José Fidel Aldana Cortés: Ellos llamaron todos. Eso a uno lo llamaba Juan Pablo, lo llamaba Daza, lo llamaba Néstor también, Néstor Castelblanco... él es el dueño de una empresa, también digamos que esa sí participó ahorita en la alianza que hubo ahorita. Participó también ahí”*.

realizaron las llamadas para amenazar a **FAC S.A.S.**, lo cierto es que se tiene acreditado que los competidores con los que se reunieron ejecutaron el comportamiento descrito precisamente para salvaguardar el acuerdo en el que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **BESTCOLFRUIT** participaron, razón suficiente para vincularlos también con esta conducta.

#### 5.4.3. De los argumentos adicionales presentados por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **ALIMENTOS DAZA**

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** señalaron que la participación en las reuniones por parte de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) fue meramente informativa y circunstancial habida cuenta que, por un lado, como persona natural no podía participar como proponente dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** y, por el otro, que no actuó en representación de **ALIMENTOS DAZA**, pues no se encuentra vinculado con dicha empresa. Bajo ese entendido **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** manifestaron que no participaron directamente ni por interpuesta persona en los acuerdos descritos en la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos.

La defensa planteada no corresponde con la realidad, toda vez que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** influyó las decisiones y conductas desplegadas por **ALIMENTOS DAZA** en el acuerdo anticompetitivo. En efecto, la calidad en la que participó en los diferentes hechos imputados a través de la resolución de apertura de investigación fue la de controlante de **ALIMENTOS DAZA**, por lo menos, en lo relacionado con los hechos objeto de esta investigación.

La recién anotada afirmación tiene como fundamento (i) las diferentes declaraciones rendidas en el marco de esta actuación administrativa y los documentos que reposan en el expediente, los cuales dan cuenta que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) participó en todas las reuniones en las cuales se concertó la conducta anticompetitiva que luego fue ejecutada por **ALIMENTOS DAZA**, (ii) el escrito de descargos presentado por **ALIMENTOS DAZA** y (iii) los chats sostenidos por él con **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**).

Para entrar a esbozar el material probatorio enunciado, resulta importante reiterar que el concepto de control en el derecho de la competencia no se relaciona con una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de ella, ni con aparecer vinculado formalmente con la sociedad. Se relaciona, en cambio, con la posibilidad de influenciarla directa o indirectamente en su política empresarial, para lo que interesa a este caso, la decisión de presentar observaciones en el proceso de selección en el sentido acordado entre los investigados y no presentar oferta.

De allí que resulte válido afirmar que, aunque **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no tiene la calidad de administrador de **ALIMENTOS DAZA**, ni cuenta formalmente con un cargo de dirección, confianza y manejo, lo cierto es que influyó las decisiones relacionadas con el acuerdo anticompetitivo objeto de esta investigación.

Es de resaltar que, a pesar de lo afirmado en su defensa, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) es consciente de la posición que ejerce en relación con **ALIMENTOS DAZA**. Prueba de ello es el *chat* sostenido entre el investigado con **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**), en el cual resulta evidente que su participación no fue

circunstancial, sino que tenía como base el control competitivo que ejerce sobre **ALIMENTOS DAZA**. En el documento se afirma que **ALIMENTOS DAZA** tampoco se presentaría si dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** no arreglaban los precios o cambiaban las condiciones del mismo.

“De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos

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

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

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

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

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

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

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

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

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

**Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco.**

La situación que se ha planteado permite hacer una importante precisión: si como persona natural **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no tenía la posibilidad de presentarse dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** por no tener la “cualificación o aptitud legal para comparecer como proponente”<sup>193</sup>, era a través de **ALIMENTOS DAZA** respecto del cual hacía tal afirmación.

Sobre este punto, advierte esta Delegatura que en el acápite anterior se demostró que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) participó en todas las reuniones y procuró el cumplimiento de lo acordado mediante la presión que ejerció contra **FAC S.A.S.** para que no presentara oferta en el proceso de selección y, luego de presentada, para que no fuera subsanada. El objetivo ya acreditado de ese comportamiento era que todos los segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*” fueran declarados desiertos.

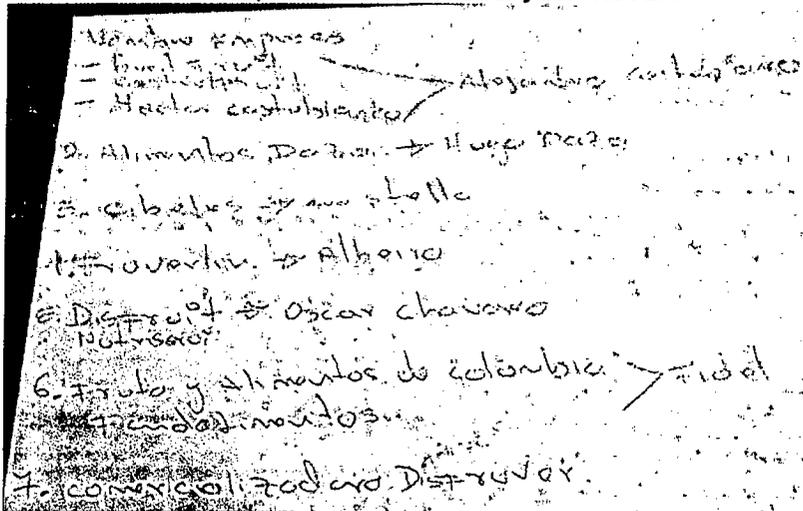
Además de ello, los participantes de las reuniones enunciadas manifestaron que reconocían a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) como la persona que influye en las decisiones de **ALIMENTOS DAZA**<sup>194</sup>, tanto así que fue a él a quien invitaron a las reuniones para acordar la realización de las conductas a través de las cuales se configuró el acuerdo anticompetitivo y, como se verá más adelante, a quien contactaron para que **ALIMENTOS DAZA** conformara la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** en el marco del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

De lo anterior se sigue que si **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no hubiera tenido poder decisorio respecto de la política empresarial de **ALIMENTOS DAZA**, tampoco habría sido convocado a tales reuniones ni tampoco hubiera sido identificado en las reuniones como representante de la sociedad enunciada, como efectivamente se hizo en el registro de asistencia de la reunión celebrada el 2 de febrero de 2017, en la cual se vinculó a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** con **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>193</sup> Folio 2553 del cuaderno público No. 12. Descargos Hugo Nelson Daza Hernández.

<sup>194</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:04:16 a 1:04:27). A modo de ejemplo, a José Fidel Aldana se le preguntó respecto de cuál era la empresa de Don Hugo Nelson Daza, a lo que contestó que era “*Industria de Alimentos Daza*”.

**Registro fotográfico del desarrollo de la segunda reunión anticompetitiva allegada por JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y DISFRUVER.**



Fuente: Obrante a folio 2923, del cuaderno público No. 14.

Ello explica, como quedó corroborado en el acápite anterior, que aunque **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) no participó en las reuniones descritas, **ALIMENTOS DAZA** ejecutó lo acordado por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) en el acuerdo anticompetitivo, tanto en lo que atañe a la presentación de observaciones al pliego definitivo, en la postura que exhibió tal compañía en la audiencia de asignación de riesgos, como en la no presentación de oferta como estrategia para forzar la apertura de un nuevo proceso de selección. Téngase en cuenta que, precisamente al haber logrado el fin perseguido con el acuerdo anticompetitivo, esta empresa posteriormente participó en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** a través de la estructura plural **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** junto con otros participantes del acuerdo inicial.

En efecto, otra prueba que sustenta la conclusión de la Delegatura es un *chat* sostenido en días posteriores –al recién expuesto– entre **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**). En este, por indicación directa de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados), desistieron de invitar a **ORLANDO DÍAZ** a la segunda reunión anticompetitiva desarrollada en el Restaurante OMA del centro comercial Gran Estación. La razón por la cual no debía asistir a la reunión fue justamente porque **ORLANDO DÍAZ** no se encontraba dentro del programa del **PAE**, es decir, no era un posible proponente para el proceso **LP-AMP-129-2016**, lo que evidencia sin lugar a dudas que el comportamiento de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no era circunstancial o meramente informativo como lo dijo en sus descargos, sino que actuó claramente en su calidad de representante de una empresa “que hace parte del Programa”. En efecto, si un motivo para impedir la participación en la segunda reunión era el no ser un proponente para el proceso materia de estudio, es claro que si **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) pudo participar es porque tenía esa calidad. A continuación el *chat*<sup>195</sup>:

“De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
 Marca de hora: 1/02/2017 14:51(UTC-5)  
 Aplicación de origen: WhatsApp  
 Contenido:

<sup>195</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

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

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 14:56(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Confirma su presencia Disfruver

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 14:57(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:



---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 15:54(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Confirmado el Sr. Néstor Castelblanco

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 16:38(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
**Confirma el Sr. Orlando Díaz**

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:40(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:



---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
**Pero Orlando días para qué**

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza  
Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
**Él no está en el programa**

---

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos  
Marca de hora: 1/02/2017 16:56(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
**Sí. Es correcto. Ya lo llamo y le digo que la reunión abortó por ser día sin carro**<sup>196</sup>  
(destacado fuera de texto).

Por supuesto, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no es solamente un desprevenido asesor de **ALIMENTOS DAZA** –como lo quieren hacer ver–, sino que, contrario a ello, ejerció el control competitivo de esta sociedad en relación con los hechos objeto de investigación. En efecto, la posibilidad de influir en la política empresarial de **ALIMENTOS DAZA** se evidencia, entre otras

<sup>196</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID: 6881823 y ruta de acceso: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

cuestiones, porque esta empresa “recibió de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** el legado de su amplísima experiencia y trayectoria en el mercado de las frutas en el que comenzó para el año 1991, es decir, hace más de 25 años y particularmente su experiencia en el suministro de frutas para los contratistas del Estado proveedores de esta clase de productos. Toda la experiencia, particularmente, las relaciones, vínculos y conexiones con los productores de fruta pasaron a ser de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. (...)**”, como ellos mismos reconocen en sus descargos.

Vale la pena reiterar que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) reconoció en sus declaraciones<sup>197</sup> y en los descargos<sup>198</sup> que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) fue quien la asesoró en lo relacionado con los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-AG-140-2017**.

Por último, debe destacarse que, en cualquier caso, de acuerdo con el artículo segundo de la Ley 1340 de 2009 las normas de competencia “se aplicarán respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. De modo que, con total independencia si la participación de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) en los acuerdos anticompetitivos se realizó en representación de **ALIMENTOS DAZA** o a título personal, su conducta es reprochable desde la perspectiva de la norma expuesta.

Bajo ese entendido, los argumentos expuestos por la defensa, con los cuales intentaron demostrar que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) no tiene relación con **ALIMENTOS DAZA**, más allá del parentesco con su representante legal y única socia **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), resultan desvirtuados con lo demostrado en esta actuación administrativa, máxime si se tiene en cuenta que fue él quien decidió cuál sería la postura que adoptaría esta empresa en los procesos de selección objeto de investigación.

#### **5.4.4. De los argumentos adicionales presentados por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS y NAMASTÉ**

**STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** alegaron que la condición en la que aquella actuó en el marco del proceso de selección en lo concerniente a las “*frutas y hortalizas*”, así como en las reuniones cuestionadas, fue en calidad de Presidenta Seccional de **ACODÍN**. Sobre el particular añadieron que su participación se explicaba en la medida en que la referida investigada quería promocionar un congreso de **ACODÍN** que se realizaría en agosto de 2017, por lo que, en esa medida, su conducta no vinculaba a **ALIMENTOS SPRESS** ni a **NAMASTÉ**.

Sobre la finalidad de las reuniones es menester recordar que, como ya quedó probado, incluso con las declaraciones de los otros participantes del acuerdo anticompetitivo, estas perseguían coordinar la conducta de los competidores en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con el objeto de fijar directa y/o indirectamente los precios de referencia de las frutas y hortalizas, por lo que el argumento de defensa presentado es opuesto de lo demostrado en esta actuación administrativa.

<sup>197</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 47:23 a 48:00, Parte II). También folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 47:08 a 47:26; 1:12:57 a 1:14:42; 1:18:28 a 1:19:33).

<sup>198</sup> Folio 2544 del cuaderno público No. 12.

Al respecto, debe resaltarse que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) desempeñó un rol importante en la reunión celebrada el 14 de enero de 2017, pues –como ya quedó demostrado– fue quien lideró la reunión anticompetitiva y recomendó la presentación de observaciones en el proceso de selección como estrategia para presionar o hacer “recapacitar”<sup>199</sup> a la entidad contratante para modificar el precio de referencia y otras condiciones técnicas de las frutas. Del anterior comportamiento se concluye que lejos de participar en la mencionada reunión como representante de alguna asociación, lo cierto es que actuó como interesada en el proceso de selección referido.

Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera como cierto que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) presentó información relativa a un congreso de **ACODÍN**, la única conclusión a la que podría arribarse sería que, a lo sumo, en la reunión se abordaron otros asuntos sin que ello logre desvirtuar que tal encuentro tuvo por finalidad coordinar el comportamiento de competidores e interesados en el proceso de selección enunciado y diseñar una estrategia para presionar a la entidad contratante a que incrementara el precio de las frutas y hortalizas.

Por su parte, en relación con la condición en la que asistió a la audiencia de asignación de riesgos **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), se destaca que tal afirmación, en el mismo sentido de lo que lo fueron las recién analizadas, es totalmente opuesta a lo que demuestra el material probatorio recaudado en esta investigación.

En efecto, se tiene que el registro de asistencia de dicha audiencia revela que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) participó como representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**, por lo tanto, resulta inevitable concluir que, revestida de tal calidad, formuló las observaciones relacionadas con el precio y otras condiciones técnicas en el proceso de selección. Ello cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en la audiencia referida estuvo acompañada por otras personas relacionadas con esa sociedad, como son **ANDRÉS BELLÓ PACHÓN** (socio de **ALIMENTOS SPRESS**) y **ANDRÉS FELIPE FLÓREZ** (con correo electrónico **comercialspress8@gmail.com**).

La imagen del registro de asistencia se presenta a continuación:

**Registro de asistencia a audiencia de asignación de riesgos proceso LP-AMP-129-2016.**

Fabiola Salamanca	39531381	ACJ-44CA	Directora Adjunta	fabiolasalamanca@hotmail.com	2325448	SI
Kathy Salgado	1064983321	ACJ-44CA	imp Alimentos	kathy.salgado@delibymecolombia.org		SI
Daniela León	1012602668	ACJ-44CA	Tecnología Alimentos	Daniela1089@hotmail.com		SI
Alexandra Castellano	1054708659	Bristol Fruit	Comunidad	BristolFruit50@gmail.com		SI
Luis Antonio Cortés	7777777	Notarios	SUBSECRANTE	quibidoce@hotmail.com	2407231	SI
PAULINA RUIZ	41637458	VIGOR	UJAS 6060	I.VANLON	310240809	SI
Andrés Bello Téllez	1010217805	Alimentos	Comercial Spress	comercialspress@gmail.com	3175242125	SI
Andrés Felipe Flórez	1018466183	Spres	comercial Spres	4@gmail.com	3158350445	SI
Stella Téllez H	41637458	Spres	R Legal			SI
Wendy Moreno Flores	102625877	UJAS 6060	Gerente	WendyMorenoFlores@gmail.com	3139002935	SI
Mona Guálbez	1010161308	Naturale	R. Legal	obguallbez@gmail.com	301245013	SI
Jorge Cabas	52147733	Alimentos	Juridica	Gerente. hidalgo2015@gmail.com		SI
Diana Pilar Medina	1013895378	Natural Food Services SAS	Asistente Administrativa	naturalfoodservices-sas@gmail.com	3186531038	SI
Reson Ballesteros	91-108837	FRUTAS MILITARIOS DE COLOMBIA SAS	SASIO	hionautov@hotmail.com	3135227119	SI

**Fuente:** Información obrante a folio 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8 referentes al proceso LP-AMP-129-2016.

<sup>199</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 1:49:17).

De lo enunciado se puede concluir entonces que la exposición de argumentos acerca del valor de la fruta y de otros aspectos técnicos en la audiencia de asignación de riesgos solo se explica en función de lo acordado por los investigados, que se materializó en un primer momento en esta audiencia y, posteriormente, en la presentación de observaciones al pliego de condiciones definitivo que presentó **NAMASTÉ**.

En lo que atañe a la reunión llevada a cabo el 2 de febrero de 2017, en la cual los participantes del acuerdo concertaron la no presentación de ofertas en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con la finalidad de que fuera declarado desierto y, así, se forzara la apertura de un nuevo proceso, se tiene que el argumento presentado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS**, relacionado con que aquella acudió en calidad de Presidenta Seccional de **ACODÍN**, carece de todo sustento probatorio. En efecto, contrario a su alegato de defensa, en el registro de asistencia que elaboró **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**)<sup>200</sup>, quien también participó en esa reunión, se advierte que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) participó no en calidad diferente a la Presidenta de la Seccional de **ACODÍN**, sino como empresaria de alimentos con destino a los refrigerios escolares a través de otra de las empresas a la cual se encuentra vinculada (**CIBELES**)<sup>201</sup>.

Puestas de ese modo las cosas, es evidente que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) participó en toda la dinámica anticompetitiva investigada como interesada en el proceso **LP-AMP-129-2016** y que con su comportamiento vinculó a **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**.

Ahora bien, en relación con la actuación de **NAMASTÉ** dentro de los hechos objeto de esta investigación, esta empresa refirió que (i) **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) no es accionista ni directiva de **NAMASTÉ**, que (ii) no ejerce ningún tipo de control sobre esta sociedad en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y que (iii) el correo electrónico obtenido mediante captura de pantalla<sup>202</sup>, al que se hizo referencia en la resolución de apertura y en el numeral 5.3.3. de este informe motivado, no constituye una prueba contundente que demuestre la relación entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **NAMASTÉ**, por lo que es “una coincidencia aparente”.

Los argumentos presentados para sustentar la no existencia de vínculo entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **NAMASTÉ** no tienen un fundamento adecuado y contradicen lo que se encuentra acreditado en esta investigación, esto es, que fue **NAMASTÉ** el vehículo a través del cual **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) presentó las observaciones que fueron concertadas en la primera reunión anticompetitiva dentro del proceso **LP-AMP-129-2017**.

De acuerdo con el material probatorio contenido en los registros públicos y el libro de junta de socios, entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** existe una

<sup>200</sup> En el folio No. 2923 del cuaderno público No. 14 aparece fotografía del 2 de febrero de 2017, allegada por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** Y **DISFRUVER**, en la que aparece un listado de empresas. Según lo expresado por la apoderada de **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** en la audiencia de ratificación de la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, tal listado fue elaborado por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, el cual hace referencia a las personas que asistieron a la reunión de 2 de febrero de 2017 (folio 3534 cuaderno público No. 16, Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 2:36:59).

<sup>201</sup> Consultados los registros públicos de la sociedad **Cibeles Cosechando Esperanzas**, se tiene que el correo electrónico de esta sociedad es [contabilidadspress54@gmail.com](mailto:contabilidadspress54@gmail.com) y que los representantes legales, principal y suplente, son sus hijos **Alejandro Bello Téllez** y **Andrés Bello Téllez**.

<sup>202</sup> Folio 1570 del cuaderno público No. 8, identificado con object ID 3384612.

relación cercana e, incluso, es posible afirmar **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** cuenta con una injerencia directa tanto en **NAMASTÉ** como en **ALIMENTOS SPRESS**.

En efecto, en la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos se resaltó, conforme con los certificados de existencia y representación legal de las sociedades enunciadas, que el domicilio de **NAMASTÉ** –carrera 69 No. 77-27 de Bogotá D.C.– era el mismo que el de uno de los establecimientos de comercio de **ALIMENTOS SPRESS**, identificado con matrícula No. 2210476. Por otra parte, el correo electrónico de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** consignado en el registro de existencia y representación legal es el mismo y corresponde a [contabilidadspress4@gmail.com](mailto:contabilidadspress4@gmail.com).

Así mismo, se destacó que otro elemento que evidencia la relación entre estas sociedades con **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) corresponde al libro de junta de socios de **ALIMENTOS SPRESS**, en el cual se encontró que en su página 120 fue impresa –al parecer por error– un acta de **NAMASTÉ** con fecha de mayo de 2014. Es menester destacar que las investigadas enunciadas no ofrecieron ninguna explicación a las coincidencias encontradas por la Delegatura. Por el contrario, luego de la apertura de investigación y formulación de cargos, el domicilio social y el correo electrónico de notificaciones de **NAMASTÉ** fueron modificados<sup>203</sup>.

Esta conducta evidencia que los indicios sobre los cuales se soportó la conclusión respecto de la vinculación entre **NAMASTÉ**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** tienen la solidez suficiente para demostrar la relación existente entre estas personas.

Para fortalecer la conclusión respecto del vínculo directo existente entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **NAMASTÉ**, la Delegatura presentó en la resolución de apertura de investigación un correo electrónico de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), dirigido a ella misma y a una persona identificada como “*Andrea*”, de cuyo contenido se puede dilucidar una identidad con respecto de la observación No. 760 presentada por **NAMASTÉ** al pliego de condiciones definitivo del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, como se evidencia a continuación:

Captura de pantalla de correo electrónico hallado en celular de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.



PLANTA ENSAMBLE  
para Stella, Andrea  
9:28 AM Ver detalles

13 ene 2017.

Buen día,

De acuerdo a conversación sostenida se informan los posibles riesgos:

7. Riesgo de desabastecimiento:

Se evidencia que en el presente pliego se excluye las frutas Naranja y Feijoa; y en la ejecución en curso no se cuenta con la Guayaba; pero si se aumenta el consumo de frutas a lo largo del ciclo con una frecuencia de doce (12) días de fruta entera incluido el menú especial para la primera entrega y dos (2) de concentrados para la segunda entrega. Adicional a lo anterior no se permite la repetición de sabores y en los sabores del néctar se permite mandarina, manzana, pera y durazno escaseando aun mas las disponibilidad de fruta de mano.



Observación NAMASTE  
FOOD S.A.S.  
“Riesgo de desabastecimiento: Se evidencia que el presente pliego se excluye las frutas **Naranja y Feijoa**; y en la ejecución en curso no se cuenta con la **Guayaba**. (...)” (Destacado fuera de texto).

Fuente: Registro fotográfico obrante a folio 1570 del cuaderno público No. 8, identificado con object ID: 3384612.

<sup>203</sup> Actualmente aparece en el certificado de existencia y representación legal de **NAMASTÉ** que su domicilio social está ubicado en la calle 75 A No. 76-79 y que el correo electrónico para notificaciones es [contabilidadnamastefoodsas@gmail.com](mailto:contabilidadnamastefoodsas@gmail.com).

La conclusión presentada en la resolución de apertura de investigación, referente a la vinculación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) con **NAMASTÉ**, fue corroborada en la etapa probatoria con la declaración de **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), quien afirmó que **NAMASTÉ** era una empresa de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**). Al respecto señaló:

*"Pregunta: ¿Cuáles de esas personas que fueron a la reunión están vinculadas con Namasté Food S.A.S.?"*

*Andrea Rosas Díaz: Pues como yo les había comentado anteriormente, Doña Stella tiene una empresa, que yo sepa, que es Namasté, que vende quesos"*<sup>204</sup>.

La anterior situación es más evidente porque fue precisamente **NAMASTÉ** quien ejecutó las conductas constitutivas del acuerdo al presentar las observaciones concertadas en la primera reunión anticompetitiva. Debe llamarse la atención que justamente una de las observaciones presentada por **NAMASTÉ**, consistente en la inclusión de la naranja dentro del pliego de condiciones del proceso **LP-AMP-129-2016**, fue uno de los aportes que realizó **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) dentro de la mencionada reunión anticompetitiva, según lo declaró **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**)<sup>205</sup> en etapa probatoria.

Este vínculo también se encuentra corroborado con la información de **ALIMENTOS SPRESS** –sociedad de la que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** es accionista–, específicamente los estados financieros a 31 de diciembre de 2017 y la información contenida en libro de juntas de socios de 2015. En esos documentos se advierte que **ALIMENTOS SPRESS** tiene una participación accionaria en **NAMASTÉ** equivalente a un total de 200 de las 500 acciones que componen su capital social<sup>206</sup>. Como si lo anterior no fuera suficiente, de los estados financieros de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** correspondientes a los años 2015 a 2017<sup>207</sup> se extracta que estas compañías se sirven de los mismos profesionales para los temas relacionados con los informes financieros. En efecto, se tiene que **YISLLEY PÉREZ CÉSPEDES** funge como revisora fiscal en **NAMASTÉ**<sup>208</sup> y como contadora en **ALIMENTOS SPRESS**<sup>209</sup>.

Bajo ese entendido, el argumento de defensa no derriba la conclusión a la que llegó la Delegatura en la imputación de cargos respecto del vínculo existente entre **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NAMASTÉ** y **ALIMENTOS SPRESS**.

De acuerdo con lo anterior, si bien la captura de pantalla de un correo electrónico encontrado en el celular de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) constituye una de las evidencias para acreditar la vinculación entre las personas referidas, yerra la defensa en afirmar que es a partir de este único hecho por medio del cual se acreditó la injerencia directa que ejerce **STELLA TÉLLEZ**

<sup>204</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 2:22:54).

<sup>205</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto. 24:36). En esta oportunidad expresó que "ella [Stella Téllez Hernández] nos dijo observemos sobre el tema de la naranja".

<sup>206</sup> Acta de Junta de Socios Alimentos Spress Ltda., reuniones celebradas 2 y 15 de diciembre de 2015; Certificado de existencia y representación legal de **NAMASTÉ FOOD S.A.S** visto a folio 722 y estados Financieros a 31 diciembre de 2017 de los folios 4119 a 4130, todos del cuaderno reservado No. 4. de **ALIMENTOS SPRESS**.

<sup>207</sup> Esta información fue allegada por **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**, conforme con el requerimiento formulado en la Resolución 17635 de 14 de marzo de 2018 dictada en esta actuación administrativa.

<sup>208</sup> Folios 4046 a 4065 del cuaderno reservado No. 18 de **NAMASTÉ**.

<sup>209</sup> Folios 4069 a 4132 del cuaderno reservado No. 4 de **ALIMENTOS SPRESS**.

**HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) en la política empresarial de **NAMASTÉ** respecto de los hechos que atañen a esta investigación.

Ahora bien, no resulta válido afirmar que no existe un control competitivo en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, pues el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con el control en derecho societario. Como ya se anotó en este acto, el concepto de control en el derecho de la competencia no se relaciona con una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de ella, ni con aparecer vinculado formalmente con la sociedad, sino con la posibilidad de influenciarla directa o indirectamente en su política empresarial, para lo que interesa a este caso, en los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**.

De allí que, a pesar de que la defensa aluda a que no existe un control empresarial en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, lo cierto es que la injerencia de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) para influenciar el comportamiento de **NAMASTÉ** en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** devela la influencia que ejerce en la política de competencia de esta empresa. Tanto es cierto esto que una de las formas de materialización del acuerdo anticompetitivo de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) fue presentar las observaciones coordinadas sobre las frutas a través de su “*empresa [de] quesos*” **NAMASTÉ**.

Ahora bien, un argumento como el propuesto por **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**, consistente en que dichas empresas no contaban con la capacidad jurídica, financiera o técnica para presentar oferta dentro del grupo de frutas y hortalizas, tampoco está llamado a prosperar. Tal como se expuso, su involucramiento está ligado al comportamiento que desplegó **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) en el acuerdo anticompetitivo.

No obstante lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera el argumento esgrimido por los investigados, lo cierto es que la presentación de observaciones sobre aspectos relevantes en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, como lo es el precio de referencia de las frutas – por parte de **NAMASTÉ**– y su participación en la audiencia de asignación de riesgos –por parte de **ALIMENTOS SPRESS**–, revela el interés que les asistía a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NAMASTÉ** y **ALIMENTOS SPRESS** en la licitación referida, comportamientos que corresponden con aquellos concertados en el acuerdo anticompetitivo.

Es pertinente llamar la atención sobre un aspecto adicional: si **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** no hubieran tenido interés en el proceso de selección, tampoco hubieran participado ni ejecutado la conducta coordinada durante todo el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

También es importante resaltar que, en cualquier caso, de acuerdo con el artículo segundo de la Ley 1340 de 2009 el régimen de protección de la libre competencia económica “se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. Así, independientemente a que si la participación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) en los acuerdos anticompetitivos se realizó en

representación o a través de **ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ, ACODIN, CIBELES**<sup>210</sup> o a título personal, su conducta es sancionable a la luz de las normas de competencia.

En lo atinente a las presiones y amenazas realizadas a **FAC S.A.S.** para que no presentara oferta y –luego de presentada– para que no la subsanara, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS** argumentaron que “*no existe ningún tipo de documento que corrobore lo dicho*” por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) en cuanto a las presiones y amenazas de las que fue objeto **FAC S.A.S.**

Este argumento de defensa no tiene un sustento adecuado. Lo anterior, por cuanto la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) fue corroborada, como ya se expuso, por otras declaraciones coincidentes, a través de las cuales se tiene que la finalidad perseguida por los participantes de las reuniones era que se declarara desierto el grupo de “*frutas y hortalizas*” al no haberse aumentado los precios de referencia de acuerdo con sus expectativas. De acuerdo con lo anterior, el hecho de que no exista ningún “*documento*” que corrobore lo dicho por este testigo no constituye una evidencia que desvirtúe la imputación fáctica realizada en la resolución de apertura de investigación. Lo único que permite concluir es que la prueba de la circunstancia fáctica anotada no reposa en ese medio de prueba, lo cual es incluso razonable si se tiene en cuenta que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, quienes realizan una conducta prohibida no dejan rastro en un papel.

Por último, resulta oportuno destacar que hubiera resultado muy ilustrativo oír las explicaciones de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y sus empresas vinculadas en cuanto a su participación en los hechos objeto de esta investigación mediante la práctica de la ratificación de su declaración decretada mediante la Resolución 17635 de 2018. Sin embargo, en una primera oportunidad la investigada no concurrió en la fecha programada alegando enfermedad y presentando la excusa médica correspondiente<sup>211</sup>. Posteriormente, en la fecha en que fue reprogramada dicha audiencia no se presentó ella ni su apoderado y no explicaron las razones de su inasistencia<sup>212</sup>.

Recuérdese adicionalmente que, como se señaló en la resolución de apertura de investigación, la actitud de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) durante la declaración que rindió en averiguación preliminar se caracterizó por la renuencia a responder de manera clara y directa a las preguntas formuladas por la Delegatura, dar versiones contradictorias e inclusive hacer pasar como propio el equipo celular de otra persona y aportarlo con destino al expediente. Esta conducta procesal, sumada a su inasistencia injustificada a rendir declaración durante la etapa probatoria –y la de su apoderado, valga anotarlo–, deberá ser tenida en cuenta como un indicio adicional en su contra en los términos del artículo 241 del CGP, respecto de su responsabilidad en los hechos investigados.

##### **5.5. Respecto de la coordinación y colaboración en el proceso SA-SI-140-AG-2017**

A continuación se presentarán los medios de prueba con los cuales se acredita que en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**, **DISFRUVER, HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** –por instrucción de **NÉSTOR ALEJANDO CASTELBLANCO GARCÍA**– y

<sup>210</sup> Esta empresa fue relacionada con Stella Téllez Hernández en el registro de asistencia de la reunión del 2 de febrero de 2017, realizado por Andrea Rosas Díaz que obra a folio 2923, del cuaderno público No. 14.

<sup>211</sup> Folio 3442 a 3445 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de testimonio de Stella Téllez Hernández de 19 de abril de 2018.

<sup>212</sup> Folio 3677 y 3678 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de declaración de Stella Téllez Hernández de 04 de mayo de 2018.

**ALIMENTOS DAZA** conformaron la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** para generar un escenario de no competencia entre ellos. Seguidamente, se abordarán los argumentos de defensa que presentaron para derribar la imputación formulada y se determinará que estos argumentos no tienen un fundamento adecuado. Así mismo, aunque **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no hicieron parte de la unión temporal mencionada, sí participaron de las negociaciones por las cuales se acordó la creación de este instrumento con la finalidad de restringir la libre competencia económica.

Como cuestión preliminar, debe explicarse que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, participó en la unión temporal, no de manera directa sino que le solicitó a **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** que suscribiera los documentos de la unión temporal. Por lo tanto, pese a que de manera formal, quien aparece en los documentos de constitución es **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** el verdadero agente del mercado que hacía parte de la unión temporal bajo estudio era **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**. Lo anterior, está soportado en el amplio material probatorio que hace parte del expediente y ha sido reconocido de manera coherente por todos los investigados. Por esta razón, en adelante se tratará a **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** como el verdadero miembro de la unión temporal.

Hasta este punto se encuentra acreditada la conducta anticompetitiva adoptada por **DISFRUVER**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NAMASTÉ**, **ALIMENTOS SPRESS**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación), **ALIMENTOS DAZA**, **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) durante el proceso **LP-AMP-129-2016**. Esto es, que se coordinaron durante todo el proceso para forzar el alza del precio de referencia mediante la presentación de observaciones conjuntas, producto del “consenso” entre ellos y el acuerdo de no presentar oferta para que se declararan desiertos los segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*”. Recuérdese que sobre esta estrategia, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) manifestó que una vez se declarara desierto el proceso **LP-AMP-129-2016** la entidad tendría que “revaluar” e “incrementar los precios” inicialmente fijados.

Como se verá posteriormente, estos mismos agentes del mercado participaron en la dinámica anticompetitiva evidenciada en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, por el cual se adjudicaron los segmentos de las frutas y hortalizas declarados desiertos en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, cuyo precio de referencia fue incrementado en un 46.25% en comparación con el proceso anterior, cifra que coincide con el acuerdo de precios demostrado.

Precisado lo anterior, se destaca que en la resolución apertura de investigación y formulación del pliego de cargos se demostró, con fundamento en la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), que **ALIMENTOS DAZA** estaba preparada para presentarse individualmente al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. No obstante lo anterior, según lo admitió la misma declarante, por “*justicia*” y “*solidaridad*” **ALIMENTOS DAZA** decidió formar parte de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** con **DISFRUVER** y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** con el fin de evitar la competencia en las pujas dentro del marco de la subasta inversa y, así, asegurar a todos los integrantes de la estructura plural los beneficios derivados del contrato. En consecuencia, en razón de la finalidad anticompetitiva que guió la conformación de la unión temporal referida, los porcentajes de participación en el negocio fueron determinados de manera proporcional con la participación en el mercado por parte de sus integrantes. A continuación la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**):

(...)

**Pregunta:** Como contratistas ¿cómo fijan los precios?<sup>213</sup>

**Geimi Soleimi Daza Villar:** (...) aquí ya no es de hablar, en la licitación nos pedían subir los papeles y si quedaban habilitados bien, mande su oferta económica, el precio máximo que nos daban era un precio, entonces vale su oferta económica igual o menor, ehh, después había una subasta donde todos los de fruta entraban a hacer sus lances, a ver quién era el menor precio, y quien dio el menor precio se quedó con eso. Pero pues gracias al señor nosotros hicimos una unión temporal con otras empresas, con DISFRUVER, y con otra empresa, con el competidor claro, hicimos una unión temporal tratando de apoyarnos todos pues porque decíamos, quedarnos, digamos que ganara DISFRUVER son dos años y pucho que íbamos a quedar sin trabajo y dependíamos de eso y pues ellos su mayoría de ventas era los refrigerios, (...), entonces lo que hicimos fue unirnos todos, pues para que todos tuviéramos un porcentaje del despacho y no quedarnos sin trabajo.

**Pregunta:** ¿Cómo surgió la iniciativa, como usted lo manifiesta, de unirse todos?

**Geimi Soleimi Daza Villar:** Por eso mismo, de por sí ellos nos llamaron, venga, es que está eso, pues pensamos que lo más justo porque realmente eran los [competidores] directos (...) son ellos y hay otra persona que pues estuvo entregando constante, y entonces dijimos unámonos pues es más fácil unir fuerzas y todos quedarnos con algo, de por sí ya en el lance no íbamos a hacer ocho lanzando y en cambio ahí se reducía la posibilidad que hubieran más competidores en el momento del lance, entonces (...) nos unimos, hicimos una unión temporal cuando llegamos al momento del lance nadie más había participado, entonces ¡uff! fue un descanso porque quedamos adjudicados con el precio máximo.

(...)

**Pregunta:** ¿A qué se debió esta distribución de participación porcentual?, ¿por qué ustedes el 55%?<sup>214</sup>

**Geimi Soleimi Daza Villar:** De por sí quedamos con menos. Nosotros dijimos cuando nos unimos que lo justo que nos parecía era que cada uno siguiera entregando lo que venía entregando, pues porque cada uno tenía su capacidad, su planta para el porcentaje que ha venido entregado, entonces se empezó a mirar y pues nosotros dijimos ¡no, un 60! porque nosotros veníamos entregando hartos. Pero entonces en esa repartición nosotros quedamos con el 55 porque realmente nosotros éramos los que más suministrábamos fruta. Después Disfruver, digamos que era una competencia directa pero nunca llegó a las ventas que nosotros teníamos con la Secretaría de Educación, iba como ahí ¡detrasito! y Alejandro Castelblanco era uno de esos proveedores que llegó de un momento a otro, creó su empresita y empezó a vender pero vendía un 15% más o menos. Entonces realmente se hizo fue por justicia que lo que cada uno venía entregando pues que ese fuera el porcentaje que quedara para cada uno.

**Pregunta:** ¿Ustedes como sociedad Industria de Alimentos Daza tenían la capacidad técnica para presentarse como persona individual?<sup>215</sup>

**Geimi Soleimi Daza Villar:** Sí, de por sí nosotros inicialmente estábamos preparados para licitar solos, pero ellos nos llamaron que mire que no sé qué, y pues uno dice es justicia porque que uno no quede, pues uno se va a quedar sin trabajo, pues dijimos hay que ser como solidarios, entonces nos unimos todos".

Es de resaltar que **ALIMENTOS DAZA** afirmó en su escrito de descargos que podía presentarse como "único proponente a la subasta y como es igualmente obvio habría

<sup>213</sup> Folio 1576 del cuaderno público No. 8 (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 34:02 Parte II).

<sup>214</sup> Folio 1576 del cuaderno público No. 8 (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 42:02 Parte II).

<sup>215</sup> Folio 1576 del cuaderno público No. 8 (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 42:10 Parte II).

ofertado por el precio techo de \$397<sup>216</sup>. En el mismo sentido, en la etapa probatoria **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) reiteró lo declarado en averiguación preliminar al manifestar: (i) que **ALIMENTOS DAZA** bien pudo participar de manera independiente en el proceso de selección –por lo menos antes de la modificación del pliego de condiciones–, tanto así que se “*hubiera quedado con eso*”. Agregó que, a pesar de ello, (ii) **ALIMENTOS DAZA** no presentó oferta como proponente individual por tener un gesto de “*reciprocidad*” y de justicia con sus competidores, lo cual, según su dicho, es “*muy normal*” “*en el mercado de las frutas*” y (iii) que la finalidad de la conformación de la unión temporal era la de permitir que quienes la conformaron tuvieran la oportunidad de “*acceder a la licitación*”. Así mismo, en esa oportunidad pretendió señalar otras razones para justificar la conformación de la estructura plural, pero sin desconocer la motivación consistente en que el comportamiento de los investigados pretendía suprimir la competencia entre ellos. A continuación se transcribe en lo pertinente la declaración que esa investigada rindió durante la etapa probatoria de esta actuación administrativa:

**“Geimi Soleimi Daza Villar:** (...) Aunque Industria de Alimentos Daza cumpliera con todos los aspectos técnicos y jurídicos, pude identificar que era más prudente irme en una unión temporal debido a tres aspectos: uno, yo nunca había licitado en la vida, la verdad es la primera vez que, que licito; dos, las multas que imponían eran exorbitantes que podían hasta quebrar una empresa y; tres, el capital de trabajo que se necesitaba era muy alto (...) Además, eh, es muy normal, doctor le quiero pues poner en contexto, en el mercado de las frutas es muy normal que entre proveedores haya apoyo (...) en el momento de que nos solicitan hacer la unión temporal porque no se cumplen con ciertos requerimientos, era una reciprocidad a las mismas relaciones comerciales que teníamos, porque yo le digo doctor ahorita, mirando cómo fue la licitación que sumercé la mire, si yo no me uno en unión temporal, Daza hubiera quedado con eso. Entonces, lo que yo quería dar a entender aparte de todo lo que le acabo de mencionar, que fue identificar cuando ellos nos mencionaron la unión temporal de que yo debía ser más prudente y responsable con la empresa, también podía ser como recíproca con esas relaciones comerciales que se habían tenido y tener los tres la oportunidad de acceder a la licitación, eso es lo que quise dar a entender ahí”<sup>217</sup>.

(...)

**Pregunta:** Pero es que lo que usted dijo antes [se refiere a la declaración rendida en averiguación preliminar] lo que usted respondió antes, es que era por un tema de justicia porque no era justo que uno se quedara con todo y el resto sin trabajo.

**Geimi Soleimi Daza Villar:** Doc, esa parte de justicia, doctor y de que no era justo, lo quise decir es por lo mismo que le dije hace, hace un momento, yo podía haberme ido sola, porque a mí nada me limitaba para irme sola. Pero también consideré que era una reciprocidad de las relaciones comerciales que se tenían de que pudiéramos acceder los tres a la, la licitación porque yo podía haber sido doctor, no, me voy sola, me arriesgo, pero también era una oportunidad de uno poder ser recíproco y que tres empresas pudiéramos acceder, yo no veo por qué no, eso es lo que quise dar a entender ahí, por qué no poderle dar la oportunidad al prestar o, eh, prestar algunos, algunos indicadores o requisitos que no tenían ellos, que al unírnos ya cumplíamos para que puedan acceder a la licitación, eso lo vi como justicia”<sup>218</sup>.

En concordancia con lo anterior, se debe resaltar que la declaración rendida por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) coincide con la declaración de otro integrante de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE, ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), quien señaló que una de las motivaciones para la conformación de la unión temporal era la de incluir a los posibles competidores para que no se presentaran de manera individual, de manera que se evitaran

<sup>216</sup> Folio 2305 del cuaderno público No. 11.

<sup>217</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar, minuto 39:49).

<sup>218</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar, minuto 51:06).

las pujas en la subasta inversa. En esa oportunidad **ANDREA ROSAS DÍAZ** aseveró lo siguiente:

*“Pregunta: Cuando usted decide constituir la UT con Alimentos Daza y Néstor Alejandro, una de las motivaciones ¿se podría afirmar o no, como lo declara Geimi Soleimi Daza, incluir a los posibles competidores para evitar que se presentaran individualmente?”*

*Andrea Rosas Díaz: Puede que para ellos hubiera sido la motivación. Para nosotros la motivación principal era que no cumplíamos con los requisitos [se refiere al requisito técnico del concepto sanitario del INVIMA]<sup>219</sup>.*

*Pregunta: No le estoy preguntando si era la principal. Le estoy preguntando si fue una de las motivaciones.*

*Andrea Rosas Díaz: Sí, fue una de las motivaciones (...) Y la segunda, pues para nosotros era excelente unirnos con el competidor más fuerte, que era Industrias de Alimentos Daza. Entonces ya nosotros sabíamos que en la subasta teníamos una gran posibilidad de ganar ¿sí?, dijimos las demás empresas que se presenten, esas empresas no van a aguantar lo mismo en la subasta que lo que vamos a aguantar nosotros porque nosotros somos los que más experiencia tenemos y conocemos más el negocio. Nosotros podemos aguantar esa subasta. Esa era una de las cosas que se hablaban en las conversaciones. Y que fue una de las motivaciones para hacer la unión temporal”<sup>220</sup>.*

Así mismo, de manera coherente con lo que declaró en la oportunidad recién anotada, durante la etapa probatoria de esta actuación administrativa **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) sostuvo que la motivación para conformar la unión temporal fue la de suprimir la competencia entre los integrantes de esa figura asociativa en el marco de la subasta inversa, porque en ese escenario, **DISFRUVER** ya no tendría que competir con las empresas con las se unió. A continuación su declaración:

*“Pregunta: Me queda claro que una de sus motivaciones fue el hecho de que Alimentos Daza al parecer es un excelente empresario. Le estoy preguntando por otra motivación que usted nos dijo en su última declaración. Otra motivación que usted dijo: ‘era evitar que hubiera competidores individuales de tal manera que la subasta no fuera tan dura para nosotros’. ¿Es otra motivación? no me cuente la primera, cuénteme de la segunda.*

*Andrea Rosas Díaz: Pues doctor, si en el mercado hay 20 empresas y yo me voy a asociar con 4 de las empresas de las 20 empresas, pues la subasta ya no va a ser con 20 empresas sino con, qué se yo, 16 empresas”<sup>221</sup>.*

Ahora bien, otro elemento que demuestra que el comportamiento adoptado por los investigados estaba encaminado a generar un escenario de no competencia a fin de aprovechar los beneficios del contrato, fue el criterio que utilizaron para definir los porcentajes de participación en la unión temporal, en el cual, no se advierte que para definirlo hubiera existido algún fundamento técnico que justificara la conformación de la estructura plural, precisamente, porque el propósito último era asegurar que ninguno de ellos se quedara “sin trabajo”. En efecto, los porcentajes de participación se determinaron con fundamento en lo que cada agente del mercado venía suministrando antes de la convocatoria del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Sobre el particular, recuérdese que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) manifestó que “realmente se hizo fue por justicia [esa distribución] que lo que cada uno venía entregando, pues, que ese fuera el porcentaje que quedara para cada

<sup>219</sup> Más adelante se desvirtuará esta afirmación, sobre la cual fundó DISFRUVER su defensa.

<sup>220</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 3:32:24 a 3:33:03).

<sup>221</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 (declaración de Andrea Rosas Díaz, minuto 2:04:27).

uno”, esto es, “el porcentaje de participación pues que se venía teniendo en el mercado”<sup>222</sup>. En idéntico sentido, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) relató que para determinar los porcentajes de participación se identificó “cuánto manejaba uno en el mercado. Que más o menos cuánto venía manejando Daza y más o menos cuánto venía manejando Disfruver y más o menos cuánto venía manejando Alejandro”<sup>223</sup>.

En lo que respecta a la participación de **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** en la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, se advierte que ese agente del mercado no cumplía con los requisitos financieros exigidos en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, lo cual, bien pudo haber sido una explicación para que se vinculara en la figura asociativa. Sin embargo, lo que no aparece en el expediente –y, de hecho, jamás fue explicado por los investigados– es una razón que explique cuál era la necesidad que, desde el punto de vista técnico, financiero, tecnológico, de experiencia o capacidades, ofrecía este investigado a los demás integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, de manera que se justificara que, por una razón diferente de la solidaridad y la justicia, hubieran aceptado vincular a **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** en esa figura asociativa.

Es más, los elementos de prueba recaudados indican que la participación de **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** no era necesaria en la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. De hecho, lo que se acreditó es que el referido investigado participó en la mencionada figura asociativa porque los demás integrantes querían “ayudar”<sup>224</sup> a **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), a quien no querían “dejar por fuera” precisamente porque la conformación de la unión temporal tuvo por finalidad asegurar que ninguno de los “los proveedores anteriores de frutas para refrigerios” se quedara “sin trabajo”. A continuación la declaración de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**:

*“Néstor Alejandro Castelblanco García: (...) Yo toqué puertas donde Daza y Disfruver para que me dejaran un porcentaje. Yo les decía a ellos que me ayudarían, que ellos sabían pues que igual que yo también era proveedor anterior de refrigerios, pues porque éramos como, éramos como cinco, diría yo seis, bueno, máximo siete empresas los que entregábamos pues los refrigerios, la fruta del refrigerio, lo que era la fruta del refrigerio. Entonces todos nos conocíamos, entonces yo le decía a ellos ‘pues no ayúdenme, ¿cómo me van a dejar por fuera si yo también he sido proveedor? Aparte que los requerimientos de interventoría son súper jodidos, nosotros hemos tenido que adecuar dos plantas, totalmente cambiarlas para poder cumplir, más, por ejemplo, ahorita en el programa nosotros digamos, nuestro, nuestro, cada uno está trabajando en su planta, como gracias a Dios se ganó la licitación, cada uno está trabajando en su planta, (...) yo tuve que despachar desde Daza, desde Disfruver, o he tenido que hacerlo para poder cumplir”.*

Tanto es cierto que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no realizaba un aporte necesario para la unión temporal de la cual hizo parte, que durante los primeros meses de ejecución de las órdenes de compra derivadas del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** las empresas con las cuales conformó la estructura plural tuvieron que asumir el suministro de las frutas que le correspondía ejecutar a este investigado, que equivalía a un 15% del total del suministro que debía aportar. A continuación la declaración de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**):

<sup>222</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 1:03:10).

<sup>223</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 3:34:51).

<sup>224</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minutos 42:09). “A ella yo vendí mucho y ella siempre ha estado como una aptitud de querer ayudar a uno de joven y apoyarlo. La primera persona que yo llame fue a Doña Stella”.

**Pregunta:** ¿Cuánto tiempo tocó hacer esa reparación?

**Néstor Alejandro Castelblanco García:** Esa reparación tocó hacerla en 2 meses, no recuerdo bien. Dos o tres meses. Fue un tiempo que don Hugo y DISFRUVER me hacían la maquila de mi parte del 15%, me hacían la maquila y me cobraban.

**Pregunta:** ¿Cuánto tiempo?

**Néstor Alejandro Castelblanco García:** No recuerdo bien si fueron 2 o 3 meses. A mí me tocaba enviar la fruta a don Hugo y ellos allá la lavaban, la empacaban y la entregaban.

**Pregunta:** ¿Quién hacía la maquila?

**Néstor Alejandro Castelblanco García:** Ambos. Hugo [Nelson Daza Hernández] y DISFRUVER. Ellos me colaboraban, me mandaban la programación y me decían nosotros le hacemos la maquila de lunes, miércoles y DISFRUVER de martes y jueves. Me decían, tiene que tener la fruta tal día Alejandro para que traiga.

(...)

**Pregunta:** ¿Cuánto le cobraban por esa maquila?

**Néstor Alejandro Castelblanco García:** No recuerdo bien, me parece que era \$175, están en las facturas, se podía verificar. Todo está facturado<sup>225</sup>.

En lo que atañe a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** se encontró acreditado que, aunque no hicieron parte de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, sí participaron en las reuniones y negociaciones en las que se decidió su conformación y el porcentaje de participación de los integrantes. Lo anterior devela que su participación no era necesaria en la conformación de la unión temporal de cara a la ejecución del contrato derivado del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, tanto así que luego de que los integrantes de la figura asociativa conocieron que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no podía participar en la estructura plural, no buscaron otra empresa que ofreciera una ventaja competitiva desde el punto de vista técnico, financiero, tecnológico, de experiencia o capacidades para reemplazar el supuesto aporte que la mencionada investigada habría otorgado a la unión temporal.

Sobre la participación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** en las reuniones en las que se concertó la conformación de la unión temporal como estrategia para evitar competir entre los investigados, se tiene que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** relató que una vez se dio apertura al proceso **SA-SI-140-AG-2017** para adjudicar los segmentos en el grupo de las "frutas y hortalizas", que fueron declarados desiertos en el proceso **LP-AMP-129-2016**, el precio de las frutas "lo subieron a lo que me pareció un súper buen precio", a lo que agregó, respecto de la posible conformación de una unión temporal para participar en ese proceso de selección, que le dijo a los demás **INVESTIGADOS** "pues sí, camine vamos hagamos la licitación, entre todos podemos, unámonos los grandes, que mire entre todos podemos, unidos jamás seremos vencidos, toda mi estrategia"<sup>226</sup>.

Del mismo modo, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** declaró que tan pronto tuvo conocimiento del proceso de selección SA-SI-140-AG-2017 se comunicó con **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, quien le manifestó que le colaboraría para presentarse al proceso, por lo que debían hablar con "Andrea"<sup>227</sup> y "Daza"<sup>228</sup>. Así mismo, el declarante relató que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó en las reuniones en las que se acordó la conformación de la unión temporal y los "acompañó prácticamente hasta el final". No

<sup>225</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minutos 1:15:12 y 1:16:52).

<sup>226</sup> Folio 1572 del cuaderno público No. 4 (Declaración Stella Téllez Hernández minuto 5:13:00, segundo día, parte II).

<sup>227</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 42:36).

<sup>228</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 42:36).

obstante lo anterior, el declarante también adujo que para el momento de la “formalización”<sup>229</sup> de la unión temporal **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** “dijo: ‘no, yo no puedo hacer la unión temporal’, porque los papeles no le habían salido en Cámara de Comercio, algo así con el RUP. Y entonces ella se retiró al final (...)”<sup>230</sup>.

Ahora bien, una vez **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** manifestó que no contaba con los requisitos exigidos para participar en la unión temporal, **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA** permitieron que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** se quedará con el porcentaje del suministro que inicialmente iba a atender **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, circunstancia que evidencia que la participación de este agente del mercado no resultaba necesaria para que la estructura plural presentara oferta en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. A continuación la declaración que sobre este aspecto rindió **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**:

“**Pregunta:** Y después, ¿qué ocurrió cuando ella [Stella Téllez Hernández] salió?”

**Néstor Alejandro Castelblanco García:** Cuando doña Stella se fue, pues ellos me dijeron que si tenía la capacidad para asumirlo y poderlo manejar sin hacerlos quedar mal a ellos, sin hacer quedar mal la unión temporal, yo les dije que sí. Entonces me quedé con el 15% y ya. Yo envié los papeles de Best Colombia Fruits a un correo de la ingeniera, a los correos que dio don Hugo [Nelson Daza Hernández] y ellos me llamaron y me dijeron que mi capacidad no alcanzaba para el 15%. Entonces fue cuando yo mandé los de mi papá, le dije a mi papá que había esa oportunidad de negocio que si me hacía el favor. Mi papá fue al final, cuando fue la firma de la unión temporal a la bodega de Don Hugo”<sup>231</sup>.

En el mismo sentido, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) manifestó que “**tan pronto salieron los pliegos**”<sup>232</sup> del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** la llamó para sugerir la conformación de una unión temporal a fin de presentar oferta dentro del mencionado proceso de selección, lo cual –de acuerdo con la declarante– “le dio más fuerza a [su] idea”<sup>233</sup> de constituir una estructura plural para presentar oferta de manera conjunta.

De manera coincidente, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) manifestó que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (estaba “interesada en hacer la unión temporal”<sup>234</sup>, pero que “no pudo estar en la unión temporal porque el RUP de ella no salió en firme y eso si la inhabilitaba también, o sea, la inhabilitaba hasta para estar en la unión temporal, entonces no, ella no pudo estar ahí”<sup>235</sup>.

Con todo lo dicho hasta este punto quedan claros dos aspectos que vale la pena resaltar, el primero de ellos, es que las conversaciones para conformar la unión temporal iniciaron inmediatamente después que se diera apertura al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** sin que haya mediado mayor análisis respecto de la necesidad, conveniencia o legalidad de conformar la estructura plural. El segundo aspecto, aún más dicente, es que los miembros del cartel que afectó el proceso **LP-AMP-129-2016**, sin importar si su aporte era necesario o no para la ejecución del contrato, tenían garantizado un puesto en la unión temporal. La única que se quedó por fuera, y por razones meramente formales, fue **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.

<sup>229</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 54:18).

<sup>230</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 51:35).

<sup>231</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 55:30).

<sup>232</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 (Declaración de parte de Andrea Rosas Díaz. Minuto 44:12).

<sup>233</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 (Declaración de parte de Andrea Rosas Díaz. Minuto 44:12).

<sup>234</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 1:01:19).

<sup>235</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 1:01:19).

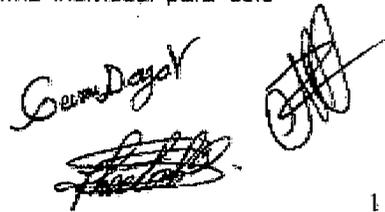
Por otra parte, queda claro que los miembros de la unión temporal eran conscientes de que se podían presentar al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** de manera individual o conformando estructuras plurales con otras empresas. En efecto, en el expediente obra un documento denominado “*contrato de obligación de hacer*” suscrito por los integrantes de dicha estructura plural el 17 de mayo de 2017<sup>236</sup> –esto es, 7 días después de haber constituido la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** y un día antes de la fecha máxima prevista para la recepción de ofertas–, por medio del cual establecieron una “*cláusula penal*” o “*sanción*” correspondiente al 5% de su porcentaje de participación en la estructura plural sobre el presupuesto oficial, si alguno de los miembros de la unión temporal se presentaba a través de otra figura asociativa o de forma individual en el mencionado proceso de selección.

A continuación se presenta un extracto del documento:

**Contrato de obligación de hacer suscrito entre los integrantes de la UT TEMPORAL ALIMENTOS SALUDABLE.**

TERCERO: CLAUSULA PENAL: En caso de que una de las partes del presente documento, no cumpla con las condiciones establecidas, deberá indemnizar a título de Cláusula Penal Pecuniaria a los demás miembros de la Unión Temporal el valor correspondiente al cinco por ciento (5%) sobre su porcentaje de participación. Esta cláusula penal aplica únicamente si alguno (s) de los miembros de la unión temporal se presenta en otra consorcio o figura asociativa o de forma individual para este proceso No. SA-SI-140-AG-2017 para el grupo de frutas.

Esta condición, será aplicable de la siguiente manera:



EMPRESA	PRESUPUESTO OFICIAL	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN	VALOR DE LA PARTICIPACIÓN	SANCIÓN	VALOR A PAGAR POR CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DEL PARAGRAFO
COMERCIALIZADORA DISFRUVER SAS	\$40.429.645.552	30%	\$12.128.893.665,60	5%	\$606.444.683,28
INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S	\$40.429.645.552	55%	\$22.236.305.053,60	5%	\$1.111.815.252,68
HECTOR CASTEBLANCO	\$40.429.645.552	15%	\$6.064.446.832,80	5%	\$303.222.341,64

TERCERA: PLAZO: El plazo del presente acuerdo será hasta el momento del cierre previsto para el proceso de Selección Abreviada por subasta inversa No. SA-SI-140-AG-2017 y dos meses (2) más.

*Fuente: Obrante a folios 2874 y 2875 del cuaderno público No. 14.*

Lo anterior evidencia que los investigados tenían prevista la eventualidad consistente en que alguno de los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** pudiera presentarse al mismo proceso de selección de manera individual o conjuntamente a través de una estructura plural con agentes del mercado ajenos al acuerdo. Esto permite concluir razonablemente que los miembros de la unión temporal eran conscientes de que podían ser competidores entre sí de haber presentado ofertas individualmente en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, lo que conllevaría a que tuvieran que competir entre ellos en las pujas propias de la subasta inversa. Dada esa circunstancia, procuraron salvaguardar el acuerdo de presentarse a través de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** a través de la fijación de una sanción a quien desconociera lo pactado.

Puestas de este modo las cosas, la sanción prevista revela que la conformación de la unión temporal perseguía crear un escenario de no competencia entre sus miembros para superar la incertidumbre propia de una subasta y, con ello, asegurar que todos resultaran con un porcentaje del suministro del contrato derivado del proceso de contratación **SA-SI-140-AG-2017** al mayor precio posible.

<sup>236</sup> Folio 1561 del cuaderno publico No. 8.

Corresponde ahora verificar el comportamiento que los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** adoptaron durante el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, en particular lo relacionado con las observaciones que presentaron al pliego de condiciones en lo atinente a los requisitos habilitantes –capital de trabajo y patrimonio– exigidos a los proponentes.

Sobre este aspecto, en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se evidenció que en el curso del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, **DISFRUVER** presentó observaciones producto de la coordinación con los demás participantes de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** encaminadas a aumentar los requisitos habilitantes exigidos por el pliego de condiciones. Con ello, perseguían generar de manera idónea un escenario de no competencia en el que los miembros de la mencionada unión temporal no tuvieran la posibilidad de participar de manera individual, sino únicamente a través de una estructura plural. Adicionalmente, con tal comportamiento persiguieron incrementar las barreras de acceso para otros oferentes, de manera que se aumentaran artificialmente las probabilidades de que la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** fuera la única oferente y, por ende, tuviera las condiciones para resultar adjudicataria con el máximo precio posible.

Debe destacarse que **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) corroboró lo sostenido por la Delegatura en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, pues manifestó que los integrantes de la unión temporal discutieron sobre la necesidad de presentar “observaciones” dentro del señalado proceso con la finalidad de que los competidores se “quedaran por fuera”, pues no iban a “ser ocho lanzando y en cambio ahí se reducía la posibilidad que hubiera más competidores en el momento del lance”<sup>237</sup>. Esto derivaría en que la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** aumentaría sus probabilidades de ser el único oferente y resultar adjudicataria al “precio máximo”<sup>238</sup>, como efectivamente ocurrió. A continuación su declaración:

*“Andrea Rosas Díaz: (...) Y desde luego, nosotros, sinceramente, queríamos que no participaran muchas empresas. La verdad, no queríamos que participaran muchas empresas y pues que entre menos empresas que hubiera, pues desde luego, la subasta iba a ser menos dura y teníamos más posibilidades de ganar a que si se presentaban un montón de empresas que nosotros sinceramente estábamos esperando a que participaran muchas empresas porque muchas cumplían los requisitos porque estaba muy amplia. (...)”*

**Pregunta:** ¿Nosotros quiénes?

*Andrea Rosas Díaz: Los de la unión temporal, que era los que estábamos hablando. Que éramos Alejandro [Castelblanco], Don Hugo Nelson Daza, nosotros Disfruver y no recuerdo si en ese entonces, la señora Stella se había salido. Nosotros como unión temporal esperábamos mucha competencia. Nosotros como unión temporal dijimos que había que hacer observaciones (...)”*

**Pregunta:** Señora Andrea, ¿ustedes de alguna manera buscaban desincentivar que otras empresas participaran en ese proceso?

*Andrea Rosas Díaz: Desmotivar de alguna manera directa, que nosotros hayamos llamado y hayamos infundido... no señor. No llamamos a absolutamente nadie y nadie nos llamó a nosotros.*

**Pregunta:** Por qué nos aclara que de manera directa no. ¿De manera indirecta sí?

<sup>237</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 35:14 Parte II).

<sup>238</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 35:14 Parte II).

**Andrea Rosas Díaz:** *Pues, porque nosotros hicimos unas observaciones en las cuales solicitamos incrementar los índices económicos... lo financiero.... incrementaran lo financiero y de pronto, pudo alguna empresa haberse quedado por fuera en esa observación que nosotros hicimos*<sup>239</sup>.

Así las cosas, respecto de las observaciones que presentaron para la ejecución de esa estrategia se tiene que, en primer lugar, **DISFRUVER** presentó una relacionada con los indicadores financieros contenidos en el proyecto de pliego de condiciones a fin de solicitar un aumento en la capacidad financiera para quienes se encontraran interesados en presentar oferta<sup>240</sup>. La observación se aprecia a continuación:

"Observación No. 1:

(...) *Con preocupación observamos que la SED no está solicitando el cumplimiento de los requisitos financieros mínimos que debe cumplir una empresa que pretenda ser adjudicataria de un programa de gran complejidad y responsabilidad como lo es el suministro de fruta para los niños. La SED posiblemente en su afán de tener pluralidad de oferentes, no está solicitando el cumplimiento de las garantías financieras mínimas. (...) se debiera reconsiderar el incremento en el requisito de capital de trabajo (...), ya que la finalidad de la SED no es simplemente encontrar un proveedor de fruta, sino que éste tenga la capacidad financiera y de operación para ejecutar el contrato. (...)" (Destacado fuera del texto original)<sup>241</sup>.*

De acuerdo con la mencionada observación, **CCE** accedió a la modificación solicitada por **DISFRUVER** y en consecuencia aumentó el capital de trabajo y el indicador de patrimonio. Como consecuencia del aumento del patrimonio, **ALIMENTOS DAZA** quedó descalificado para presentarse como proponente individual, tal como se muestra a continuación:

Modificaciones a los indicadores financieros dentro del proceso SA-SI-140-AG-2017

INDICADORES	PROYECTO PLIEGO DE CONDICIONES – 18 ABRIL	PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO – 04 MAYO
LÍQUIDEZ	Mayor o igual a 0.5	Mayor o igual a 0.5
ENDEUDAMIENTO	Menor o igual a 96%	Menor o igual 60%
RAZÓN COBERTURA INTERÉS	Mayor o igual 1	Mayor o igual a 1
CAPITAL DE TRABAJO	\$1.000.000.000	\$2.000.000.000
PATRIMONIO	\$0	\$4.000.000.000
UTILIDAD OPERACIONAL/PATRIMONIO	Mayor o igual a 1	Mayor o igual a 0.05%

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio. Con base en información pública contenida en el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo del proceso SA-SI-140-AG-2017.

La afirmación anotada tiene como sustento la información financiera reportada por parte de **ALIMENTOS DAZA** en el Registro Único de Proponentes (**RUP**), en el que se puede advertir que este investigado tenía un patrimonio equivalente a \$2.710.779.138<sup>242</sup>. En ese sentido, esa persona jurídica podía participar en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** de conformidad con los indicadores financieros del proyecto del pliego de condiciones inicial, porque para esa oportunidad no se exigía a los proponentes tener determinado patrimonio para presentar oferta.

No obstante lo anterior, en virtud de la observación presentada por **DISFRUVER**<sup>243</sup>, una vez el indicador de patrimonio fue fijado en \$4.000.000.000, **ALIMENTOS DAZA** quedó inhabilitado para participar de manera individual. Pese a que la anotada circunstancia generó una barrera de entrada para esta sociedad en el proceso de selección que se comenta,

<sup>239</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:29:49 a 3:31:15 y 3:38:32 a 3:39:01).

<sup>240</sup> Folio 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8. Observaciones al proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

<sup>241</sup> Información tomada de: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.157920&isModal=true&asPopView=true>;

<sup>242</sup> Folio 2433 al 2445 del cuaderno público No. 12. RUP de Alimentos de Daza de 11 de mayo de 2017.

<sup>243</sup> Folio 2355 al 2432 del cuaderno público No. 11 y 12. RUP de Disfruver de 02 de mayo de 2017.

**ALIMENTOS DAZA** no formuló ningún tipo de objeción frente a esa observación presentada por **DISFRUVER** ni discutió la materialización de esa propuesta mediante la modificación incorporada por **CCE** al pliego de condiciones. Una evidente explicación de la descrita actitud consiste en que la finalidad de esas actuaciones era, precisamente, evitar competir individualmente entre quienes conformaron la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** y, en adición, reducir la probabilidad de que otros proponentes participaran en el proceso de selección.

Por otro lado, **DISFRUVER** presentó una segunda observación relacionada –también– con los indicadores financieros, específicamente con el capital de trabajo. La observación se relaciona a continuación:

**Observación No. 2.**

PREGUNTA: Una empresa que tiene un nivel de endeudamiento del 96% y que tiene tan solo \$1.000.000.000 de capital de trabajo si podrá ejecutar un contrato de \$40.429.645.552??	
PRESUPUESTO	\$ 40.429.645.552
TIEMPO DE EJECUCIÓN	14 MESES
MESES ESCOLARES APRX	10 MESES
VALOR A FACTURAR A LA SED POR MES APRX	\$ 4.042.964.555
VALOR APRX QUE EL PROVEEDOR DEBE PAGAR POR LA FRUTA POR MES	\$ 3.234.371.644
VALOR APRX QUE EL PROVEEDOR DEBE PAGAR EN RECURSO HUMANO Y LOGISTICA POR MES	\$ 566.015.038
VALOR APRX QUE EL PROVEEDOR DEBE PAGAR EN GASTOS Y COSTOS VARIOS POR MES	\$ 121.288.937
VALOR TOTAL DE LOS GASTOS Y COSTOS POR MES	\$ 3.921.675.619
CANTIDAD DE MESES A SOPORTAR HASTA EL RECIBO DEL PRIMER PAGO POR PARTE DE LA SED	minimo 2,5 meses a partir de la primera entrega de producto
VALOR TOTAL APROX QUE DEBE SOPORTAR EL PROVEEDOR HASTA RECIBIR EL PRIMER PAGO	\$ 9.804.189.046
CAPITAL DE TRABAJO QUE SOLICITA EL PLIEGO	\$ 1.000.000.000
DIFERENCIA ENTRE EL CAPITAL REQUERIDO POR LA SED Y EL QUE EN LA REALIDAD SE REQUIERE PARA EJECUTAR	\$ 8.804.189.046
PREGUNTA: Una empresa que tiene un nivel de endeudamiento del 96% y que tiene tan solo \$1.000.000.000 de capital de trabajo si podrá ejecutar un contrato de \$40.429.645.552??	

Fuente: Observaciones publicadas del proceso **SA-SI-AG-140-2017**, obrante a Folio 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8.

Según la proyección que se observa en el precitado cuadro, **DISFRUVER** solicitó que se estableciera un capital de trabajo de \$9.804'189.046, indicador financiero que esta sociedad y **ALIMENTOS DAZA** no podían cumplir de manera individual e independiente, según se extracta del **RUP** de cada una de estas sociedades. En este caso, nuevamente, **ALIMENTOS DAZA** guardó silencio respecto de esta situación.

Conforme con todo lo indicado, es evidente que las conductas desarrolladas por las investigadas tienen su fuente en el marco de un acuerdo que tenía como finalidad falsear la competencia entre ellos e incrementar las barreras de acceso al proceso de selección referido.

Es importante resaltar que, en adición a todo lo anterior, los investigados no se conformaron con constituir la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** con los fines anticompetitivos descritos hasta este punto, sino que, adicionalmente, de manera similar a lo que ocurrió durante el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, se encuentra acreditado que, al menos un miembro de la Unión Temporal, desplegó conductas tendientes a evitar que **FAC S.A.S.** se presentara al proceso **SA-SI-140-AG-2017** y, además, que la finalidad de la unión temporal era la de “repartirse” los beneficios del contrato, para evitar la competencia entre ellos. A continuación la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**):

**Pregunta:** ¿Usted sabe si **FAC S.A.S.** estuvo en alguna discusión o negociación, con algún otro [proveedor de frutas] buscando alguna unión temporal, o buscando alguna forma de presentarse?

**José Fidel Aldana Cortés:** A mí me llamaban, para decirme que nos fuéramos a presentar por más fruta.

**Pregunta:** ¿Quién?

**José Fidel Aldana Cortés:** Don Hugo [Nelson Daza Hernández] me llamó como una o dos veces: 'que no nos fuéramos a presentar por mas fruta'.

**Pregunta:** ¿Y qué pasó al final? ¿Ustedes fueron en esa unión temporal con el señor [Hugo Nelson Daza Hernández]?

**José Fidel Aldana Cortés:** No supe, digamos, con quien se iban a hacer, cuando nos dimos cuenta, la habían adjudicado a una unión temporal que no sabía ni el nombre.

**Pregunta:** ¿Y quiénes participaron en esa unión temporal?

**José Fidel Aldana Cortés:** Ahora es que vengo a saber, después de adjudicada vine a saber que era un unión temporal que habían hecho, Don Daza [Hugo Nelson Daza Hernández], Don Néstor [Néstor Alejandro Castelblanco García] y Disfruver.

**Pregunta:** Don Daza [Hugo Nelson Daza Hernández], perdón, ¿quién más?

**José Fidel Aldana Cortés:** Disfruver y don Néstor [Néstor Alejandro Castelblanco García].

**Pregunta:** Y, ¿qué le contó Hugo Nelson Daza sobre la intención de formar esa unión temporal?

**José Fidel Aldana Cortés:** Las palabras eran claras, donde no se presentara **FAC S.A.S.** por más, porque pues bajaban el precio de la fruta, y los que íbamos a perder éramos nosotros con el programa que ya tenían.

**Pregunta:** Y respecto de la intención de ellos tres en unirse, ¿qué le manifestó?

(...)

**José Fidel Aldana Cortés:** Cogieron el programa completo.

**Pregunta:** ¿Coger el programa completo?

**José Fidel Aldana Cortés:** Y los 25 desiertos.

**Pregunta:** Y entonces, cuando usted dice 'repartición', ¿a qué se refiere?

**José Fidel Aldana Cortés:** Pues lo que sé yo digamos de 'repartición', es que se repartían la fruta entre ellos, para sacar el programa, porque si no lo hubiera cogido Don Hugo Nelson Daza [Hernández] solo, o lo hubiera cogido Disfruver solo, o lo hubiera cogido Néstor [Alejandro Castelblanco García] solo, se repartían la fruta"<sup>244</sup>.

En definitiva, la evidencia indica que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación), **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no perseguían aunar esfuerzos para ampliar su capacidad en aras de participar en el proceso de contratación **SA-SI- 140-AG-2017** y presentar una oferta que resultara más competitiva.

<sup>244</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:09:07 a 1:12:52).

En contraste, su propósito se encaminaba a no concurrir de forma independiente y evitar, de esta manera, la competencia. Y finalmente, esta estrategia les permitió aumentar la probabilidad de ser los únicos oferentes habilitados en la subasta del proceso **SA-SI-140-AG-2017** y resultar adjudicatarios por el máximo precio posible sin tener que estar sometidos a las presiones competitivas propias de la subasta inversa, de hecho, fueron los únicos proponentes en el proceso. Con tal proceder, lograron entonces, asegurar a todos un beneficio del contrato.

#### **5.6. De las defensas de los investigados respecto del acuerdo celebrado en el marco del proceso SA-SI-140-AG-2017**

Hasta este punto se encuentra probado que **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados), **DISFRUVER, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** se propusieron la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** para generar un escenario de no competencia entre ellos y evitar las presiones competitivas propias del proceso de subasta inversa, tanto entre ellos como respecto de otros eventuales proponentes.

Con el propósito anotado, los integrantes de la estructura plural determinaron el porcentaje de participación en la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** de acuerdo con el volumen de ventas de frutas que cada uno de ellos venía realizando antes de la convocatoria del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Como consecuencia del comportamiento restrictivo que adoptaron estos investigados, no existió competencia en la subasta inversa del mencionado proceso de selección, por lo que la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** logró obtener la adjudicación del contrato correspondiente ofreciendo un precio solo 0.025% inferior del máximo establecido en el proceso, esto es, por una propuesta económica de \$40.416.487.349.

Sin embargo, a pesar de encontrarse probada la finalidad anticompetitiva que persiguió la unión temporal con las pruebas que sirvieron de sustento a la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, y que resultaron corroboradas durante la etapa probatoria, los investigados añadieron –como se pasa a mostrar– unas razones adicionales para justificar la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, sin desconocer que con esa estructura plural falsearon la competencia de manera que todos tuvieran “*un porcentaje del despacho*” y ninguno se quedara “*sin trabajo*”<sup>245</sup>. Es de resaltar que estas motivaciones adicionales no fueron esgrimidas durante la averiguación preliminar por parte de quienes conformaron esa estructura plural. En efecto, tan sólo fueron expuestas una vez tuvieron conocimiento de la apertura de investigación y formulación de pliegos de cargos<sup>246</sup>.

Sobre el particular, **ALIMENTOS DAZA** señaló que su decisión de conformar la unión temporal se debió a que (i) nunca había sido contratista directo del Estado y no había suministrado en oportunidad anterior una cantidad de frutas similar de aquella que debía entregar para el proceso **SA-SI-140-AG-2017**; (ii) **DISFRUVER** no contaba con un requisito técnico consistente en un certificado sanitario vigente expedido por el **INVIMA**, como

<sup>245</sup> Folio 1576 del cuaderno público No. 8 (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 34:02 Parte II).

<sup>246</sup> Se advierte que en la etapa de averiguación preliminar declaró Geimi Soleimi Daza Villar, Hugo Nelson Daza Hernández, Néstor Alejandro Castelblanco García y Héctor Hugo Castelblanco Castelblanco. Por su parte, en lo que atañe a Andrea Rosas Díaz y Juan Pablo Fonseca Sánchez se tiene que sus declaraciones fueron rendidas en la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración que presentaron el 06 de septiembre de 2017, esto es, luego de que fuera expedida la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos. Ahora bien, tales declaraciones se encuentran incorporadas a esta actuación administrativa, en atención a que mediante Resolución No. 59363 de 20 de septiembre de 2017 la Delegatura denegó la referida solicitud y que los solicitantes no retiraron los elementos de prueba que habían aportado para soportarla

tampoco con la capacidad instalada suficiente para asumir el suministro de las frutas<sup>247</sup>; y (iii) **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** tampoco cumplía, pues no contaba con los requisitos financieros exigidos por el pliego de condiciones del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

A continuación la Delegatura se pronuncia sobre las defensas presentadas por los investigados, para concluir que no cuentan con fundamento adecuado.

#### **5.6.1. De las motivaciones adicionales alegadas por ALIMENTOS DAZA y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**

Tal como se indicó, la defensa propuesta por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) y **ALIMENTOS DAZA** estuvo dirigida a demostrar que el “*móvil real*”<sup>248</sup> de la conformación de la estructura plural fue el de aunar esfuerzos y brindarse apoyo mutuo entre los integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** para cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y atender el suministro de las frutas en el volumen requerido por las órdenes de compra derivadas del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

No obstante lo anterior, la Delegatura presentará los argumentos que demuestran que las motivaciones esgrimidas por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) sobre la “*inexperiencia (...) como contratista directo del Estado*”<sup>249</sup>, así como en relación con la incapacidad de suministrar de manera individual la cantidad de frutas que exigían las órdenes de compra en el marco del proceso **SA-SI-140-AG-2017**<sup>250</sup>, no fueron –por lo menos– preponderantes para la conformación de la unión temporal.

**5.6.1.1.** Sobre el argumento relativo a la inexperiencia de **ALIMENTOS DAZA** debe resaltarse que, tal como quedó acreditado en el numeral 5.5. de este informe motivado, **ALIMENTOS DAZA** no requería conformar una estructura plural para participar en el proceso de selección en comentario –por lo menos antes de que se aumentaran los requisitos financieros exigidos por el pliego de condiciones–, al punto que afirmó que podía presentarse como “*único proponente a la subasta y como es igualmente obvio habría ofertado por el precio techo de \$397*”<sup>251</sup> y, en consecuencia, se “*hubiera quedado con eso*”<sup>252</sup>.

**5.6.1.2.** Por otra parte, respecto del segundo argumento propuesto, relativo a que **ALIMENTOS DAZA** no habría suministrado en una oportunidad anterior una cantidad de frutas similar a las exigidas en las órdenes de compras del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, se advierte que tampoco tiene un fundamento adecuado.

En efecto, al tomar como referencia las ventas de **ALIMENTOS DAZA** para el mes de mayo de 2016, se evidencia que registró ventas de frutas –como las exigidas en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** a contratistas del programa **PAE**<sup>253</sup>– por una cantidad de 5.947.738<sup>254</sup>

<sup>247</sup> **DISFRUVER** no expuso argumentos que desvirtuaran la finalidad anticompetitiva perseguida por la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, ni en su escrito de descargos, ni en la audiencia de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. No obstante lo anterior, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) señalaron, durante las declaraciones que rindieron ante la Delegatura, que otras razones para que **DISFRUVER** participara en la estructura plural referida consistieron en que la empresa no contaba con el certificado sanitario del **INVIMA** y no tenía capacidad instalada suficiente para asumir la ejecución del contrato. En concordancia, La Delegatura se pronunciará respecto de las motivaciones adicionales alegadas por dichos investigados para conformar la unión temporal.

<sup>248</sup> Folio 2308 del cuaderno público No. 11.

<sup>249</sup> Folio 2309 del cuaderno público No. 11.

<sup>250</sup> Folio 2307 del cuaderno público No. 11.

<sup>251</sup> Folio 2305 del cuaderno público No. 11.

<sup>252</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar, minuto 39:49).

<sup>253</sup> Encontrándose dentro sus clientes representativos Fabio Doblado Barreto, Fundación para el Fomento de la Industria de Alimentos de Risaralda –Fundalimentos, La Campiña, Proalimentos Liber, Unión Temporal Nutrir Infancia 2014, quienes para el año 2016 se encontraban ejecutando los contratos para el suministro de refrigerios escolares SED-SA-SI-DBE-017-2015 y SED-SA-SI-DBE-002-2016; así mismo, Unión Temporal Alico 2016, Unión Temporal Nutriservi 2016, Unión

unidades, cifra aproximada a la cantidad de frutas que en promedio fueron entregadas por la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** producto de la ejecución de las órdenes de compra<sup>255</sup> expedidas en virtud del contrato derivado del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, que comportan una cantidad de 6.093.000 unidades de fruta mensuales.

Como si lo anterior fuera poco, debe resaltarse que **ALIMENTOS DAZA** se ufana de que cuenta con la capacidad para “*producir 1.000.000*”<sup>256</sup> de unidades de frutas diarias como un elemento que le otorga una ventaja competitiva en el mercado. De ahí que sea razonable concluir que **ALIMENTOS DAZA** tenía la capacidad de asumir individualmente la totalidad del suministro de las frutas por las cantidades que exigían las órdenes de compra. A continuación la imagen:

Página web de **ALIMENTOS DAZA**

### *Infraestructura*

*Industria de Alimentos Daza S/AS., está ubicada en la carrera 84 #7D-11 Barrio Valladolid de la ciudad de Bogotá cuenta con una planta con capacidad instalada para producir 1.000.000 unidades de fruta diarias cumpliendo con los parámetros de calidad y los requisitos de nuestros clientes, contando con el personal idóneo y capacitado para la realización de la función.*

Fuente: Página web “<http://industriadaza.co/somos.html>”, obrante a folio 4332 del cuaderno público No. 19.

Otro aspecto que revela que la falta de capacidad para atender de manera individual el suministro del total de las frutas que se exigían por parte de la **SED** no tiene fundamento adecuado, hace referencia a que debido a las adecuaciones que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** debía realizar a la bodega desde la cual atendía el suministro correspondiente a su padre, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, durante “*dos o tres meses*” **ALIMENTOS DAZA** atendió el volumen del suministro de las frutas que correspondía a este investigado, equivalente al 15% del total de las frutas requeridas por las órdenes de compra expedidas por la **SED**, a través de una “*maquila*”.

Finalmente, no puede perderse de vista que fue la misma **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) quien manifestó de manera clara y contundente a este despacho que **ALIMENTOS DAZA** estaba preparada para licitar individualmente. Esta afirmación cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) declaró que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) le dijo claramente que **ALIMENTOS DAZA** cumplía con todos los requisitos para presentar oferta individual y, además, que tal empresa era “*capaz*” de asumir “*toda la operación*”<sup>257</sup>.

---

Temporal Pronutrimos 12, quienes para el mismo año se encontraban ejecutando el contrato derivado del proceso contratos SED-SA-SI-DBE-002-2016 para la entrega de refrigerios. Información que fue tomada del “*listado de ventas de ALIMENTOS DAZA 2016*” obrante a folio 1529 del cuaderno reservado No. 8 de **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>254</sup> Debe tenerse en cuenta que las unidades totales de frutas vendidas para el mes de mayo de 2016 eran 6'716.894, no obstante lo anterior, con el fin de contrastar la capacidad de **ALIMENTOS DAZA** para suministrar frutas dentro del contrato derivado del proceso SA-SI-AG-140-2017, fueron excluidas aquellas frutas que no hacían parte de las exigidas por el pliego de condiciones como por ejemplo: el kiwi, la naranja, la guayaba, entre otras. Con base en esto, la Delegatura concluye que las características de las frutas proveídas a sus clientes PAE, tienen similitud con las frutas entregadas directamente para el proceso SA-SI-AG-140-2017.

<sup>255</sup> Órdenes de compra No. 18410 y 19975 del 2017.

<sup>256</sup> Página WEB Folio 4332 cuaderno público No. 19.

<sup>257</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 **DISFRUVER** (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:12:04 a 3:17:30).

Lo expuesto hasta el momento, revela que **ALIMENTOS DAZA** era una empresa que estaba en capacidad y tenía la voluntad de ejecutar de manera individual el contrato resultante del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, pero que, ante la posibilidad de conformar una unión temporal con sus competidores y copartícipes del cartel que tuvo lugar en sede del proceso **LP-AMP-129-2016**, renunció a su deber legal de competir por el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Es más, después de la apertura de la presente investigación, intentó alegar que en realidad sus motivaciones no eran anticompetitivas. No obstante, la evidencia hasta acá presentada indica claramente que la unión temporal se negoció, acordó y se comportó como un verdadero cartel empresarial.

**5.6.1.3.** Por último, **ALIMENTOS DAZA** manifestó que, en su concepto, **DISFRUVER** no era competidor directo de esta empresa en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** en razón a que esta última compañía no cumplía con el requisito técnico consistente en un certificado sanitario vigente expedido por el **INVIMA**, lo que la inhabilitaba para presentarse como proponente individual. Sin embargo, como se pasa a explicar, este argumento de defensa es contrario a lo demostrado en esta investigación.

Al respecto, es importante manifestar que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) indicó en su declaración que solamente tuvo conocimiento de esta carencia al “*requerir los documentos de cada uno para ir armando la propuesta*”<sup>258</sup>, esto es, en un momento posterior de aquel en el cual decidieron conformar la unión temporal, lo que demuestra que esta circunstancia no fue tenida en cuenta para decidir sobre la conformación de dicha figura asociativa.

Sobre este mismo punto, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) manifestó que en las reuniones que sostuvieron para concertar la conformación de la unión temporal no expusieron que **DISFRUVER** carecía del certificado del **INVIMA** y que esa era la razón que motivaba la búsqueda de aliados para presentar oferta a través de una estructura plural.

En efecto, **DISFRUVER** aseguró en tales negociaciones que cumplía con todos los requisitos del pliego de condiciones y que podía suministrar el total del volumen de frutas, porque de haberle puesto de presente a **ALIMENTOS DAZA** la falta del requisito del **INVIMA**, tal agente del mercado no habría estado dispuesto a conformar la unión temporal precisamente porque no habría sido competencia directa de **ALIMENTOS DAZA** al no estar habilitada para participar. Recuérdese que la finalidad de la unión temporal era aliarse con el competidor para evitar las presiones competitivas propias de las pujas en la subasta inversa. A continuación su declaración:

**“Pregunta:** *¿Cuál es la motivación que ustedes le manifestaron a él?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Sinceramente doctor le voy a ser franca. Nosotros lo engañamos. Porque nosotros le dijimos que cumplíamos con los requisitos –cosa que era falsa– y que nosotros éramos capaces con toda la operación; obviamente porque no nos queríamos ver débiles y que él no quisiera hacer una unión temporal con nosotros. Teníamos que decirle que cumplíamos con todo; entonces, él dijo, yo cumplo con todo y soy capaz con toda la operación, cuando yo (...) sabía que él no era capaz.*

(...)

**Pregunta:** *¿qué requisito técnico era el que ustedes no cumplían?*

**Andrea Rosas Díaz:** *El concepto higiénico sanitario, doctor, inferior a 6 meses.*

(...)

<sup>258</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 55:56).

**Pregunta:** *¿Ustedes hicieron alguna gestión?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Sí, claro! nosotros tenemos los soportes de que esa gestión se realizó (...) porque cuál era la idea: si bien era cierto que nosotros no éramos capaces con la operación, la idea sí era mostrarle a Daza que nosotros cumplíamos con todos los requisitos. Entonces, en el momento que él nos pidiera el concepto sanitario y nosotros le mostráramos que ese concepto no cumplía, quién sabe si él estuviera interesado en hacer unión temporal con nosotros.*

(...)

**Pregunta:** *¿Para qué hicieron las gestiones [se refiere a la consecución del concepto del INVIMA]?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Para tener el documento si Daza lo solicitaba.*

**Pregunta:** *¿Cuál era la intención de tener ese documento?*

**Andrea Rosas Díaz:** *Para que Daza viera que nosotros cumplíamos con todos los requisitos (...) para que cuando él [se refiere a Daza] se fuera a dar cuenta ya era demasiado tarde, muy tarde porque ya hubiéramos hecho nosotros la unión temporal<sup>259</sup>.*

Tal como quedó demostrado, los móviles adicionales esgrimidos por **ALIMENTOS DAZA** carecen de sustento fáctico y refuerzan la conclusión consistente en que la motivación principal para la conformación de la unión temporal era la de crear un escenario de no competencia a pesar de que podía presentarse individualmente al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Es más, las pruebas expuestas demuestran que **DISFRUVER** se presentó como una empresa capaz de ejecutar el contrato de manera individual y que buscó a **ALIMENTOS DAZA** –que también manifestó que estaba en capacidad de ejecutar el contrato individualmente– con el propósito de definir que era mejor coludirse que competir, puesto que al celebrar el acuerdo todos aseguraban los beneficios del contrato y ninguno se quedaba “sin trabajo”.

### 5.6.2. De las motivaciones adicionales alegadas por **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**

Previo a estudiar los argumentos de defensa propuestos por **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), recuérdese que **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) reiteró lo expuesto por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) respecto del ánimo anticompetitivo que guió la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** al indicar que la finalidad era la de unirse “con el competidor más fuerte”<sup>260</sup> para evitar la competencia con ese agente del mercado. La estrategia, entonces, era la de disminuir el número de competidores que estarían realizando lances en la subasta inversa<sup>261</sup> y, en consecuencia, aumentar la “posibilidad de ganar”.

No obstante de haber reconocido el móvil restrictivo de la libre competencia, **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) adujeron la existencia de motivaciones adicionales –que se analizarán a continuación– que habrían explicado la participación de esta empresa en la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. Al respecto, alegaron la falta de capacidad instalada de su planta, la ausencia del requisito

<sup>259</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:12:04 a 3:17:30).

<sup>260</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 3:32:24 a 3:33:03).

<sup>261</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 (declaración de Andrea Rosas Díaz, minuto 2:04:27).

técnico referente al certificado sanitario **INVIMA** en los términos exigidos por el pliego de condiciones y la circunstancia de que ninguno de los que conformó la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** había ejecutado un contrato por un valor similar al del presupuesto oficial del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Puestas de este modo las cosas, lo cierto es que, aunque la defensa haya referido móviles adicionales para la conformación de la mencionada estructura plural, lo que ha quedado demostrado en esta actuación administrativa es que **DISFRUVER** le propuso a **ALIMENTOS DAZA** y a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación) ser integrante de una estructura plural para generar un escenario de no competencia durante la subasta inversa.

Así mismo, quedó demostrado que **DISFRUVER** aseguró a **ALIMENTOS DAZA** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación) que era un competidor directo de ellos al estar habilitado para presentarse individualmente<sup>262</sup> y tener la capacidad para asumir la totalidad del suministro que se derivara del contrato a celebrar<sup>263</sup>. Está claro, adicionalmente, que todo esto fue realizado con la finalidad de asegurar que ninguno de los miembros de la unión temporal se quedara “sin trabajo” al repartirse los beneficios derivados del contrato según el volumen de ventas que cada uno de ellos venía realizando con anterioridad a la convocatoria del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. La conducta aquí descrita, en sí misma, resulta restrictiva de la libre competencia, así se quieran aducir otras motivaciones para justificar la conformación de la estructura plural.

**5.6.2.1.** Ahora bien, en lo referente al segundo argumento de defensa esgrimido por **DISFRUVER**, relativo a que carecía del requisito del certificado sanitario del **INVIMA** con una vigencia no inferior de 6 meses al momento de la presentación de la oferta, lo que la inhabilitaba para presentarse como proponente individual, es de anotar que el argumento planteado no puede prosperar por las razones que se pasa a exponer.

En primer lugar, se destaca que en el expediente consta que la planta de alimentos de **DISFRUVER** contaba con un concepto higiénico sanitario favorable<sup>264</sup> otorgado en visita de inspección, vigilancia y control realizada por el **INVIMA** el 26 de octubre de 2016<sup>265</sup>.

En segundo lugar, se advierte que la regla del pliego de condiciones referida al concepto higiénico sanitario favorable o favorable con observaciones sufrió modificaciones en el curso del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, así:

**Modificaciones al requisito del concepto higiénico sanitario dentro del proceso SA-SI-140-AG-2017.**

Regla referida al concepto higiénico sanitario en el proyecto de pliego de condiciones – 18 de abril de 2017.	Regla referida al concepto higiénico sanitario en el pliego de condiciones definitivo – 4 de mayo de 2017.
<p><b>“4.4. PROVEEDOR.</b> <i>Todas las plantas deberán contar con concepto higiénico sanitario favorable o favorable con observaciones, tanto para la presentación de la oferta como para la ejecución de las órdenes de compra.</i></p>	<p><b>4.4 PROVEEDOR</b> <i>“Todas las plantas deberán contar con concepto higiénico sanitario favorable o favorable con observaciones, tanto para la presentación de la oferta como para la ejecución de las órdenes de compra.</i></p>
<p><i>En caso de ser distribuidor del producto, al inicio de la ejecución de la orden de compra el proveedor</i></p>	<p><i>Dichas actas deben reportar conceptos sanitarios favorables o favorables con observaciones no</i></p>

<sup>262</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:12:04 a 3:17:30). En particular manifestó que “Teníamos que decirle que cumplíamos con todo”.

<sup>263</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:12:04 a 3:17:30). En particular manifestó que eran “capaces con toda la operación”.

<sup>264</sup> Sobre el concepto higiénico sanitario, es pertinente destacar que, según el artículo 3 de la Resolución 2674 de 2013, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, el concepto sanitario emitido por la autoridad sanitaria una vez realizada la inspección, vigilancia y control al establecimiento donde se fabriquen, procesen, preparen, envasen, almacenen, transporten, distribuyan, comercialicen, importen o exporten alimentos o sus materias primas, puede ser (i) favorable, (ii) favorable con observaciones o (iii) desfavorable, dependiendo de la situación encontrada.

<sup>265</sup> Folio 2503 a 2513 del cuaderno público No. 12.

<p>debe entregar a la interventoría las actas de visita de la autoridad competente de la totalidad de plantas de proveedores ofertados.</p>	<p>superiores a seis (6) meses.</p>
<p>Dichas actas deben reportar conceptos sanitarios favorables o favorables con observaciones no superiores a seis (6) meses.</p>	<p>Será responsabilidad del Proveedor propender, que las plantas de los productos ofertados mantengan durante la ejecución de la orden de compra, el concepto higiénico sanitario favorable o favorable con observación; la interventoría verificará esta condición y en caso de conceptos desfavorables aplicara los descuentos a que haya lugar sin perjuicios de proceso sancionatorios por Colombia compra eficiente.<sup>267</sup></p>
<p>Será responsabilidad del proveedor propender, que las plantas de los productos ofertados mantengan durante la ejecución de la orden de compra, el concepto higiénico sanitario favorable o favorable con observación; la interventoría verificará esta condición y en caso de conceptos desfavorables aplicara los descuentos a que haya lugar sin perjuicios de proceso sancionatorios por Colombia compra eficiente.<sup>266</sup>.</p>	

Fuente: Tomado de la información pública contenida en los anexos técnicos del proyecto de pliego de condiciones y del pliego de condiciones definitivo del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Lo anterior indica que en el proyecto de pliego de condiciones se exigía a los proponentes que sus plantas contaran con el concepto higiénico favorable o favorable con observaciones sin que tuviera que cumplir con algún término específico. No obstante lo anterior, en el supuesto de que el proponente fuera distribuidor del producto y que resultara adjudicatario, el concepto higiénico sanitario debía contar con una fecha máxima de expedición no superior a seis meses al inicio de la ejecución de las órdenes de compra.

Ahora bien, para el pliego de condiciones definitivo la regla relacionada con el concepto higiénico sanitario varió, por cuanto se exigió a los proponentes que sus plantas debían contar con el referido concepto otorgado con una fecha no superior a seis meses, tanto para el momento de la presentación de la oferta como para la ejecución de las órdenes de compra.

De lo anterior surge una primera conclusión: para la fecha de publicación de la convocatoria del proceso **SA-SI-140-AG-2017** –18 de abril de 2017– la planta de **DISFRUVER** contaba con un concepto higiénico sanitario favorable expedido por el **INVIMA** en octubre de 2016. En consecuencia, **DISFRUVER** cumplía con el requisito técnico establecido en el proyecto de pliego de condiciones precisamente porque para ese momento no se exigía al proponente que el concepto tuviera una fecha máxima de otorgamiento.

En tercer lugar, teniendo claridad respecto de este requisito para la evaluación de la oferta, se demostrará que, con total independencia de si **DISFRUVER** contaba o no con el concepto higiénico sanitario para presentar oferta individualmente, los cartelistas iniciaron las gestiones y contactos para conformar la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** tan pronto conocieron de la convocatoria al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Sobre este aspecto, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** relató que una vez se dio apertura al proceso **SA-SI-140-AG-2017** para adjudicar los segmentos en el grupo de “*frutas y hortalizas*” que fueron declarados desiertos en el proceso **LP-AMP-129-2016**, el precio de las frutas “*lo subieron a lo que me pareció un súper buen precio*”, a lo que agregó, respecto de la posible conformación de una unión temporal para participar en ese proceso de selección, que le dijo a los demás investigados “*pues sí, camine vamos hagamos la licitación, entre todos*”

<sup>266</sup> Tomado de la página <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.151111&isModal=true&asPopView=true> del documento “3 Anexo 1 anexos técnicos y fichas técnicas.RAR” que contiene el siguiente documento “ANEXOS, FICHAS Y ANEXOS DEL ANEXO PENDIENTES POR ADJUDICAR/ANEXO Y FT FRUTAS Y HORTALIZAS 9 DE MARZO/ANEXO TÉCNICO FRUTAS Y HORTALIZAS 9 DE MARZO DE 2017.docx” pág. 15.

<sup>267</sup> Tomado de la página <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.157920&isModal=true&asPopView=true> del documento “17 Anexo 1 definitivo.zip” que contiene el siguiente documento “Anexo 1/ANEXO Y FT FRUTAS Y HORTALIZAS/ANEXO TÉCNICO FRUTAS Y HORTALIZAS.docx” pág. 16.

*podemos, unámonos los grandes, que mire entre todos podemos, unidos jamás seremos vencidos, toda mi estrategia*<sup>268</sup>.

En el mismo sentido, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, al rendir declaración manifestó que, para el momento en que se publicó la convocatoria, contactó a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** para concertar los términos en que se presentarían en el proceso de selección referido:

*“Pregunta: ¿Cuándo fue la primera reunión de la unión temporal?”*

*Néstor Alejandro Castelblanco García: Estoy seguro que salió el proceso 140. Yo llamé a doña Stella el otro día y ella dijo: sí Alejo, llama tú a Hugo y yo llamo a Andrea y nos reunimos e intentamos crear unión temporal. Nos reunimos como dos, tres días cuando mucho*<sup>269</sup>.

De manera coincidente y en coherencia con lo anterior, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (representante legal de **DISFRUVER**) indicó: “(...) *tan pronto sali[eron] en los pliegos me llamó la señora Stella me dijo: hola Andreita! si se dio cuenta que ya salió la licitación; y yo le dije: sí! Sí! señora ya salió. ‘Uy Andrea y por qué no hacemos una unión temporal’. Pues yo dije unión temporal; y yo había pensado en unión temporal. Eso le dio más fuerza a mi idea (...)*”<sup>270</sup>.

Del mismo modo, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), señaló: “*Eh, me acuerdo que de la llamada pasó un mes pero, realmente doctor aquí revisando y eso que traje los papeles no me acuerdo bien en qué tiempo fue, obviamente ya habían sacado eh, la convo[catoria], el prepliego, o sea, la convocatoria, pero en qué tiempo fue de la licitación, no, no recuerdo*”<sup>271</sup>.

Con fundamento en lo anterior, esto es, (i) el concepto higiénico sanitario de la planta de **DISFRUVER** de octubre de 2016, (ii) la regla relativa al concepto técnico para el momento de la apertura del proceso de selección y (iii) las declaraciones transcritas, la Delegatura advierte que la motivación para conformar la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** no guardaba ninguna relación con la supuesta falta de cumplimiento del requisito enunciado, porque para el momento en que iniciaron las gestiones para conformar la estructura plural **DISFRUVER** cumplía con tal exigencia.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que –como quedó visto– **DISFRUVER** reconoció que en las negociaciones para conformar la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** nunca expuso la circunstancia relativa a la falta del concepto técnico referido y, por el contrario, aseguró a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación) y a **ALIMENTOS DAZA** cumplía con todos los requisitos para presentar una oferta individual y, además, que tenía la capacidad para ejecutar “*toda la operación*”.

Por último, aún si en gracia de discusión se aceptara que **DISFRUVER** efectivamente no cumplía con el requisito del concepto higiénico sanitario favorable desde el momento en que fue publicada la convocatoria del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, la conclusión se mantendría. Lo anterior por cuanto se encontró acreditado que esta empresa realizó las gestiones para obtener el concepto referido, por lo menos, 20 días después<sup>272</sup> de publicado el proyecto de pliego de condiciones –10 de mayo de 2017– y en la misma fecha en que fue suscrita el acta

<sup>268</sup> Folio 1572 del cuaderno público No. 4 (Declaración Stella Téllez Hernández minuto 5:13:00, segundo día, parte II).

<sup>269</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 47:17).

<sup>270</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 (Declaración de parte de Andrea Rosas Díaz, Parte I. Minuto 48:26-48:50).

<sup>271</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto Min. 58:22).

<sup>272</sup> Folio 2053 del cuaderno público No. 10, en el cual se dejó anotado que: “*el objeto de la visita corresponde a la inspección sanitaria, en atención al derecho de petición de solicitud radicado 17050005 de fecha 2017/05/10 (...)*”.

de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**<sup>273</sup>. La circunstancia descrita revela entonces, que **DISFRUVER** primero gestionó la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** y, luego se ocupó de iniciar los trámites para satisfacer los requisitos exigidos en el proceso de selección, lo que evidencia que tal cuestión no fue determinante para conformar la estructura plural de la que hizo parte y que, desde el momento mismo de la convocatoria al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, los investigados tenían previsto que no presentarían oferta de manera individual.

**5.6.2.2.** Frente a la supuesta incapacidad de **DISFRUVER** para ejecutar el contrato debido a que no tenían suficiente capacidad instalada, deben manifestarse 3 aspectos: (i) no existe prueba en el expediente que acredite de manera concluyente que **DISFRUVER** no contaba con capacidad instalada; (ii) existe evidencia que señala que la ausencia de capacidad instalada no es un obstáculo insalvable, puesto que la capacidad instalada se puede aumentar con relativa facilidad; y, (iii) aún si no tuviera la capacidad instalada, esto no justifica la conducta investigada.

En relación con el primer aspecto, se destaca que **DISFRUVER** anunció en sus descargos que presentaría unos dictámenes periciales que tendrían por objeto demostrar la capacidad instalada y liquidez financiera de **DISFRUVER** y de los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** con el propósito de determinar si podían asumir de manera individual la ejecución del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Estas pruebas fueron rechazadas por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 227 del CGP.

Ahora bien, los únicos medios de prueba que reposan en el expediente sobre este punto son las declaraciones de **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), así como un documento denominado "*Descripción de capacidad instalada del área de fruta fresca para refrigerios Comercializadora Disfruver S.A.S. Contratos en ejecución en Bogotá que Comercializadora Disfruver SAS tenía adjudicados en mayo de 2017*"<sup>274</sup>, suscrito por la Ingeniera de Planta de **DISFRUVER**. Sobre este último documento se destaca que, a juicio de la Delegatura, la credibilidad de las afirmaciones que expone la ingeniera de planta se encuentra comprometida en atención a la relación laboral con **DISFRUVER**. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el documento no expresa su concepto independiente como ingeniera agroindustrial<sup>275</sup>, sino como trabajadora de **DISFRUVER**, al punto que a lo largo de éste usa expresiones como "*podemos argumentar*" y "*a continuación relacionamos*", lo que indica que tales afirmaciones son hechas por la empresa investigada.

No obstante lo anterior, existen elementos de prueba que permiten inferir que si **DISFRUVER** hubiese estado realmente en un escenario competitivo habría implementado alguna estrategia que le permitiera superar la supuesta ausencia de capacidad instalada.

En relación con el aspecto anotado, debe llamarse la atención acerca de que **FAC S.A.S.**, pese a tener una capacidad instalada para suministrar 120.000 unidades de frutas<sup>276</sup>, que correspondía con los 5 segmentos que le fueron adjudicados en el proceso **LP-AMP-129-2016**, logró aumentar dicha capacidad para suministrar 170.000 unidades de frutas requeridas por la **SED**<sup>277</sup>. En efecto, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante

<sup>273</sup> Consultada la oferta presentada por la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE en el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017, reposa el documento "ACTA DE CONFORMACIÓN DE UNIÓN TEMPORAL" suscrito el 10 de mayo de 2017 por los representantes legales de DISFRUVER, ALIMENTOS DAZA y HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA.

<sup>274</sup> Folios 2033 a 2036 del cuaderno público No. 10.

<sup>275</sup> Folio 2036 del cuaderno público No. 10.

<sup>276</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 31:22, parte I).

<sup>277</sup> Esta afirmación fue corroborada por Juan David Vélez, abogado de la SED, quien manifestó que "el 17 de abril arrancamos con fruta y lo que hicimos fue pedirle a FAC hasta un 50% más que nos permitía el acuerdo marco de precios para ir supliendo parte de la ciudad porque con el 5 solo alcanzamos casi que 100 mil frutas y la necesidad de nosotros eran 700 mil, la idea era poder llegar casi a las 160.000, 170.000 frutas que era lo que necesitamos para ir cubriendo al menos una parte de lo que se necesitaba". Folio 3695 del cuaderno público No. 17 (Declaración de Juan David Vélez Bolívar, minuto: 27:08 y 27:46).

legal de **FAC S.A.S.**) desarrolló una estrategia que denominó “*sistema de inventario just in time*”<sup>278</sup>, a través de la cual optimizó la capacidad de la planta al reducir los niveles de inventario de acuerdo con la programación de la fruta, lo que redundó en un ahorro de costo en las áreas de bodegaje.

Es más, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), comerciante que cuenta con amplia experiencia en la proveeduría de frutas, expresó que pese a que **FAC S.A.S.** no cuenta con maquinaria, transporte y bodega propia, puede suministrar 350.000 unidades de frutas diarias. Sobre el particular manifestó que:

*“Pregunta: Y, entonces, ¿cómo haría para proveer esa fruta?”*

**José Fidel Aldana Cortés:** Si tocara mañana, ejemplo, me hicieran un pedido de 350.000 frutas, tengo una bodega adicional en el momento que las pidan, también arrendada.

*Pregunta: ¿También arrendada?”*

**José Fidel Aldana Cortés:** sí.<sup>279</sup>

De manera similar, cuando se le preguntó sobre las posibilidades que tiene una empresa de aumentar su capacidad instalada y asumir un volumen mayor de suministro de frutas, el referido declarante explicó que una empresa con experiencia, podría realizar los ajustes necesarios para conseguir el mencionado propósito con relativa facilidad. A continuación su declaración:

*“Pregunta: (...) usted me dice por ejemplo que en este momento usted tiene una capacidad limitada con FAC S.A.S., pero le entiendo que rápidamente puede conseguir una bodega y ampliar su capacidad.”*

**José Fidel Aldana Cortés:** Sí, nosotros al principio con FAC S.A.S., antes de haber una nueva licitación, a nosotros nos envían órdenes de compra de 250.000, 300.000 [estas cifras se refieren a cantidades de fruta] y nunca fallamos.

*Pregunta: Y, ¿cómo hace para no fallar?”*

**José Fidel Aldana Cortés:** Programamos con dos turnos, con más carros, con más fruta, eso se maneja, es manejable, yo tengo mucha experiencia en esa parte (...)

*Pregunta: es decir que una persona con experiencia en adición a lo que tiene como capacidad instalada ¿fácilmente podría?”*

**José Fidel Aldana Cortés:** Le puede dar el manejo<sup>280</sup>.

Así mismo, cuando se le preguntó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) respecto de la diferencia entre la infraestructura con la que cuenta **FAC S.A.S.**, en comparación con la de **DISFRUVER**, manifestó que:

*“Pregunta: ¿Conoce usted a una empresa que se llama Disfruver?”*

**José Fidel Aldana Cortés:** sí, claro. (...)

*Pregunta: Y, ¿qué sabe de las instalaciones, infraestructura de ellos?”*

<sup>278</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 30:48 a 31:22, parte I).

<sup>279</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 23:11 a 23:32).

<sup>280</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 25:06 a 26:16).

**José Fidel Aldana Cortés:** *También tiene muy buena infraestructura.*

**Pregunta:** *Comparada digamos con la de FACSAS, digamos ¿es más?*

**José Fidel Aldana Cortés:** *Es más grande que la de, de nosotros, nosotros somos nuevitos, a penas salimos al mercado.*

**Pregunta:** *¿Más grande que ustedes?*

**José Fidel Aldana Cortés:** *Sí, claro*

**Pregunta:** *Y además de las instalaciones, ¿ellos con que infraestructura cuentan? ¿ellos también tienen maquinaria?*

**José Fidel Aldana Cortés:** *Sí claro, ellos tienen maquinaria, tienen carros me imagino; hasta que conozco yo esa parte, casi no la conozco, yo conocía las bodegas cuando yo les entregaba refrigerios, tenía una bodega bonita, bien organizada, con todo, trabajaban bien, no sé si se han trasladado a otra, no la conozco<sup>281</sup>.*

De los apartes recién descritos se concluye que incrementar la capacidad instalada de una empresa con el propósito de aumentar el volumen de frutas que serán entregadas en un suministro es una cuestión fácil de implementar. Tanto así que una empresa pequeña como **FAC S.A.S.** está en capacidad de proveer hasta 350.000 frutas diarias, esto es, más de la mitad de las frutas requeridas para el proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

En el mismo sentido, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** declaró que, con el ánimo de competir para lograr la adjudicación de un contrato, habría empleado alguna estrategia para aumentar su capacidad instalada como sería (i) adecuar una planta diferente a la que ya operaba, sin incluir maquinaria para reducir costos, (ii) contratar personal que la operara y (iii) conseguir más proveedores que le “*fieran*”<sup>282</sup>. Incluso, en el mismo sentido, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) manifestó que para “*potencializar*”<sup>283</sup> el negocio de **ALIMENTOS DAZA** y para dar “*abasto*” con la producción de frutas tenía como estrategia trabajar en el día y hacer “*un turno noche*”<sup>284</sup>.

Lo anterior demuestra que, si en gracia de discusión se admitiera que **DISFRUVER** carecía de la suficiente capacidad instalada en su planta, tal circunstancia no comportaba un obstáculo insuperable. Téngase en cuenta que si se tratara de un escenario en el que existiesen los incentivos propios de un mercado competitivo resulta razonable considerar que **DISFRUVER**, como agente conocedor del mercado, hubiera podido implementar alguna estrategia para superar la falta de capacidad de producción de fruta fresca en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

No obstante lo anterior, como removieron la incertidumbre propia de la subasta a través de la conformación de la unión temporal, no encontraron incentivos para ser eficientes, mediante diseño e implementación, por ejemplo, de una estrategia como las expuestas precedentemente, que les hubiere permitido participar individualmente o, incluso, en una estructura plural con un agente ajeno al acuerdo, en el que hubiere tenido en cuenta su real capacidad de producción que se hubiera traducido en un mayor porcentaje de participación.

Lo señalado en precedencia resta valor demostrativo al documento suscrito por la ingeniera de alimentos de **DISFRUVER**, según la cual la capacidad máxima instalada de la planta de producción de esta empresa corresponde con 200.000 frutas diarias, pues aún si se

<sup>281</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 26:10 a 28:00).

<sup>282</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 1:23:31 a 1:26:00).

<sup>283</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 22:50, Parte II).

<sup>284</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 Alimentos Daza (Declaración de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 22:39 a 24:00, Parte II).

admitiera como cierto que tal volumen de frutas corresponde con la capacidad de dicha empresa, el documento referido nada dice respecto de la capacidad instalada que podría tener **DISFRUVER** si se decidiera a incrementarla con medidas relativamente sencillas como arrendar otra bodega o trabajar de noche, como lo plantearon otros agentes del mercado expertos en el suministro de las frutas. En efecto, dado que **FAC S.A.S** pasó de tener capacidad de 0 frutas a 120.000 para el momento de la adjudicación del proceso **LP-AMP-129-2016**, de 120.0000 a 170.000 para el momento de las adiciones, y podría, con relativa facilidad, de un día para el otro ampliar su capacidad para proveer 350.000 frutas diarias, resulta difícil de creer que **DISFRUVER** no podía incrementar su capacidad instalada para suministrar aproximadamente 550.000 frutas diarias<sup>285</sup> requeridas para atender las órdenes de compra derivadas del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Un último aspecto que da cuenta de lo anterior es que, cuando **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) le manifestó a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos objeto de investigación) que **DISFRUVER** estaba en capacidad de atender la totalidad del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, gran experto y conocedor del sector, le creyó.

La situación descrita, esto es, que agentes del mercado que no encuentran incentivos para diseñar, identificar y ejecutar estrategias que aumenten su eficiencia económica debido a que prefieren los beneficios producto de la coordinación con sus competidores, es precisamente lo que las normas del régimen de protección de la libre competencia económica reprochan, por cuanto tales conductas atentan contra la eficiencia económica. En otras palabras, un empresario independiente encuentra incentivos para optimizar sus procesos –como por ejemplo, trabajar de noche o rentar una bodega– y ser más eficiente en el mercado, mientras que en un cartel se presenta la situación totalmente opuesta, esto es, se pierden los incentivos para competir y ser eficientes, como se ha demostrado en esta investigación.

En definitiva, aún si en gracia de discusión se admitiera que la falta del concepto higiénico favorable del **INVIMA** y de capacidad instalada en la planta de **DISFRUVER** justificaban la conformación de una unión temporal, ello no logra desvirtuar que la motivación principal para su conformación obedeció a que esa compañía quería crear un escenario de no competencia con **ALIMENTOS DAZA**, quien habría sido su competidor directo en la subasta inversa de haberse presentado individualmente o conformando una unión temporal con otros empresarios.

Así mismo, aún si se tuvieran por acreditadas esas otras motivaciones, ello no logra desvirtuar que la inclusión de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, a través de su padre **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, no obedeció a ningún criterio técnico o financiero que reportara una ventaja competitiva a la estructura plural, sino a una “ayuda” que querían brindarle. Lo mismo ocurre respecto de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, habida cuenta que **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA** estuvieron dispuestos a incluirla sin que fuera necesaria su participación, al punto que cuando no pudo participar, los demás miembros de la unión temporal no realizaron alguna gestión para su reemplazo. Lo anteriormente descrito evidencia la naturaleza anticompetitiva de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**.

Por último, debe recordarse finalmente que la conformación de la unión temporal no fue una decisión espontánea que unos empresarios independientes tomaron en razón de las condiciones de un negocio. Por el contrario, la unión temporal analizada nace de un contexto de ilegalidad. En efecto, se trata de una figura asociativa celebrada entre los mismos participantes del acuerdo anticompetitivo que se acreditó en relación con el proceso **LP-AMP-129-2016**.

<sup>285</sup> Se advierte que esta cifra aproximada se obtuvo del volumen estimado diario de suministro de frutas identificado del modelo de costos de refrigerios del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, además **DISFRUVER** señaló que el suministro diario corresponde a 600.000 (Folio 2033 del cuaderno público No. 10).

### 5.6.3. De los argumentos de defensa propuestos por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**

Respecto del argumento de defensa propuesto por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y por **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, consistentes en que la motivación para la conformación de la unión temporal fue la de participar en un proceso de selección en el que individualmente no habrían podido hacerlo por no cumplir con los requisitos habilitantes, se advierte que no tiene la fuerza suficiente para derribar la conclusión de la Delegatura atinente a que la unión temporal fue un instrumento para falsear la competencia.

En relación con este particular, resulta necesario llamar la atención sobre un aspecto relevante para abordar la defensa propuesta. De acuerdo con el material probatorio, quien participó en el comportamiento anticompetitivo fue **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.

En efecto, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (representante legal de **DISFRUVER**) indicó que en las discusiones sobre la unión temporal quien participó fue **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>286</sup>.

Así mismo, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) indicó que a pesar de que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** presentó documentos para conformar la unión temporal, “no servía para licitar por algo y se tomó la decisión de que fuera don Héctor Hugo [Castelblanco Castelblanco]”<sup>287</sup>.

De allí que se halle razón a la defensa propuesta por **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, quien indicó que su participación en los hechos objeto de investigación se limitó a ofrecer su consentimiento para la conformación de la unión temporal por recomendación de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>288</sup>. En ese sentido, como lo manifestó en su declaración inicial y luego en la ratificación, no asistió a las reuniones en las que se acordó la conformación de la estructura plural y solo fue a una reunión en la “bodega de Nelson Daza” el día en que firmaron el documento de constitución de la unión temporal<sup>289</sup>.

En el mismo sentido, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** reconoció que **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** “nunca tuvo nada que ver”<sup>290</sup>, pues solamente le indicó “papá firme acá”<sup>291</sup>. De allí que no existan elementos de juicio que demuestren que **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** haya coordinado su comportamiento para limitar la competencia.

Ahora bien, en lo que respecta al comportamiento desplegado por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** es de resaltar que fue él quien coordinó su comportamiento en el proceso **LP-AMP-129-2016** para forzar la apertura de un nuevo proceso de selección con un precio unitario de las frutas que correspondiera con el valor al que aspiraban los

<sup>286</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 3:29:49 a 3:31:15 y 3:38:32 a 3:39:01).

<sup>287</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 2:48:52 a 2:49:36).

<sup>288</sup> Folio 2264 del cuaderno público No. 11.

<sup>289</sup> Folio 1629 del cuaderno reservado No. 9 Castelblanco (Declaración Héctor Hugo Castelblanco. Minuto 43:12). “Yo no estuve allá para ninguna reunión. Digamos el día que me tocó ir cuando el hijo [se refiere a Héctor Hugo Castelblanco] me dijo que... pues esto... cuando fui a firmar”. Folio 3683 del cuaderno público No. 16 (Declaración Héctor Hugo Castelblanco. Minuto 43:12) “Por eso le comente sumercé al comienzo, mi hijo tenía una empresa; no le alcanzó el papeleo para hacerla él y yo no estar en esto, pues uno por trabajar antes. Y cuando va ayudar a los hijos. Entonces me dijo: papá no alcanzan mis papeles; entonces como llevo mucho tiempo yo vendía a entidades como Éxito, Olímpica y nunca había tenía líos de nada. Entonces yo vendí a ellos”.

<sup>290</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 2:35:58).

<sup>291</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto 2:36:31).

investigados y, posteriormente, también participó en el comportamiento coordinado para generar un escenario de no competencia a través de la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Es por ello que el argumento propuesto por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, referente a que la motivación para la conformación de la unión temporal no perseguía una finalidad anticompetitiva, no está llamada a prosperar. Al respecto, si bien la defensa adujo que no cumplía con los requisitos financieros dentro del proceso de selección, no obran en el expediente elementos de prueba suficientes que expliquen cuál era necesidad técnica, financiera, tecnológica, de experiencia o capacidades que ofrecía este investigado a la unión temporal. Por el contrario, como se ha reiterado en este informe, su participación en la unión temporal correspondió a un favor por parte de los otros cartelistas que querían “ayudarlo”. Puestas de este modo las cosas, su participación en la unión temporal se explica en virtud del contexto que antecedió la apertura del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, esto es, el acuerdo anticompetitivo en el que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** participó en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**.

#### **5.6.4. De los argumentos de defensa alegados por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ y ALIMENTOS SPRESS**

**STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **ALIMENTOS SPRESS** no se pronunciaron respecto de la imputación fáctica consistente en que participaron en las reuniones para la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. Tan solo alegaron que no tuvieron injerencia en la conformación de la estructura plural, tanto así que no hicieron parte de esa figura asociativa<sup>292</sup>.

Respecto de este argumento, es de resaltar que, de acuerdo con los elementos de prueba recaudados durante la averiguación preliminar y que fueron expuestos en el numeral 5.5. de este informe motivado, se acreditó que si bien **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no hizo parte de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, sí participó en las reuniones y negociaciones en las que se decidió su conformación y el porcentaje de participación de los integrantes y, además, tuvo un papel determinante para lograr el resultado, pues fue quien contactó a las empresas participantes de la estructura plural, razón por la cual el argumento presentado por esta investigada resulta infundado.

Por último, resulta oportuno reiterar que hubiera resultado muy ilustrativo oír las explicaciones de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** en cuanto a su participación en los hechos objeto de esta investigación mediante la práctica de la ratificación de su declaración decretada mediante la Resolución No. 17635 de 2018. Sin embargo, en una primera oportunidad la investigada no concurrió en la fecha programada alegando enfermedad y presentando la excusa médica correspondiente<sup>293</sup>. Posteriormente, en la fecha en que fue reprogramada dicha audiencia no se presentó ella ni su apoderado y no explicaron las razones de su inasistencia<sup>294</sup>.

Recuérdese adicionalmente que, como se señaló en la resolución de apertura de investigación, la actitud de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** durante la declaración que rindió en averiguación preliminar se caracterizó por la renuencia a responder de manera clara y directa a las preguntas formuladas por la Delegatura, dar versiones contradictorias e inclusive hacer pasar como propio el equipo celular de otra persona y aportarlo con destino al expediente. Esta conducta procesal, sumada a su inasistencia injustificada a rendir declaración durante la etapa probatoria –y la de su apoderado, valga anotar–, deberá ser

<sup>292</sup> Folios 4325 y 4334 del cuaderno público No. 19.

<sup>293</sup> Folio 3442 a 3445 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de testimonio de Stella Téllez Hernández de 19 de abril de 2018.

<sup>294</sup> Folio 3677 y 3678 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de declaración de Stella Téllez Hernández de 04 de mayo de 2018.

tenida en cuenta como un indicio adicional en su contra en los términos del artículo 241 del CGP respecto de su responsabilidad en los hechos investigados.

#### 5.6.5. Conclusión respecto de la conducta de los investigados en el proceso SA-SI-140-AG-2017

Finalmente, en esta actuación administrativa se encontró acreditado que:

- a) Los mismos miembros del acuerdo anticompetitivo que se desarrolló en el escenario del proceso **LP-AMP-129-2016**, conformaron una unión temporal con el reconocido y ratificado objetivo de evitar la competencia en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**;
- b) Por lo menos uno de los investigados que conformó la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, esto es, **ALIMENTOS DAZA**, estaba en capacidad de presentar oferta como proponente individual y ejecutar el suministro de frutas establecido en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**;
- c) En lo que atañe a **DISFRUVER**, se acreditó que, como mínimo, cumplía con los requisitos habilitantes para presentar oferta y que, si hubiera tenido incentivos para ello, hubiera podido diseñar e implementar estrategias para ampliar su capacidad instalada;
- d) **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** fue incluido en la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** solo por “ayudarle” a **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, quien hizo parte del acuerdo anticompetitivo que afectó el proceso **LP-AMP-129-2016**. Además también quedó acreditado que no ofrecía ninguna ventaja a la unión temporal referida, por lo que su participación no era necesaria para la ejecución del contrato derivado del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**;
- e) Así mismo, pese a que la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** ha podido ejecutar el contrato sin la participación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, los miembros de la unión temporal estuvieron dispuestos a incluirla en estructura plural;
- f) También quedó acreditado que la determinación de los porcentajes de participación en la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** atendió al volumen del suministro de frutas que cada uno de sus miembros venía ejecutando con anterioridad a la convocatoria del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, precisamente porque la finalidad perseguida con la constitución de la unión temporal era que ninguno se quedara “sin trabajo”;
- g) Los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** coordinaron sus observaciones para incrementar los requisitos habilitantes del pliego de condiciones y así evitar, por un lado, que los miembros de la unión temporal pudieran presentarse individualmente y, por el otro, incrementar las barreras de acceso a otros competidores;
- h) En concordancia con lo que había ocurrido en sede del proceso **LP-AMP-129-2016**, procuraron influir a **FAC S.A.S.** para que no se presentara al proceso **SA-SI-140-AG-2017**; y
- i) Con el ánimo de preservar el acuerdo anticompetitivo, los miembros de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** suscribieron un documento por el cual determinaron una sanción para aquel que se presentara al proceso con otra figura plural o de manera independiente.

Frente a las circunstancias acreditadas, los investigados se han limitado a exponer razones adicionales que hubieran podido motivar la decisión de conformar la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. Valga resaltar que esas nuevas motivaciones sólo fueron expuestas una vez conocieron de la apertura de investigación y formulación de pliego de

cargos, pese a que desde la averiguación preliminar fueron consultados sobre estos aspectos.

Respecto de dichas motivaciones adicionales basta decir que, o son falsas, o no tienen prueba que las sustente de manera concluyente, o sencillamente son contrarias al acervo probatorio. Pero más importante: aún si en gracia de discusión se admitieran como ciertas y estuvieran debidamente probadas, estas nuevas motivaciones no tienen la vocación para desvirtuar el carácter anticompetitivo de la unión temporal.

En definitiva, los elementos de juicio recaudados en esta investigación indican que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados), **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **NÉSTOR ALEJANDO CASTELBLANCO GARCÍA** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** se coludieron en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Para tal efecto, las personas referidas adoptaron un comportamiento coordinado dirigido a incrementar las barreras de entrada al proceso de selección y a eliminar la competencia entre ellos mediante el abuso de la figura jurídica de la unión temporal, todo con el propósito de repartirse los beneficios económicos del contrato según su participación en el mercado. Todos estos comportamientos, por supuesto, revelan la renuncia a la rivalidad que debe caracterizar los procesos de selección por los beneficios derivados de la coordinación.

#### **5.7. De los efectos de las conductas investigadas respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016**

Aunque lo presentado hasta este punto en el informe es suficiente para demostrar la existencia de los comportamientos restrictivos imputados a los investigados y, en consecuencia, para imponer las sanciones previstas en la Ley, como se explicó en el numeral 10.3 de la resolución de apertura de la presente investigación, la Delegatura consideró relevante exponer los efectos negativos que las conductas anticompetitivas produjeron en el mercado. Es importante anotar que, para materializar ese propósito, no es necesario determinar si el precio estimado por **CCE** y la **SED** para el grupo de la frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016** estaba adecuadamente calculado o no.

Precisado lo anterior, se tiene que los investigados cuestionaron la existencia de los efectos atribuidos a las conductas que desplegaron, en especial lo relacionado con la declaratoria de desierto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y el aumento del precio de referencia en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** con fundamento en que, en su concepto, la abstención en la presentación de ofertas en el proceso **LP-AMP-129-2016** obedeció a que el precio de referencia de las frutas y hortalizas era "*sustancialmente bajo*"<sup>295</sup> en tanto que "*no daba ni para comprar la fruta*"<sup>296</sup>. En este sentido consideraron que "*el denominado acuerdo colusorio no fue otra cosa que una reacción unánime y justa a una propuesta injusta por parte de CCE*"<sup>297</sup>. Bajo ese entendido, señalaron que la causa del aumento del precio de las frutas y hortalizas en la subasta inversa **SA-SI-140-AG-2017** se debió al error que la entidad contratante cometió en el estudio de mercado que sirvió como fundamento para fijar el precio de referencia de las frutas en el primer proceso de selección, en razón a que este no reflejaba la realidad del mercado.

Una vez precisada la defensa propuesta por los investigados, se expondrán a continuación las razones por las cuales esta Delegatura considera que no tiene un fundamento adecuado y, en consecuencia, no logra desvirtuar la imputación formulada en esta investigación. En primer lugar, se indicarán los motivos por los cuales las defensas parten de unas premisas equivocadas. En segundo lugar, se expondrán los medios de prueba que demuestran que no es cierta la tesis formulada por los investigados relativa a la insuficiencia del precio de

<sup>295</sup> Folio 2296 del cuaderno público No. 11.

<sup>296</sup> Folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 1:27:22).

<sup>297</sup> Folio 2298 del cuaderno público No. 11.

referencia para la adquisición de la fruta en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**. En tercer lugar, se explicarán las razones por las cuales los dictámenes periciales que allegaron algunos investigados con el propósito de sustentar su defensa presentan falencias que impiden atribuirles valor demostrativo.

### **5.7.1. De las premisas equivocadas sobre las cuales se fundamentaron las defensas**

Como se anunció, la Delegatura advierte que la defensa de los investigados relacionada con el efecto imputado parte de varias premisas equivocadas que afectan finalmente la hipótesis sobre la que basaron sus defensas.

La primera premisa parte del hecho de que los investigados erradamente consideran que la presente actuación indaga sobre su responsabilidad administrativa por el simple hecho de que la mayoría de los segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*” del proceso **LP-AMP-129-2016** fueron declarados desiertos y que, en consecuencia, **CCE** y la **SED** decidieron aumentar el precio de referencia de las frutas para la subasta inversa **SA-SI-140-AG-2017**. Al respecto debe manifestarse que, como se explicó de manera clara en la resolución de apertura y se ha reiterado a lo largo del presente informe motivado, en este caso se investiga es la coordinación anticompetitiva entre los investigados y la conspiración entre ellos para forzar el incremento de los precios.

Precisado el yerro del que parten los investigados, se destaca que si, por circunstancias de mercado y en ausencia de colusión, nadie se hubiera presentado al proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y las entidades contratantes, luego de revisar el precio –libres de toda presión anticompetitiva coordinada por parte de los interesados en el proceso de selección referido–, hubieran decidido incrementarlo, no existiría reproche alguno por parte de esta Superintendencia. No obstante lo anterior, lo que se demostró en esta actuación fue la colusión en la que los investigados incurrieron para cumplir los objetivos acordados en un cartel. Se reitera que uno de los cartelistas expresamente reconoció que si los investigados se coordinaban para no presentarse y, en consecuencia, se declaraba desierto el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, “*la entidad tenía que reevaluar los precios*”<sup>298</sup>.

La segunda premisa equivocada que funda los argumentos de los investigados, parte del hecho que –en su concepto– si **CCE** y la **SED** hubieran calculado los precios de manera equivocada, tal circunstancia resultaría suficiente para legitimar a los empresarios a coludirse o “*reaccionar a una propuesta injusta*”<sup>299</sup>. Por el contrario, la ley de contratación contempla una serie de herramientas y derechos que, si no son utilizados mediante abuso o de manera coordinada entre competidores, habilitan a los empresarios para responder frente a una convocatoria con precios artificialmente bajos.

En el escenario planteado, los proponentes estaban en completa libertad de formular observaciones independientes para evidenciar el error que –en su concepto– se encontraba en la determinación del precio de referencia para el grupo de las “*frutas y hortalizas*” y, de manera autónoma, tomar una decisión independiente respecto de participar o no en el proceso de selección. Ahora bien, lo que claramente está prohibido por la ley, y en este caso se ha acreditado, es que los empresarios renunciaron a su independencia y autonomía empresarial y se reunieron para unificar conceptos, acordar planes de acción conjuntos y presionar de manera coordinada el alza de los precios de referencia.

La tercera premisa equivocada de la que parten los investigados consiste en que, en su concepto, al estar los precios de un proceso de selección mal calculados y por ende haber resultado artificialmente bajos, la conformación de un cartel para presionar el alza de estos precios no puede tener un efecto anticompetitivo. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta

<sup>298</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minutos 2:35:33 a 2:43:54).

<sup>299</sup> Cfr. Descargos Geimi Soleimi Daza Villar. Folio 2298 del cuaderno público No. 11.

que, aún en el caso en que en un proceso de selección se hubiesen formulado precios artificialmente bajos por un mal cálculo, sería igualmente reprochable el acuerdo de voluntades realizado para la conformación de un cartel empresarial.

Piénsese, por ejemplo, en un proceso de selección con tres proponentes (A, B y C) en el cual el precio contenido en los pliegos de condiciones es de \$1.000. Ahora, considere que ninguno de los tres proponentes (A, B y C) está dispuesto a participar en el proceso de selección pues: (i) el precio mínimo al que A está dispuesto a ejecutar el contrato es de \$1.100; (ii) el precio mínimo al que B está dispuesto a ejecutar el contrato es de \$1.200; y (iii) el precio mínimo al que C está dispuesto a ejecutar el contrato es de \$1.300. En un mercado competitivo, es decir, uno en el que no exista un cartel entre A, B y C, dichos proponentes pueden formular observaciones para que la entidad contratante suba los precios. En ese escenario, la entidad contratante tendría la posibilidad, por ejemplo, de contratar con A por ser el menor precio.

Por el contrario, si A, B y C adoptaran un comportamiento coordinado, podrían presionar mediante observaciones para que la entidad contratante incremente los precios a \$1.300. En este escenario: (i) C, que es el más ineficiente de los tres, podría ejecutar el contrato y generar utilidad; (ii) A y B podrían generar una ganancia supracompetitiva; y (iii) el Estado, en cualquiera de los casos, pagaría el precio más elevado con las consecuencias de detrimento del bienestar general asociado a ese escenario.

La situación recién ejemplificada corresponde con lo que sucedió en el caso objeto de investigación. En efecto, tal como lo afirmó **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), los investigados acordaron de manera coordinada un precio en desmedro de la eficiencia económica, en razón a que dentro del cálculo para determinar las expectativas conjuntas de todas las empresas –cada una con márgenes de utilidades diferentes– debían tener en cuenta incluso aquella empresa del cartel con costos más altos y, por ende, menos eficientes. Literalmente declaró que:

*“Pregunta: ¿Cuál era la expectativa de ustedes sobre la utilidad?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Eh, la utilidad está rondando entre el 5 y el 10%.*

*Pregunta: ¿Y en el tablero se consignaba esa expectativa así?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: No porque como todas las compañías son diferentes, entonces es difícil que X o Y dijera mi utilidad es el 10 o el 20 o el 30 porque éramos varias personas, ósea, no, **las compañías eran diferentes y cada una tenía sus costos diferentes**. Entonces, eh, era una expectativa de precio pero pues cada compañía miraba si sobre esa expectativa era la utilidad del 5, el 10 o 15, ósea eso era independiente. Era algo aproximado.*

*Pregunta: Dígame si es correcto el concluir lo siguiente: según le entiendo, la empresa que tuviera menos margen porque sus costos son más altos, se tuvo en cuenta a efectos de establecer el precio que ustedes pensaban era el adecuado y a partir de ahí entonces las empresas que fuesen más eficientes pues tendrían mayores utilidades ¿sí? porque sus costos podían ser inferiores.*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Podría ser, sí.*

*Pregunta: ¿Sí?”*

*Juan Pablo Fonseca Sánchez: Sí. (...)<sup>300</sup>.*

<sup>300</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (Declaración de Juan Pablo Fonseca Sánchez, PBC, minuto 36:30 a 40:00.

Esta afirmación, consistente en que producto del acuerdo anticompetitivo los miembros del cartel unificaron sus precios, fue corroborada por (i) las declaraciones rendidas por **ANDREA ROSAS DÍAZ**<sup>301</sup> (subgerente de **DISFRUVER**); **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**<sup>302</sup> (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**<sup>303</sup> (representante legal de **BESTCOLFRUITS**); (ii) las fotos del tablero en el cual dejaron constancia de los temas tratados en la reunión que tuvo lugar en el barrio Las Ferias<sup>304</sup>; y (iii) las observaciones coordinadas por los investigados que fueron presentadas en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**<sup>305</sup>.

En efecto, como se ha demostrado con suficiencia en este informe motivado, la presentación de observaciones en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** obedeció a un consenso que tenía por finalidad forzar el alza de los precios de referencia en el grupo de las “*frutas y hortalizas*” para asegurar la utilidad esperada por cada cartelista. Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que tales observaciones no se basaron en la estructura de costos que cada empresa tenía sino que se fundaron en el precio coordinado que obedecía a las expectativas conjuntas que les permitiera a todas alcanzar un margen de utilidad.

Puestas de este modo las cosas, la estrategia analizada implicó que empresarios con modelos de negocio más eficientes se comportaran a la par con aquellos que tenían uno menos eficiente, en desmedro del principio de eficiencia económica. Tal como lo explicó el único oferente que se presentó al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, la determinación de si el precio “*daba o no*” era un aspecto propio de cada modelo de negocio –según su eficiencia–, por lo que no podía generalizarse respecto de todos los interesados en el proceso de selección.

A continuación, la declaración que sobre este aspecto rindió el representante legal de **FAC S.A.S.** cuando se le preguntó sobre la invitación que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados) le hizo para participar en la reunión anticompetitiva, en la cual los investigados acordaron que no presentarían oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

*“Ramón Eduardo Otálvaro Melo: (...) 'que pena don Hugo pero a mí los precios sí me dan, si a usted no le dan, pues yo sí me voy a presentar'. Y yo le digo: 'primero, su empresa no está cerca de Abastos; segundo, usted tiene una infraestructura muy grande, la cantidad de empleados que tiene es mucha' pues porque él está acostumbrado a operar de otra forma y los costos son muy grandes”<sup>306</sup>.*

La anterior declaración –entre otros aspectos que se pueden entrever en el presente caso, como lo es la presión a un competidor que quería participar en el proceso– demuestra que, aún si en gracia de discusión se admitiera que los precios de referencia del proceso **LP-AMP-129-2016** estuvieron mal calculados por parte de las entidades contratantes, el cartel tenía la potencialidad de generar efectos anticompetitivos que terminaron, efectivamente, materializándose.

Una vez explicado que las premisas sobre las cuales los investigados sostuvieron sus defensas son erradas, la Delegatura demostrará que, en cualquier caso, no existen elementos de juicio que sugieran que el precio de referencia para el grupo de las “*frutas y hortalizas*” determinado en el proceso **LP-AMP-129-2016** –equivalente a \$274– era absurdo.

<sup>301</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER (declaración de Andrea Rosas Díaz, PBC. Parte I. Minuto 2:00:09).

<sup>302</sup> Folio 1592 del cuaderno público No. 8 (Declaración de José Fidel Aldana Cortés minuto 47:26 a 50:34).

<sup>303</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García, minuto 24:34 a 27:52).

<sup>304</sup> Folios 1586 a 1590 del cuaderno público No. 8, imágenes identificadas con Object ID 4418514, 4418515 y 4418516.

<sup>305</sup> Folios 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8 referente al proceso **LP-AMP-129-2016**. CCE clasificó las observaciones presentadas y sus correspondientes respuestas por temas así: “*económico*”, “*administrativo*”, “*jurídico*” y “*técnico*”.

<sup>306</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:06:36, parte I).

### 5.7.2. De las pruebas que demuestran que el precio no era insuficiente para cubrir los costos de adquisición de las frutas y hortalizas

El fundamento general del argumento de los investigados en relación con los efectos es que el precio no alcanzaba ni para comprar la fruta. A continuación se presentan los elementos de juicio que demuestran que el precio establecido en el proceso **LP-AMP-129-2016** no era insuficiente para cubrir los costos de la adquisición de las frutas para atender el suministro del **PAE**. Esta explicación, por supuesto, se hace a pesar de que la Delegatura no está obligada a demostrar los efectos generados por el comportamiento coordinado de los investigados en razón a que, tal como se evidenció, ya está acreditado el objeto anticompetitivo del acuerdo.

En efecto, en esta actuación administrativa se tiene acreditado que el precio de referencia sí era suficiente para comprar las frutas requeridas por las órdenes de compra con destino al **PAE**. Sobre este aspecto se resalta que el precio promedio al cual estaba comprando la fruta **FAC S.A.S.** –único oferente dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**– para atender las órdenes del proceso de selección en comento era inferior al precio de referencia establecido por la entidad contratante.

Sobre el particular, llámese la atención que de acuerdo con la declaración rendida por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante Legal de **FAC S.A.S.**), **FAC S.A.S.** compró las frutas “como a 220 - 230 [pesos] en promedio”<sup>307</sup>, valor que resulta inferior al precio unitario de referencia establecido (\$274) en el pliego de condiciones del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Esa afirmación, valga aclararlo, fue corroborada en la ratificación de su declaración rendida en etapa probatoria<sup>308</sup>.

La recién anotada afirmación fue también corroborada al analizar la información que reposa en el expediente, específicamente (i) la relación de las facturas de compra aportadas<sup>309</sup> por **FAC S.A.S.**; (ii) los documentos de soporte<sup>310</sup> de las compras que esa empresa realizó para la ejecución de las órdenes de compra de abril y mayo de 2017<sup>311</sup>; y (iii) la información del registro de ventas de **ALIMENTOS DAZA**<sup>312</sup>, quien fue el mayor proveedor de **FAC S.A.S.** para ese período. En este análisis se pudo corroborar que el precio promedio simple de compra de **FAC S.A.S.** obtenido a partir de todas las compras reportadas entre abril y mayo de 2017 fue de \$220, que arroja un margen utilidad bruta del 19%.

Ahora bien, si en lugar de calcular el promedio simple se calcula el promedio ponderado por volumen de compra –es decir, teniendo en cuenta que las frutas más baratas son las que se compraban en mayor volumen–, se evidencia que el precio de compra de dicha empresa fue de \$193 por fruta, lo que deviene en un margen de utilidad bruto estimado para la ejecución del proceso **LP-AMP-129-2016** del 29%.

Por otra parte, tal como se expuso en este informe motivado, uno de los proveedores de **FAC S.A.S.** fue **ALIMENTOS DAZA**, quien le vendió a un precio inferior al precio de referencia establecido para el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En efecto, al analizar las facturas del libro de ventas de **ALIMENTOS DAZA** se advierte que el precio promedio al que compró **FAC S.A.S.** las frutas a esta empresa fue aproximadamente de \$237, como se muestra a continuación:

<sup>307</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No 1 de **FAC S.A.S.** (Declaración de Ramón Otálvaro Melo minuto 1:12:26 Parte II).

<sup>308</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 20:10, parte I).

<sup>309</sup> Cuadro en Excel que contiene la relación de facturas de compra por proveedor, suscrita por el contador de la sociedad, folio 43 del cuaderno reservado No 1 de **FAC S.A.S.**

<sup>310</sup> Copia de facturas de compra, folios 60 al 104 y folios 188 al 191 del cuaderno reservado No 1 de **FAC S.A.S.**

<sup>311</sup> Folios 54-57 del cuaderno reservado No. 1 **FAC S.A.S.**

<sup>312</sup> Registro de ventas de **ALIMENTOS DAZA**, 2016-2017, folio 1529 del cuaderno reservado No 8 de **ALIMENTOS DAZA**.

**Precios de referencia contrastados con los precios de compra de frutas por parte de FAC S.A.S.**

Fruta	Precio de Referencia Pliego Definitivo	Precio promedio de Compra de FAC SAS a Alimentos Daza	Diferencia del precio del pliego vs Precio Promedio de Compra de FAC S.A.S	Ventas de FAC S.A.S	Utilidad Bruta de FAC SAS
Banano	274	145	129	273	128
Durazno		380	-106	273	-107
Granadilla		230	44	273	43
Mango		270	4	273	3
Manzana		230	44	273	43
Pera		165	109	273	108
<b>PRECIO PROMEDIO DE FRUTA</b>		<b>274</b>	<b>237</b>	<b>37</b>	<b>273</b>

Fuente: Elaboración SIC con base en información del expediente.

Lo anterior indica, por un lado, que **ALIMENTOS DAZA** le vendió a **FAC S.A.S.** sus productos a un precio 14% inferior al que le habría podido vender a **CCE** y la **SED** de haber participado en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y, por otro lado, que el precio de referencia de las frutas resultaba suficiente para la adquisición de la materia prima al arrojar un margen de utilidad bruto positivo tanto para **FAC S.A.S.** como para **ALIMENTOS DAZA**.

Es más, si se calcula el precio promedio de ventas ponderado de **ALIMENTOS DAZA** a **FAC S.A.S.**, esto es, teniendo en cuenta el volumen de venta de cada fruta<sup>313</sup>, se advierte que el valor fue de \$175, esto es, un 36% inferior al que le habría podido vender **ALIMENTOS DAZA** a la **SED** de haber ofertado en el proceso de selección en comento, tal como se muestra a continuación:

**Cantidad, valor unitario y valor total de las facturas de compra de FAC S.A.S.**

FECHA	FACTURA	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD FRUTA	VR UNID X FRUTA	VALOR TOTAL
10/04/2017	11820	BANANO	150.000	\$ 140	21.000.000
10/04/2017	11820	BANANO	44.000	\$ 140	6.160.000
25/04/2017	11821	BANANO	14.120	\$ 140	1.976.800
11/05/2017	11981	BANANO	192.062	\$ 160	30.729.920
06/05/2017	11889	DURAZNO	26.295	\$ 380	9.992.100
09/05/2017	11913	GRANADILLA	1.500	\$ 230	345.000
07/05/2017	11899	GRANADILLA	168.621	\$ 230	38.782.830
25/04/2017	11821	MANGO	28.880	\$ 270	7.797.600
10/04/2017	11822	MANGO	200	\$ 270	54.000
10/04/2017	11822	MANZANA	14.120	\$ 220	3.106.400
06/05/2017	11889	MANZANA	8.508	\$ 240	2.041.920
25/05/2017	12021	PERA	163.080	\$ 150	24.462.000
10/04/2017	11820	PERA	43.000	\$ 190	8.170.000
06/05/2017	11888	PERA	184.217	\$ 160	29.474.720
21/04/2017	FACTURA 11879-LIBRO VENTAS INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAZA	PERA	192.000	\$ 160	30.720.000
PROMEDIO PONDERADO				175	

Fuente: Elaboración SIC con base en información del expediente.

Sobre este aspecto, cabe resaltar que la defensa de **ALIMENTOS DAZA** manifestó que la venta realizada a **FAC S.A.S.** para atender el suministro del contrato a un precio inferior de \$274 solo pudo sostenerse durante el mes abril de 2017 y para 3 de las 12 frutas solicitadas por el pliego de condiciones, con fundamento en que "las cosechas de la mayoría de estas frutas estaba terminando y para los meses siguientes sobrepasarían el precio de \$274"<sup>314</sup>.

<sup>313</sup> Se destaca que para realizar el precio promedio ponderado de venta de frutas de **ALIMENTOS DAZA** a **FAC S.A.S.** no se tuvieron en cuenta las facturas Nos. 11851 y 11945, en razón a que la factura no individualizaba el precio por unidad de fruta.

<sup>314</sup> Folio 2308 del cuaderno público No. 11.

Sobre este punto la Delegatura advierte que el argumento de defensa propuesto no tiene un fundamento adecuado y, además, resulta ser contrario con el material probatorio que reposa en el expediente. En primer lugar se debe resaltar que la estructuración para el grupo de frutas y hortalizas fue modificado, de un precio de referencia para cada una de las frutas a un precio de referencia para todo grupo, para que el contratista, con base en su experticia en el mercado, suministrara la fruta<sup>315</sup>, ajustada a la rotación, que mejor se adaptara en cada momento según el ciclo de cosechas. Con tal regla de suministro se garantizaba que aquella fruta que por factores de escasez se encontrara muy costosa no debiera ser necesariamente suministrada y, por otro lado, que aquella fruta que se encontraba económica producto de la cosecha fuera suministrada.

En segundo lugar, debe resaltarse que una vez revisado el reporte de ventas de **ALIMENTOS DAZA**<sup>316</sup>, esta empresa vendió a **FAC S.A.S.** 6 de las 12 frutas<sup>317</sup> integrantes del grupo de las “*frutas y hortalizas*” para la ejecución del contrato derivado del proceso **LP-AMP-129-2016**. Asimismo, se acreditó que estas ventas no solo ocurrieron durante el mes de abril de 2017 –momento para el cual, según afirma **ALIMENTOS DAZA**, se encontraban terminando la cosecha–, sino que, al analizar las facturas de ventas de **ALIMENTOS DAZA** se evidenció que para el mes siguiente, esto es, mayo de 2017, esta empresa vendió a **FAC S.A.S.** y a otros clientes frutas por un precio inferior a \$274, pese a que según su afirmación había terminado la cosecha.

En efecto, a partir del registro de ventas de **ALIMENTOS DAZA** se evidencia –a manera de ejemplo– que una de las frutas vendidas a **FAC S.A.S.** para abril de 2017 fue el mango con un precio de venta por unidad de \$270. Esta misma fruta, de acuerdo con el reporte de ventas correspondiente al mes siguiente, es decir, mayo de 2017, fue vendida a otro de sus clientes<sup>318</sup> a \$200, es decir, \$70 por debajo del precio vendido a **FAC S.A.S.**

Del mismo modo, otro ejemplo que evidencia que el argumento propuesto por la defensa carece de un sustento adecuado, se obtiene a partir del libro de ventas de **ALIMENTOS DAZA**, en el cual se observa que esta empresa vendió en el mes de abril frutas como banano, mango y pera, y luego, en el mes de mayo, también suministró esas mismas frutas con una disminución del precio de venta del 5%, 38% y 31%<sup>319</sup>, respectivamente. Puestas de este modo las cosas, resulta claro que las ventas a un precio inferior a \$274 no se realizaron únicamente durante el mes de abril porque en mayo también se advierte que hubo venta de estas frutas incluso con un valor menor. Así, es razonable concluir que la determinación de los precios de venta, por lo menos para este período, no obedeció a los factores expuestos por **ALIMENTOS DAZA**.

Por otra parte, la relación de facturas de compra aportada<sup>320</sup> por **FAC S.A.S.** también revela que **ALIMENTOS DAZA** no fue el único proveedor que le vendió a aquella empresa frutas por un precio inferior a \$274 pesos. De allí se destaca que otros proveedores de **FAC S.A.S.** durante el período de abril a mayo de 2017 le vendieron a un precio inclusive inferior a los ofertados por **ALIMENTOS DAZA**<sup>321</sup>. Esta circunstancia fue precisamente lo que permitió a **FAC S.A.S.** obtener –como ya se advirtió– un promedio de compra de \$193.

<sup>315</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (declaración de Camilo Gutiérrez CCE, minuto 17:00). Sobre este aspecto declaró que: “*las frutas, las opciones de fruta que está en el pliego, era para que justamente ellos la rotarán de acuerdo con la oferta del mercado y no estuvieran atados exclusivamente a un banano (...)*”

<sup>316</sup> Folio 1529 del cuaderno reservado No. 8 de **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>317</sup> En el libro de ventas de **ALIMENTOS DAZA** se constata que vendió a **FAC S.A.S.** banano, durazno, granadilla, mango maduro, manzana nacional y pera.

<sup>318</sup> **PROALIMENTOS LIBER S.A.S.**, contratista del PAE venta realizada mediante factura de venta No 12036 de 15 de mayo de 2017, folio 1529 del cuaderno reservado No 8 de **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>319</sup> Porcentaje calculado con base en el libro de ventas de **ALIMENTOS DAZA**, meses de abril y mayo de 2017, de acuerdo al precio promedio calculado con las facturas de venta realizadas a **Proalimentos Liber S.A.S.**, folio 1529 del cuaderno reservado No 8 de **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>320</sup> Cuadro en Excel que contiene la relación de facturas de compra por proveedor abril y mayo de 2017, suscrita por contador de la sociedad, folio 43 del cuaderno reservado No 1 de **FAC S.A.S.**

<sup>321</sup> Por ejemplo, en el caso de la granadilla se advierte que **ALIMENTOS DAZA** vendió esta fruta a **FAC S.A.S.** a \$230, mientras otros proveedores le vendieron en promedio a \$196 (facturas de compra Nos 346 y 344) y a \$216 (factura de

Lo anteriormente descrito revela que, por un lado, **ALIMENTOS DAZA** bien pudo aprovechar su margen de intermediación como proveedor para aumentar el margen bruto de utilidad en caso de que hubiera presentado oferta y, por otro lado, se evidencia que adquirir las frutas con las características técnicas que se requieren para el suministro del **PAE** a un precio inferior a \$274 no era una circunstancia inusual en el mercado. En efecto, como quedó visto, los proveedores de **FAC S.A.S.**, e incluso **ALIMENTOS DAZA**, pudieron vender a un precio inferior al establecido en el pliego de condiciones del mencionado proceso de selección, lo que evidencia que el precio de referencia no era “*sustancialmente bajo*” al punto que no alcanzaba para comprar la fruta.

Hasta este punto está acreditado que el precio de referencia del proceso **LP-AMP-129-2016** –criticado por los investigados– no era absurdo al punto que no alcanzaba para comprar la materia prima. Con esto se derrumba la premisa fundamental del argumento esgrimido por las partes en relación con el precio. Esta circunstancia, sumada al hecho de que los elementos configurativos de la conducta están plenamente probados –y que no es necesario referirse a los efectos– sería suficiente para descartar la defensa de los investigados.

Sin perjuicio de lo anterior, los elementos probatorios que reposan en el expediente señalan con claridad, a juicio de esta Delegatura, que el precio no solo alcanzaba para comprar la fruta, sino que dicho precio era potencialmente atractivo, toda vez que podría dejar una utilidad nada despreciable a las empresas que ejecutaran el programa.

### **5.7.3. De las pruebas que demuestran que el precio podía ser atractivo y potencialmente rentable para los proponentes**

De ser cierto que los precios eran tan absurdos que ningún competidor podía percibir utilidad alguna de la ejecución del contrato como alegan los investigados, no existiría ninguna incertidumbre que debiera ser removida al momento de tomar la decisión de participar o no en un proceso de selección, pues sería claro que nadie se presentaría y el proceso sería declarado desierto. En caso contrario, si el contrato tenía –al menos– la potencialidad de generar una utilidad, así fuera pequeña, aquellos empresarios que decidieran no presentarse al proceso de selección corrían el riesgo de que otras empresas sí se presentaran y les fuera adjudicado el contrato. Esto dejaría, por supuesto, por fuera del mercado a quienes corrieran el riesgo de no presentarse, toda vez que la entidad contratante no se vería obligada a dar apertura a un nuevo proceso de selección.

Este riesgo de perder la oportunidad de participar en el mercado, como la incertidumbre de no conocer cuál va a ser el comportamiento del competidor, resultan ser el núcleo mismo de la economía de mercado y la esencia de la rivalidad existente en un ambiente de libre competencia económica. En efecto, estos dos factores motivan a los empresarios para que se esfuercen por presentar las mejores ofertas posibles ante cada una de las contingencias derivadas de los escenarios de incertidumbre propuestos.

En el caso objeto de examen, tal como ha quedado acreditado, el precio de referencia del grupo de las “*frutas y hortalizas*” ofrecido en el proceso **LP-AMP-129-2016** tenía como mínimo la potencialidad de generar utilidades. Esto inevitablemente generaba una incertidumbre en quienes estaban interesados en ejecutar el programa, por lo que se vieron abocados a remover la mentada incertidumbre de manera ilegal, a través de la celebración de un acuerdo anticompetitivo para coordinar su actuación en el proceso de selección en comento.

---

compra Nos. 700, 754, 753, 760, 761, 698, 694, 690, 695, 699). Del mismo modo para el caso del mango, se advierte que **ALIMENTOS DAZA** vendió esta fruta a **FAC S.A.S.** a \$270, mientras otros proveedores le vendieron en promedio a \$173 (facturas de compra Nos. 9 y 14).

De hecho, ha quedado acreditado que los cartelistas sostuvieron dos encuentros para discutir los precios y las condiciones técnicas del grupo de las “*frutas y hortalizas*” en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y, como si fuera poco, procuraron influir en la decisión de **FAC S.A.S.** para que esta no presentara oferta y, posteriormente, que no la subsanara. En efecto, este comportamiento tenía como propósito derribar la incertidumbre a fin de tener certeza sobre el proceder de los posibles competidores y la materialización de su conducta, como lo fue la esperada declaratoria de desierto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

Si fuera cierto que los precios establecidos en el proceso **LP-AMP-129-2016** eran tan absurdos que ninguna empresa estaría interesada en participar en el proceso, no se explica la razón por la cual unos concededores del mercado se dan a la tarea de reunirse justamente con sus competidores para discutir precios que consideraban irracionales ni, mucho menos, para darse garantías mutuas de que ninguno de esos agentes del mercado, convencidos como supuestamente estaban de lo absurdo de las condiciones planteadas por la entidad contratante, decidiría participar en una actividad que con tanta certeza solo dejaría pérdidas para quienes, con una supuesta carencia absoluta de criterio y de sentido común, se atrevieran a presentar oferta.

En un caso de similares contornos, la Comisión de las Comunidades Europeas estimó que, el argumento formulado por los integrantes de un cartel, consistente en el hecho de que el acuerdo fraguado no resultaba restrictivo de la libre competencia, en tanto que, si dicho acuerdo no se hubiera materializado, el mercado hubiera seguido igual, resultaba irrelevante. En sustento de esa conclusión, la autoridad explicó que la circunstancia de que las partes consideraran necesario celebrar acuerdos que mantuvieran el *statu quo* o limitaran el ingreso en el mercado de un proveedor en particular, evidencia que las condiciones del mercado podían haber sido diferentes si el juego libre de la competencia se hubiera permitido<sup>322</sup>.

Sobre el particular, recuérdese que el análisis de los precios de compra de las frutas por parte de **FAC S.A.S.** durante la ejecución del contrato resultante del proceso **LP-AMP-129-2016** –que se presentó en el anterior numeral–, arrojó al calcular el promedio ponderado por volumen de compra un margen de utilidad bruto para **FAC S.A.S.** del 29%. Téngase en cuenta que el costo de la fruta es el principal elemento de la estructura de costos para la operación del suministro del **PAE**, pues este comporta un costo directo de la ejecución, tal como se evidencia en el estudio de mercado realizado para proceso **LP-AMP-129-2016**<sup>323</sup>.

También se destaca que, si no hubiese existido la necesidad de remover la incertidumbre en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, los investigados no se habrían visto en la necesidad de presionar al único agente del mercado que efectivamente presentó oferta en el proceso mencionado y quien, finalmente, resultó adjudicatario de los 30 segmentos para el grupo de las “*frutas y hortalizas*”.

Sobre este particular, los investigados sostuvieron que **FAC S.A.S.** era una empresa “*aparecida*”<sup>324</sup>, inexperta y que desconocía el mercado del suministro de las frutas y hortalizas con destino al **PAE**. Esta circunstancia –en su concepto– justificó que esa empresa hubiera presentado oferta pese a la existencia de un supuesto error en el cálculo del precio de referencia. Al respecto, las pruebas recaudadas en esta actuación administrativa

<sup>322</sup> Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, decisión de 23 de noviembre de 1984. Official Journal L/035 de 07 de febrero de 1985. P. 0001-0019, el cual puede ser consultado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985D0074&from=EN>

<sup>323</sup> Estudio de mercado del proceso **LP-AMP-129-2016**, pág. 8, en el cual se destaca que en la “*estructura de costos para la modalidad refrigerios Bogotá*” los costos directos, entre los cuales se incluye la adquisición de la fruta, son los que mayor peso tienen. Ahora bien, respecto a que el costo de la fruta es uno de los factores que destaca por su relevancia en la estructura de costos, se advierte que esta información fue corroborada por **FAC S.A.S.** Cfr. Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 1:03:20, parte I) y folio 3524 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Geimi Soleimi Daza Villar minuto 31:31 a 32:22).

<sup>324</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 47:53 parte I).

demuestran que **FAC S.A.S.** cuenta con accionistas y colaboradores con un amplio conocimiento y experticia en el mercado de las frutas y en procesos contractuales del **PAE**, lo que les permitió evaluar desde el punto de vista financiero, jurídico y técnico las condiciones del proceso de selección y, en consecuencia, decidir de manera independiente y autónoma que **FAC S.A.S.** presentaría oferta en la licitación **LP-AMP-129-2016**.

En efecto, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, representante legal de **FAC S.A.S.**, cuenta –como ingeniero industrial– con conocimiento en comercialización de frutas<sup>325</sup> y con experiencia en la logística que se requiere para atender el suministro de frutas en el **PAE**, precisamente por su trayectoria profesional en empresas dedicadas a este programa<sup>326</sup>.

Asimismo, **FAC S.A.S.** cuenta con **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, quien funge como consultora y accionista de aquella persona jurídica por su amplia experiencia en procesos de contratación estatal sobre el **PAE** a nivel nacional<sup>327</sup> y, además, porque ha asesorado a múltiples empresas del mercado de refrigerios del **PAE**<sup>328</sup>.

Además, **FAC S.A.S.** también cuenta con la participación de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), quien ha sido comerciante por más de 30 años en temas relacionados con las frutas y quien, adicionalmente, ha trabajado en la Central de Abastos de Bogotá, **CORABASTOS**<sup>329</sup>. Sobre este aspecto llámese la atención de que incluso otro proveedor de frutas en el mercado, como lo es **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (distribuidor de frutas de operadores del Programa **PAE** Bogotá), reconoció a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) como una persona de amplísimo conocimiento en este mercado, al punto de afirmar que *“es de las personas que más conoce en el país, en donde ponen las garzas, es decir, en donde está la cosecha, él conoce mucha gente, es decir, es un baquiano de esto”*<sup>330</sup>. Precisamente, atendiendo a su amplia experticia en el suministro de frutas para el **PAE** fue contactado por **FAC S.A.S.** para encargarse de la obtención de *“proveedores estratégicos”* que le vendieran a esta empresa las frutas requeridas para atender el suministro derivado del acuerdo marco de precios<sup>331</sup>.

Así las cosas, el argumento de que la sociedad **FAC S.A.S.** se hubiera constituido en diciembre de 2016<sup>332</sup> resulta irrelevante para determinar la experticia de esta empresa, porque lo cierto es que quienes la conforman son verdaderos expertos en el mercado. Es más, la capacidad de una empresa no puede medirse por la fecha en que fue constituida, sino por la calidad de aquellos quienes la conforman y operan día a día.

De hecho, la rentabilidad potencial del negocio fue expresamente reconocida por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), quien explicó que los precios para el grupo de las *“frutas y hortalizas”* en el proceso de selección **LP-AMP-**

<sup>325</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 03:12, parte I).

<sup>326</sup> Téngase en cuenta que trabajó con D&C LOGÍSTICA, empresa a través de la cual le presentaban soluciones a diversos operadores logísticos del **PAE**, así como en FUNDALIMENTOS, con quien ejecutaba contratos para proveer refrigerios del **PAE**.

<sup>327</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 11:02).

<sup>328</sup> Algunas de ellas son Aerodelicias, Pronutrimos, Internacional de Negocios, Cooprosperar, Capitaliños, Hacia un valle solidario, Alianza Caribe, Empeñando y Catalimentos. Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minutos 3:43 y 12:02).

<sup>329</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 3:00).

<sup>330</sup> Folio 3692 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Luis Albeiro Torres, minuto 2:40:37).

<sup>331</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 17:49 a 19:28, parte I). Sobre este aspecto, expresamente destacó que José Fidel Aldana fue contactado porque sería su *“proveedor estratégico”*, quien conoce ampliamente del mercado de las frutas en tanto *“sabe, digamos, en qué fecha podemos tener cosecha, el comportamiento que puede tener el precio y hasta cuándo se puede mantener, entonces es una experiencia que podía servir en ese momento”*. Así mismo, señaló que José Fidel Aldana *“conoce mucho agricultor, mucho proveedor directo y en la plaza”*.

<sup>332</sup> Folio 2327 a 2346 del cuaderno público No. 11.

**129-2016** “*siempre han dado*”<sup>333</sup>. De allí que **FAC S.A.S.** hubiera podido cumplir siempre con las órdenes de compra. Literalmente la declarante afirmó lo siguiente:

**“Pregunta:** Pero entonces, al final su conclusión de la ejecución antes de ajuste de los precios, ¿es que los precios daban o no daban? ¿Cómo dice usted?

**Ligia Amira del Pilar Cobos Guevara:** Tal como lo he venido manifestando, siempre han dado”<sup>334</sup>.

Otro elemento de juicio que acredita que el precio de referencia no era “*sustancialmente bajo*” hace referencia a la ejecución contractual que tuvo el único oferente adjudicado del grupo de las “*frutas y hortalizas*”, **FAC S.A.S.**, quien no sólo ejecutó lo correspondiente a los 5 segmentos que le fueron adjudicados, sino que llegó a suministrar la fruta que correspondía aproximadamente a 7 segmentos. Sobre este aspecto, **JUAN DAVID VÉLEZ BOLÍVAR** (contratista de la **SED** – Coordinador del **PAE**) declaró que entre el 17 de abril y cerca del 7 de mayo de 2017 **FAC S.A.S.** atendió aproximadamente 7 segmentos, que corresponden con casi un 40% adicional de lo que le fue adjudicado<sup>335</sup>.

Ahora bien, ese conocimiento y experticia en el mercado de suministro de las frutas para el **PAE** por parte de **FAC S.A.S.** se vio reflejado en el cumplimiento del contrato derivado del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En efecto, según en el informe de supervisión del “*contrato CCE-542-1-AMP-2017 Acuerdo Marco para el suministro de alimentos para la operación del PAE por parte de la SED*”<sup>336</sup>, **FAC S.A.S.** tuvo un desempeño general calificado con 98.35% y no fue objeto de sanciones por incumplimientos. La anterior circunstancia fue corroborada por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**), quien manifestó que “*a la fecha [de su declaración] la Secretaría de Educación y Colombia Compra, y la interventoría Consorcio Empresarial 2017 no ha tenido el primer descuento para Frutas y Alimentos de Colombia [FAC S.A.S.]*”<sup>337</sup>.

Otro elemento de juicio que corrobora que el proceso **LP-AMP-129-2016** generaba utilidades en lo que respecta al grupo de las “*frutas y hortalizas*” es la declaración de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**). En esta declaración, el deponente afirmó que inicialmente había proyectado que **FAC S.A.S.** obtuviera una utilidad cercana a los \$80.000.000 de pesos mensuales<sup>338</sup>, pero durante la ejecución del suministro de los primeros tres meses (abril, mayo y junio de 2017) esta rondó los \$50.000.000 mensuales. Para fundar tal afirmación, el declarante repasó los ingresos obtenidos –producto de las facturas de venta de **FAC S.A.S.**– y los costos y los gastos que se habían ejecutado en el período referido, así: (i) facturas de venta de **FAC S.A.S.**<sup>339</sup>; (ii) compra de materia prima; (iii) gastos de nómina; (iv) honorarios que debían percibir **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**); **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**) y la contadora; (v) arriendo de la bodega en la cual operaba la planta de **FAC SAS**; (vi) pago de transporte; (vii) pago de servicios públicos y (v) pago de impuestos y estampillas<sup>340</sup>.

<sup>333</sup> Folio 3536 del cuaderno público No 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 1:34:46). En dicho minuto manifestó la declarante que los precios le daban “*a punto que se subsana y se presenta la oferta*”.

<sup>334</sup> Folio 3536 del cuaderno público No 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 1:50:58 a 1:51:19).

<sup>335</sup> Folio 3695 del cuaderno público No. 17 (Declaración de Juan David Vélez Bolívar, minuto 1:10:32).

<sup>336</sup> Véase el contenido del Informe de Supervisión del contrato CCE-542-1-AMP-2017: actividad y resultados del Acuerdo Marco realizado por la interventora Consorcio Empresarial 2017, entre el 15 de marzo de 2017 y el 30 de junio de 2018 el cual puede ser consultado en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.114833&isModal=true&asPopView=true>

<sup>337</sup> Folio 3536 del cuaderno público No 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 15:14).

<sup>338</sup> Cfr. folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ramón Otálvaro Melo, minuto 47:03 a 48:02).

<sup>339</sup> Las facturas a las que hizo referencia la declaración y que sumadas fueron incluidas en el rubro de ingresos se pueden consultar en los folios 51 al 59 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S.

<sup>340</sup> Cfr. folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ramón Otálvaro Melo, minuto 35:50 a 48:12). En síntesis, en este aparte de la declaración, Ramón Eduardo Otálvaro realizó unas operaciones aritméticas para determinar la utilidad percibida en los primeros tres meses de ejecución y advertir que el margen de utilidad para ese período correspondía con \$50.000.000.

En concordancia con lo anterior, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del PAE y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) manifestó que antes de que **CCE** y la **SED** accedieran a la revisión del contrato, **FAC S.A.S.** obtuvo una utilidad cercana al 10% y luego de que las entidades contratantes incrementaran el precio unitario de la fruta a \$397 en el contrato que venía ejecutando esta empresa, la utilidad incrementó a un 40%. La anterior declaración cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el acuerdo realizado entre **FAC S.A.S.** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del PAE y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), este último proveedor participaría de las utilidades, por lo que resulta razonable considerar que tal aspecto era de pleno conocimiento del declarante dado su interés en el negocio<sup>341</sup>. A continuación su declaración:

*"Pregunta: Y entonces sígame contando qué ocurre, usted va se reúne con ellos, llegan a la conclusión que el precio sí da y ¿qué pasa inmediatamente después?"*

*José Fidel Aldana Cortés: Entonces me preguntan que si da, esa noche se cerraba la licitación y..., y me llamó la doctora Ligia y Ramón, que ellos se iban a presentar, y yo les dije: háganle, que yo miro cómo les consigo la fruta, que yo no iba a dejar perder plata, yo les dije: yo creo que no pierden plata, no se asusten.*

*Pregunta: ¿Usted les dijo eso?"*

*José Fidel Aldana Cortés: Y hasta, hasta que se sabe, plata no se perdió.*

*Pregunta: ¿Plata no se perdió?"*

*José Fidel Aldana Cortés: No.*

*Pregunta: ¿De cuánto fue más o menos la utilidad?"*

*José Fidel Aldana Cortés: En ese tiempo debía estar por ahí en un 10%.*

*Pregunta: ¿Y ahora después que se hizo la modificación por precio?"*

*José Fidel Aldana Cortés: Ahorita la utilidad esta volada.*

*Pregunta: ¿Por cuánto?"*

*José Fidel Aldana Cortés: 40% por ahí<sup>342</sup>.*

Así, afirmar que los precios del proceso **LP-AMP-129-2016** eran absurdos al punto que nadie tendría interés en participar carece de sustento lógico y probatorio en la medida que: (i) está demostrado que durante la ejecución del contrato el margen bruto entre el precio de compra ponderado a los proveedores y el precio pagado por la **SED** era del 29%; (ii) uno de los empresarios que le vendió fruta a **FAC S.A.S.** era precisamente **ALIMENTOS DAZA**, lo que indica que esta última empresa estaba en la capacidad de conseguir la fruta aún más barata que **FAC S.A.S.**; (iii) una empresa constituida por expertos en el mercado de frutas, pese a las presiones por parte de los investigados, se presentó al proceso, resultó adjudicataria y ejecutó el programa sin mayores dificultades; y por último, (iv) si los precios hubieran sido absurdos y era imposible que el contrato generara utilidad, cuál es la razón que explica que un grupo de empresarios expertos en el sector se reuniera para acordar los precios y comprometerse a no presentarse. Con todo lo anterior, es imposible arribar a una conclusión diferente a que los precios ofrecidos en el proceso **LP-AMP-129-2016** eran, como mínimo, potencialmente atractivos y rentables para el mercado.

<sup>341</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ramón Otálvaro Melo, minuto 45:27 a 46:40). Sobre este aspecto declaró que: "a Fidel le doy el 33% de la utilidad (...) de la empresa".

<sup>342</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración José Fidel Aldana Cortés, minuto 59:34 a 1:01:00).

En definitiva, los elementos de juicio recaudados en esta investigación demuestran que, contrario a lo sostenido por los investigados, el precio de referencia de \$274 era suficiente para adquirir la materia prima y atender los costos asociados a la operación. Así mismo, revela que el precio establecido en el pliego de condiciones en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, por lo menos, tenía la potencialidad de generar un margen de utilidad al contratista de acuerdo con las estrategias de negociación que se implementaran en la ejecución del contrato, como lo efectuó **FAC S.A.S.**

De hecho, una vez revisada la contabilidad, las facturas y los soportes de costos de **FAC S.A.S.** esta Delegatura ha podido corroborar que la ejecución del contrato resultante del proceso **LP-AMP-129-2016** fue, en efecto, rentable para **FAC S.A.S.** Los investigados, en desarrollo de la etapa probatoria, han pretendido alegar que el precio de la **SED** estaba mal calculado y que no tenía en cuenta algunos costos de la ejecución del mismo, como las mermas y la nómina. No obstante, las declaraciones de los miembros de **FAC S.A.S.** así como los soportes contables y la ejecución exitosa del contrato por parte de esta empresa generando utilidades, derriba cualquier manto de duda sobre, como mínimo, la potencialidad del negocio para generar rentabilidad.

Ahora, con el objetivo de abarcar todos los elementos de convicción relevantes que se han discutido en desarrollo de la práctica de pruebas vale la pena pronunciarse sobre 4 asuntos: (i) las solicitudes de ajuste de precios presentadas por **FAC S.A.S.**; (ii) las aparentes contradicciones en que incurrieron **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**); (iii) el cambio de precios entre el proceso **LP-AMP-129-2016** y el **SA-SI-140-AG-2017**; y (iv) los dictámenes periciales aportados por las partes.

#### **5.7.4. De las solicitudes de ajuste de precio por parte de FAC S.A.S.**

Un hecho que fue abordado de manera reiterada en desarrollo de la etapa probatoria fue que **FAC S.A.S.** presentó dos solicitudes de revisión del precio en el marco del contrato derivado del proceso **LP-AMP-129-2016** de 5 de abril<sup>343</sup> y 25 de mayo, ambas de 2017<sup>344</sup>. En términos generales, a través de ellas **FAC S.A.S.** manifestó que para el momento de la presentación de la oferta del proceso **LP-AMP-129-2016** realizó una “proyección” en la que podía “obtener márgenes mínimos”. Sin embargo, agregó que debido a condiciones externas del mercado relacionadas con (i) factores meteorológicos, (ii) mano de obra en los cultivos, (iii) dificultad en el transporte de las frutas del campo a la ciudad capital y (iv) la llegada de la Semana Santa, los “costos” habían aumentado, circunstancia que, en concepto de **FAC S.A.S.**, la entidad podría corroborar al comparar las facturas de venta de algunos de sus proveedores durante noviembre y diciembre de 2016 y las “cotizaciones” realizadas en febrero y marzo de 2017. En ese sentido, **FAC S.A.S.** explicó que a la fecha se evidenciaba un rompimiento del equilibrio económico del contrato debido a los “sobrecostos por incremento de los precios de las frutas”, razón por la cual solicitó a **CCE** y la **SED** que llevara a **FAC S.A.S.** a punto de no pérdida.

El problema en este caso consiste en determinar si el hecho de que **FAC S.A.S.** hubiese enviado dichas solicitudes de revisión implica que el precio ofrecido en el proceso **LP-AMP-129-2016** era absurdo como lo señalan los investigados.

La respuesta, con base en el material probatorio que obra en el expediente, es clara: las solicitudes de revisión presentadas por **FAC S.A.S.** no implican que los precios ofrecidos para el grupo de las “frutas y hortalizas” fueran demasiado bajos.

<sup>343</sup> Folio 2750 a 2752 del cuaderno público No. 13.

<sup>344</sup> Folio 3858 a 3861 del cuaderno público No. 17. Se destaca que estos documentos fueron allegados a esta actuación por parte de **FAC S.A.S.**

En efecto, se reitera en primer lugar que el comportamiento de los investigados, así como los datos contables de **FAC S.A.S.** indican que los precios ofertados en el proceso **LP-AMP-129-2016** eran, al menos, razonables. De hecho, está probado que le dejaron una utilidad financiera.

En segundo lugar, el hecho de que un contratista solicite el reajuste del precio contratado no implica necesariamente que este haya estado mal calculado. Lo que demuestra este tipo de solicitudes es que el contratista, ya sea de buena o de mala fe, busca aumentar los ingresos derivados del contrato estatal.

De hecho, si se analizan las comunicaciones con objetividad, a pesar de que en estas se llame la atención sobre ciertos "sobrecostos" y sobre la necesidad de que se reestablezca el equilibrio contractual; dichas comunicaciones en ningún aparte señalan, ni que los precios no cubren los costos de la operación ni que la empresa esté generando pérdidas.

Tal y como quedó acreditado, esta empresa siguió comprando con los precios que inicialmente había negociado y que permitían que los costos inicialmente proyectados se mantuvieran. Así las cosas, la evidencia indica que durante la ejecución del suministro **FAC S.A.S.** no estuvo en "punto de equilibrio" –expresión que indica una situación en la que el empresario obtiene como ingresos la misma suma que invirtió como costos–, ni mucho menos en pérdida<sup>345</sup>. Por el contrario, y para los efectos de responder los argumentos de defensa planteados por los investigados, lo que revela esta investigación, y ha sido ampliamente explicado, es que el precio de \$274 era suficiente para adquirir la materia prima, para atender los costos asociados a la operación y, finalmente, para obtener un margen de utilidad.

Tanto es así, que **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**) indicó que la solicitud de revisión del precio elevada por **FAC S.A.S.** tuvo como presupuesto que esta empresa, a pesar de haber obtenido utilidades, no eran las que se habían proyectado en el momento en el que presentó oferta<sup>346</sup>. Lo anterior significa entonces que **FAC S.A.S.** obtuvo un margen de utilidad, con independencia de si esas ganancias se ajustaban o no a lo que la empresa había proyectado para el momento en que decidieron presentar oferta. A continuación su declaración:

*"Ligia Amira del Pilar Cobos: Legalmente el desequilibrio económico no quiere decir que yo esté en pérdida en ese momento"<sup>347</sup>.*

*(...) **No es que no se esté perdiendo**, es que una cosa es el desequilibrio, cuando digamos, yo tengo proyectada una rentabilidad de 5 y se me desequilibra ese 5, hay desequilibrio del contrato, es la ecuación contractual que se maneja; no es que yo tenga que estar muriéndome de hambre para poder reclamar"<sup>348</sup>.*

*(...) Le aclaro y reitero la situación. En tema contractual, en este momento, **tu porcentaje de utilidad**, digamos del 2%, dentro de un negocio, si esa afectación del 2% fluctúa, se solicita el desequilibrio económico porque se habla es de ese porcentaje [de utilidad] no de porcentaje que vaya por debajo o por encima del costo. Es decir, puede que yo esté*

<sup>345</sup> A partir de los estados financieros remitidos por **FAC S.A.S.** con corte a 31 de mayo de 2017, se advierte que dentro de los ingresos ordinarios de **FAC S.A.S.** no fueron reconocidas las facturas que correspondían a la totalidad de las órdenes de compra ejecutadas en los meses de abril y mayo de 2017 derivadas del proceso **LP-AMP-129-2016**. El valor faltante corresponde con la factura No. 8, que tiene un valor por \$343.818.384, lo que representa un 40% adicional de lo reflejado en los estados financieros presentados por **FAC S.A.S.** En efecto, a pesar que la factura de venta No. 8 tenga fecha de elaboración del 8 de junio de 2017, ésta corresponde con la ejecución de las órdenes de compra de mayo de 2017. Ello implica, de acuerdo con la normatividad contable y financiera –sección 23 de NIIF para PYMES–, que esos ingresos debieron reconocerse dentro del periodo en el que se hizo la entrega del bien, esto es, mayo de 2017. Puestas de este modo las cosas se concluye que el comentado estado financiero no refleja la realidad financiera de la operación para ese periodo.

<sup>346</sup> Folio 2751 del cuaderno público No. 13.

<sup>347</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 3:29: 34).

<sup>348</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 3:53: 04).

*comprando y ya no me gane el 2% sino el 5%, entonces, eso sería el inversamente proporcional a eso, pero ¿qué pasa si no me estoy ganando el 2%, sino el 1%? Pues ahí hay desequilibrio porque mi utilidad proyectada en ese punto de no pérdida es de ese porcentaje”<sup>349</sup>.*

Incluso, las solicitudes de reajuste de precio se sustentaban en los supuestos “sobrecostos” con unas “cotizaciones” de frutas que anexaron a la carta de solicitud de reajuste. Cuando se le preguntó a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**)<sup>350</sup> y a **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**)<sup>351</sup> sobre si dichas facturas reflejaban el precio real al que **FAC S.A.S.** estaba comprando la materia prima, los dos respondieron que no. De hecho, reconocieron que **FAC S.A.S.** no compró al precio establecido en las cotizaciones que presentaron como sustento de la solicitud de revisión ante **CCE** y la **SED**. Es más, de manera coherente con lo anterior, insistieron en que la compra de las frutas se hizo a los “proveedores estratégicos”, quienes mantuvieron a **FAC S.A.S.** “precios históricos”, esto es, los precios a los que venía comprando desde diciembre de 2016, que coincidían con aquellos con los que esta empresa elaboró su estructura de costos<sup>352</sup> para presentar oferta en el proceso **LP-AMP-129-2016** y que permitieron que el negocio garantizara utilidad.

Adicionalmente, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) señaló que la razón que motivó la presentación de la solicitud de revisión fue la circunstancia de que en el curso de la ejecución del contrato derivado del proceso **LP-AMP-129-2016** se diera apertura al proceso **SA-SI-140-AG-2017**, con un precio superior casi en un 50% del que venía ejecutando con ocasión del proceso **LP-AMP-129-2016**.

De acuerdo con lo anterior, es de señalar que no le corresponde a esta Delegatura hacer un juicio sobre la legalidad del reajuste del precio solicitado por **FAC S.A.S.**, lo único que le corresponde es analizar en este punto si, a la luz de las pruebas disponibles, las solicitudes de revisión implicaron que el precio ofrecido para el grupo de las “frutas y hortalizas” era irrazonable o si **FAC S.A.S.** estaba operando a pérdida. Sobre el particular, tal como ha quedado suficientemente ilustrado, el precio ofrecido para el grupo de las “frutas y hortalizas” no era irrazonable, ni tampoco implicó que **FAC S.A.S.** operara a pérdida, es más, para esta empresa siempre generó un margen de utilidad.

#### **5.7.5. Sobre algunas contradicciones por parte de FAC S.A.S.**

Tal y como se ha mostrado anteriormente, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**), **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) y **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**) han declarado que la operación de **FAC S.A.S.** durante la ejecución del contrato derivado del proceso **LP-AMP-129-2016** generó utilidad. Recuérdese, por ejemplo, que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) manifestó que **FAC S.A.S.** obtuvo una utilidad cercana al 10%, la cual luego aumentó a un 40% cuando las entidades contratantes incrementaron el precio unitario de la fruta a \$397 pesos<sup>353</sup>.

Asimismo, recuérdese que **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante Legal de **FAC S.A.S.**) reconoció que **FAC S.A.S.** compró las frutas “como a \$220 - \$230 en

<sup>349</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 1:48:25).

<sup>350</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ligia Amira del Pilar Cobos, minuto 3:38:57 a 3:46:14). Sobre este aspecto la declarante enunciada afirmó que, para esa fecha, no habían comprado a los proveedores que cotizaron, “porque se le estaba soportando que fue lo que me pidieron a mí en la fluctuación de precios, en su momento”.

<sup>351</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Ampliación Ramón Otálvaro Melo, minuto 43:53 a 45:42). Sobre este aspecto, Ramón Eduardo Otálvaro Melo afirmó que los soportes de la solicitud de revisión correspondían a “cotizaciones”, por lo que, en realidad, FAC SAS no hizo tales compras.

<sup>352</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación Ramón Otálvaro Melo, minuto 20:44 a 21:07).

<sup>353</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración José Fidel Aldana Cortés, minuto 59:34 a 1:01:00).

*promedio*<sup>354</sup>, valor inferior al precio de referencia establecido en los pliegos de condiciones del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, esto es, \$274. Esa afirmación, valga decirlo, la corroboró en su ratificación durante la etapa probatoria de esta actuación administrativa<sup>355</sup>.

No obstante la claridad con que fueron expuestas estas afirmaciones, y pese a que **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**) ha mantenido la coherencia en todas sus declaraciones al manifestar que el precio siempre ha “*dado*” y que ha generado utilidad, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) incurrieron en contradicciones en algunas oportunidades y han hecho afirmaciones como que se “*mantuvieron*” “*trabajando a ras*”<sup>356</sup> o en “*punto de equilibrio*”<sup>357</sup>. Estas afirmaciones significan, en palabras de los declarantes, que **FAC S.A.S.** “*cumplía con sus obligaciones tributarias*”, sus “*costos*”, pero al final de la operación no obtenía “*ninguna ganancia*”<sup>358</sup>. Según esta nueva versión, tal circunstancia fue la causa que motivó la solicitud de revisión del precio que el contratista elevó ante **CCE** y la **SED**.

En atención a la divergencia entre las versiones presentadas por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**), corresponde a la Delegatura evaluar cuál de las versiones, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y valoradas en conjunto con el resto del material probatorio, resulta más razonable, con el propósito último de determinar si el argumento de defensa planteado por los investigados tiene sustento.

Sea lo primero afirmar que en la declaración rendida en etapa de averiguación preliminar por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**), este declarante manifestó que el negocio resultante del proceso **LP-AMP-129-2016** dio utilidades. No fue sino hasta la ratificación de dicha declaración, ya en desarrollo de la etapa probatoria, que varió su versión al momento de responder algunas de las preguntas. Teniendo en cuenta lo anterior, debe llamarse la atención acerca de que, cuando se trata de valorar la ratificación de una declaración dentro de la cual se encuentren afirmaciones contrarias de las que se expusieron en una primera oportunidad, no puede llegarse a la conclusión de que la última de las declaraciones reemplaza, elimina o le resta todo valor demostrativo a la primera que se rindió<sup>359</sup> simplemente por el hecho de ser posterior<sup>360</sup>.

En primer lugar, debe señalarse que el material probatorio, tal y como ha sido ampliamente explicado, apoya la versión de que el negocio suscrito por **FAC S.A.S.** arrojó un margen de utilidad positivo. De hecho, no se puede perder de vista que, en lo que respecta a **FAC S.A.S.**, la única declaración que ha sido coherente de principio a fin ha sido la de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**), quien una y otra vez ha declarado con firmeza que el negocio siempre “*ha dado*”, que “*no tuvieron pérdidas*” y que la solicitud de reajuste de precio no estaba motivada en que el negocio no arrojara utilidades, sino en que no eran las proyectadas inicialmente.

En segundo lugar, si se analizan con detenimiento las declaraciones en las que **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) variaron su versión, debe notarse que estos declarantes empezaron siendo coherentes con (i) su

<sup>354</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No 1 de **FAC S.A.S.** (Declaración de Ramón Otálvaro Melo minuto 1:12:26 Parte II).

<sup>355</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 20:10, parte I).

<sup>356</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 31:55, parte II).

<sup>357</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 58:29, parte II).

<sup>358</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación de Ramón Eduardo Otálvaro Melo, minuto 58:09, parte II).

<sup>359</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de junio 26 de 2013. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

<sup>360</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado del caso radicado con No. 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’).

declaración anterior, (ii) con aquella rendida por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia **FAC S.A.S.**) y (iii) con las demás pruebas que reposan en el expediente. Es decir, siendo coherentes con el hecho de que el negocio arrojaba utilidad.

No obstante lo anterior, debe llamarse la atención sobre que los deponentes mencionados variaron su dicho justo después de que algunos de los abogados de los investigados que se encontraban en audiencia les confrontaran las solicitudes de revisión del precio realizadas por **FAC S.A.S.** a las entidades contratantes. Recuérdese que dichas solicitudes de reajuste del equilibrio económico del contrato se realizaron –como se explicó anteriormente– usando como base cotizaciones de proveedores a los que nunca les compraron. En efecto, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) fue cuestionado sobre las motivaciones que conllevaron a que **FAC S.A.S.** presentara la solicitud de revisión del precio. En esa oportunidad manifestó que sus estrategias de negocio tan sólo le permitieron mantenerse en punto de equilibrio, pero no aseguraron la utilidad del negocio. Literalmente indicó:

***Abogado Disfruver:** Pero en realidad usted no tenía un punto de pérdida. ¿Usted no tenía pérdida?*

***Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Eso ya, me imagino que es cuestión de...*

***Abogado Disfruver:** No hombre, conteste, conteste...*

***Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Que sea la Superintendencia quien repare todo eso, que yo le envié toda la información a ellos.*

***Despacho:** No, no, no, le están pidiendo que responda.*

***Abogado Disfruver:** Le están pidiendo que responda sobre los hechos que usted plasmó en ese documento [se refiere a la solicitud de revisión].*

***Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** Sí, de hecho al precio que yo operé bajo, me causó pérdida finalmente, o me mantuve, pero toda empresa tiene que operar a ganar, y yo estaba trabajando a ras.*

***Abogado Disfruver:** ¿Y fue eso lo que motivó entonces la solicitud?*

***Ramón Eduardo Otálvaro Melo:** La solicitud de que revisaran el precio, y más porque se presentó un proceso que era el 140 [SA-SI-140-AG-2017] y pues yo no podía participar en ese porque colocaron indicadores que no daban para que mi empresa se presentara<sup>361</sup>.*

De manera similar, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) fue cuestionado por la defensa de los investigados sobre las razones por las cuales **FAC S.A.S.** había solicitado la revisión del contrato pese a que, según lo manifestado por él en esa misma declaración de ratificación, esta empresa había obtenido utilidades de 10% con el precio inicialmente pactado, como se muestra a continuación:

***Apoderado de Stella Téllez:** A ver, usted nos dice que tenía utilidades del 10%, y aun así, ¿le pidieron a la entidad pública, o sea, le pidieron a la entidad pública que le diera más dinero público, para que sus utilidades llegaran al 40%?*

***José Fidel Aldana Cortés:** el ejercicio que le hago a usted se lo hago como decir lo hago hoy, perdón para que me escuche bien, lo voy a hacer hoy, con una sola y lo dejo claro y ahí está claro; que, uno hace un ejercicio, no cuenta digamos con paro de camioneros, ni cuenta uno con veranos, que de pronto y en el momento de pronto se puede llevar hasta el invierno, porque un invierno bien berraco tampoco le deja hacer la fruta a uno, entonces sí, **FAC S.A.S.** pide aumento es porque cuando entra los otros a comprar, ponen la fruta cara;*

<sup>361</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 (Ratificación Ramón Otálvaro Melo, minuto 31:28 a 32:18).

*cuando nosotros estábamos solos, no teníamos fruta cara tanto, pero ahorita por ejemplo vaya uno compita, no puede competir.*

**Despacho:** *Pero en su respuesta anterior, usted nos mencionó que el negocio siempre dio, el negocio no reporto pérdidas ¿eso es cierto?*

**José Fidel Aldana Cortés:** *En la anterior no había reportado pérdidas de pronto no se digamos porque es que los manejos de secretaría no los tengo, yo manejo lo mío, hasta donde yo sé que yo puedo entregar y que a mí no me voy a pérdida, y lo que estoy trabajando no me da pérdidas, pero viene la parte donde viene digamos las estampillas, parafiscales, una cantidad de cosas que tienen que ir, solo las asume la persona que está metida allá y que sabe de ese tema, yo no lo sé, a mí, no soy el de contabilidad de la empresa, yo no soy el que llevo el control digamos de cuánto paga secretaría.”<sup>362</sup>*

Sin embargo, como se advirtió precedentemente, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) conocía en detalle lo relativo a las utilidades, precisamente porque además de tener la calidad de “*Director Operativo*”<sup>363</sup> de **FAC S.A.S.** participaba en un porcentaje de las utilidades que esta empresa reportaba, equivalente al 33%.

Así las cosas, (i) el documento por el cual **FAC S.A.S.** proyectó la utilidad a la que aspiraba al momento de presentar la oferta en el proceso **LP-AMP-129-2016**, (ii) las declaraciones expuestas en precedencia, (iii) el análisis de la relación de documentos de compra de materia prima en los cuales se advierte que compró a \$220 y (iv) las solicitudes de revisión presentada por **FAC S.A.S.**, indican que **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) encontraron incentivos para variar su declaración debido a la presión que ejerció la defensa y en atención a la necesidad de salvaguardar la solicitud que esta empresa contratista elevó ante la **SED** y **CCE**.

Por esta razón y conforme con las reglas de valoración de las declaraciones, las contradicciones de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) y de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas del **PAE** y actual trabajador de **FAC S.A.S.**) no pueden desvirtuar las conclusiones que se plantearon en este informe motivado.

#### **5.7.6. Sobre la diferencia en los precios de los estudios del proceso LP-AMP-129-2016 y el de subasta inversa SA-SI-140-AG-2017**

Corresponde ahora abordar un argumento de defensa propuesto por los investigados, según el cual el aumento del precio de referencia en un porcentaje de aproximadamente el 50% entre el proceso **LP-AMP-129-2016** y la selección abreviada por subasta inversa **SA-SI-140-AG-2017** se debió a un error en el estudio de mercado realizado para el primer proceso de selección que fue posteriormente corregido para el segundo de ellos, mediante el alza del precio en ese porcentaje.

Es de señalar que cuando se le preguntó a **CCE** y la **SED** respecto de las razones que justificaron la diferencia de precios entre el estudio de mercado que soportó el proceso **LP-AMP-129-2016** y el estudio de mercado elaborado para fundar el precio de referencia en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**, estas entidades se limitaron a afirmar que tal variación correspondía a “*condiciones de mercado*”. A continuación la declaración que sobre este punto rindió el funcionario estructurador del proceso **LP-AMP-129-2016** de **CCE**.

**“Pregunta:** *Respecto de los precios ¿qué diferencia había entre el 129 y el 140?*

<sup>362</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:34:36 a 1:36:13).

<sup>363</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC S.A.S. (Declaración Ramón Otálvaro Melo, minuto 45:27 a 46:40).

**CCE:** *Justamente estoy buscando eso. Dame un segundo ya te doy los precios exactos. Fruta: La fruta eran, eran un volumen estimado de 101.582.024 frutas estimadas, por un valor, un costo de \$40.429.645.552 con un valor unitario de \$398.*

**Pregunta:** *Y esto frente al precio estimado o adjudicado en el proceso 129, ¿cómo difiere?*

**CCE:** *(...) el precio del LP-AMP-129-2016 para la fruta y era igual para todos los segmentos era igual para todos los segmentos era de \$274 por fruta. Para el caso de la subasta fue de \$398, con base al nuevo estudio de costos que hizo la Secretaría [Distrital de Educación].*

**Pregunta:** *¿Se incrementó en cuánto?*

**CCE:** *Ya te digo eso es, 398 menos 274, \$124.*

**Pregunta:** *¿Y a qué se debe ese incremento de un proceso a otro?*

**CCE:** *Eso está basado en el estudio que hizo la Secretaría [Distrital de Educación], con respecto al precio de la fruta, actualizaciones. Una revisión que hizo la secretaria puntualmente sobre el costo actual de la fruta, el presupuesto que tenían y a eso es que se debe la modificación directamente propuesta y pues trabajada con la Secretaría<sup>364</sup>.*

Ahora bien, el estudio de mercado del proceso **LP-AMP-129-2016**, publicado en diciembre de 2016, persiguió sustentar el precio de referencia para el suministro de frutas con destino al programa **PAE** para un término no inferior a 1 año. En efecto, se destaca que las entidades contratantes, al responder las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, manifestaron que *"(...) el acuerdo marco de precios tendrá vigencia hasta el año 2018, una vez supere la vigencia 2017, se hará el respectivo ajuste al precio unitario de cada fruta, de acuerdo con lo contenido en el pliego de condiciones"*<sup>365</sup>.

Pese a ello, en menos de un semestre, esto es de diciembre de 2016 a abril de 2017, mes en el que fue publicada la convocatoria del **SA-SI-140-AG-2017**, las mismas entidades contratantes tuvieron que elaborar un nuevo estudio de mercado que tendría por objeto soportar el precio de referencia del proceso **SA-SI-140-AG-2017**. En esta actuación administrativa no se encuentra acreditado cuáles fueron esas *"condiciones de mercado"* a las que hace referencia la entidad encargada de elaborar el referido documento técnico.

No obstante las alegadas *"condiciones de mercado"* a las que hicieron referencia **CCE** y la **SED**, la evidencia acopiada en este expediente demuestra que el único oferente y adjudicatario del grupo de *"las frutas y hortalizas"*, **FAC S.A.S.**, proyectó en diciembre de 2016 su estructura de costos para presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, proyección que se cumplió durante la ejecución de las órdenes de compra ejecutadas por esta empresa durante los meses de abril y mayo de 2017, según el análisis de las facturas de compra de **FAC S.A.S.** Es relevante destacar que en esa misma fecha, esto es, de manera simultánea, **CCE** se encontraba realizando el nuevo estudio de mercado que justificaría el precio de referencia del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Sobre este punto, recuérdese que **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC S.A.S.**) reconoció dos aspectos importantes. El primero de ellos consistió en que sus costos no sufrieron modificaciones durante la ejecución del contrato derivado del proceso **LP-AMP-129-2016**. El segundo de ellos hace referencia a que la solicitud de revisión del precio, como quedó visto, estuvo motivada por la circunstancia atinente a que durante la ejecución de las órdenes de compra derivadas del proceso **LP-AMP-129-2016** fue publicada la convocatoria al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, cuyo precio de referencia para las frutas y hortalizas con destino al **PAE** había aumentado en aproximadamente un 50%.

<sup>364</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (declaración de Camilo Gutiérrez CCE, minuto 41:52 al 45:36).

<sup>365</sup> Folio 1561 del cuaderno público No. 8.

Ahora bien, sin entrar en el detalle respecto de las fuentes y metodologías usadas por la **SED** en el estudio de mercado que fundamentó el precio de referencia **SA-SI-140-AG-2017**, esta Delegatura estima que cuenta con una mejor fuente de información para identificar las condiciones de mercado del suministro de frutas para el **PAE** imperantes para la fecha (abril y mayo de 2017) en la que fue elaborado y publicado el estudio de mercado enunciado. Ello hace referencia precisamente a la ejecución del contrato por parte de **FAC S.A.S.** en abril y mayo de 2017, así como el análisis de las facturas de compra de las frutas y hortalizas con las cuales la referida empresa atendió las órdenes de compra derivadas del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Como ya se ha manifestado anteriormente, analizada esta fuente de información se advierte que el precio de \$274 resultaba ajustado a la realidad del mercado, pues permitía al contratista adquirir la materia prima, asumir los costos asociados al suministro y asegurar una utilidad para el contratista. Lo anterior implica que el incremento del precio referencia del precio de las frutas de un proceso de selección a otro no se compadece con la realidad del mercado acreditada con las pruebas que reposan en el expediente.

No puede perderse de vista que, debido a la declaratoria de desierto de 25 de los 30 segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*” en el proceso **LP-AMP-129-2016**, **CCE** y la **SED** se vieron presionadas a dar apertura al proceso **SA-SI-AG-140-2017** para adjudicar dichos grupos. Esta circunstancia, por supuesto, implicó demoras e inversiones extra de recursos humanos y físicos de **CCE** y la **SED** para adelantar este nuevo proceso con la urgencia que generaba que el programa empezaría a operar sin la posibilidad de entregar fruta a la mayoría de los niños.

Dado lo anterior, dichas entidades se vieron forzadas a abandonar el modelo del acuerdo marco y a adjudicar a un solo proponente por subasta inversa, lo que implicó renunciar a los potenciales beneficios de la “*operación secundaria*” inicialmente planteada en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Adicionalmente, tuvieron que agrupar todos los 25 segmentos desiertos en un solo gran grupo de fruta con el ánimo de ofrecer un “*negocio*” un poco más grande y así atraer a aquellos proveedores que no habían participado en el **LP-AMP-129-2016**<sup>366</sup>. Sobre este aspecto se destaca que la **SED** solicitó a **CCE** “*(...) aumentar el presupuesto previsto en los Documentos del Proceso (...)*”, ante la presión o “*riesgo de declaratoria de desierto*” del nuevo proceso de selección que sería convocado (**SA-SI-140-AG-2017**) para contratar el suministro de las frutas y hortalizas con destino al **PAE** de los segmentos que habían sido declarados desiertos.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el aumento en casi un 50% de los precios inicialmente fijados para las frutas coincide con el acuerdo de precios que celebraron los investigados en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y con las observaciones que presentaron en ejecución de ese pacto.

Ahora bien, los efectos perjudiciales del comportamiento investigado, en particular el aumento de precio de los productos, no se limitaron solo a los precios de las frutas aplicables para la subasta inversa del proceso **SA-SI-AG-140-2017**, sino que **CCE** y la **SED** decidieron modificar el contrato suscrito con **FAC S.A.S.** para igualar los precios del proceso **LP-AMP-129-2016** a los que quedaron establecidos en el proceso **SA-SI-AG-140-2017**<sup>367</sup>, con lo que se extendieron los efectos del aumento de precios a todas las frutas del **PAE** en Bogotá D.C. Recuérdese sobre este punto que las entidades contratantes manifestaron que el “*resultado del proceso de selección SA-SI-140-AG-2017*” permitía “*afirmar*” que la solicitud de ajuste del precio de la fruta en el Catálogo del Acuerdo Marco CC-542-1-AMP-2017, “*estaba en condiciones de mercado y obedecía las condiciones particulares del mismo*”<sup>368</sup>.

<sup>366</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (Declaración de Camilo Gutiérrez **CCE** minuto 41:00)

<sup>367</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (Declaración de Camilo Gutiérrez **CCE** minuto 38:00)

<sup>368</sup> Folio 2749 del cuaderno público No. 13. Rta. No. 2201711000002815, por el cual **CCE** responde la solicitud de aumento del precio de las frutas para el Acuerdo Marco CC-542-1-AMP-2017, elevada por **FAC SAS**.

En definitiva, aunque no corresponde a esta Delegatura calificar si los estudios realmente reflejaron las condiciones del mercado que soportaron los precios de referencia en ambos procesos de selección, por lo menos sí se puede anticipar que resulta extraño tener un incremento del 45,26% del precio de adquisición entre los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017** soportado únicamente en las “*condiciones de mercado*” señaladas por las entidades contratantes.

#### 5.7.7. De los dictámenes periciales allegados por los investigados

Hasta este punto del informe motivado, se encuentra acreditada la conducta anticompetitiva adoptada por los investigados en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. En relación con el proceso **LP-AMP-129-2016**, se acreditó que: (i) los investigados se coordinaron durante todo el proceso para forzar el alza del precio de referencia mediante la presentación de observaciones conjuntas, producto del “*consenso*” entre ellos y el acuerdo de no presentar oferta para que se declararan desiertos los segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*”; (ii) el comportamiento resultó idóneo para impedir la materialización de la eficiencia económica y el bienestar del Estado como consumidor; y (iii) el precio de referencia del grupo de las “*frutas y hortalizas*” del proceso **LP-AMP-129-2016** era suficiente para adquirir las frutas con destino al suministro del **PAE**, pues como se evidenció, el precio de referencia inicial de \$274 alcanzaba a cubrir los costos de adquisición de la materia prima, los otros costos asociados al suministro y además, tenía la potencialidad de garantizar un margen de utilidad al contratista. Puestas de este modo las cosas, tanto la existencia del comportamiento restrictivo como los efectos que fueron imputados a la conducta de los cartelistas están acreditados.

No obstante lo anterior, **ALIMENTOS SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante para los hechos de **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) allegaron dos dictámenes periciales con los cuales pretendieron sustentar que el precio de referencia del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** no correspondía con el precio del mercado al ser “*sustancialmente bajo*”, al punto que no alcanzaba para comprar la materia prima y que ello justificó su comportamiento durante el proceso de contratación referido.

Sobre las experticias referidas debe advertirse, inicialmente, que fueron rechazadas al no cumplir con los requisitos consagrados en los artículos 226 y 227 del CGP. De ese modo, aunque reposan en el expediente tienen un déficit de contradicción en esta actuación administrativa por lo que la idoneidad del perito, los métodos y exámenes utilizados, así como sus conclusiones no pudieron ser sometidas a examen, a efectos de determinar el rigor de su concepto especializado y, en consecuencia, apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que correspondiera.

En definitiva, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que las experticias no fueron remitidas con las declaraciones e informaciones exigidas en el CGP y no fueron objeto de contradicción carecen de “*mérito demostrativo*”, razón que impide que el dictamen pueda “*ser considerado como una prueba pericial*” y ser objeto de valoración por parte de esta Delegatura<sup>369</sup>.

No obstante lo anterior, a continuación se advierten algunas falencias que presentan los dictámenes periciales que conllevan a restar crédito a la conclusión a la que arribaron. Ellas están referidas a que, por un lado, partieron de unos supuestos que no corresponden con el contexto que se analiza y, por el otro, desconocieron el comportamiento de **FAC S.A.S.** durante la ejecución del contrato derivado del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

<sup>369</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 25 de octubre de 2016, AC AC7246-201, reiterado, entre otros, en autos AC5405, 23 agosto de 2016, rad. n° 2008-00324-01; AC7246 de 25 oct. 2016, rad. 2012-00116-01 y AC1641 de 2 abril de 2014, rad. 2009-01202-01.

Sobre el desconocimiento del contexto que se analiza en esta actuación administrativa por parte de los peritos, a continuación se presentan las circunstancias que acreditan esta afirmación.

En primer lugar, el dictamen pericial presentado por **ALIMENTOS SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), pretendió establecer un precio mínimo promedio de compra que debió fijar la **SED** con la finalidad de evidenciar que el precio de referencia establecido en el pliego de condiciones del proceso **LP-AMP-129-2016** para el grupo de las “*frutas y hortalizas*” no cubría con “*exactitud los costos que implica[ba] la comercialización de estos productos*”<sup>370</sup>.

Para determinar el precio mínimo promedio de compra, el dictamen utilizó el valor del *mango tommy*<sup>371</sup> y no tuvo en cuenta el valor de la *zanahoria baby*. Con este proceder, perdió de vista lo establecido en el pliego de condiciones del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, en el cual se fijaron las condiciones de costo y calidad de los bienes necesarios para la ejecución del contrato a suscribirse, en el que precisamente se identificaron los alimentos requeridos por **CCE** y la **SED** que conformaban el grupo de alimentos “*frutas y hortalizas*” y las condiciones que debían satisfacer para su suministro. De manera que, al desconocer un aspecto fundamental del contexto en el cual discurrió el proceso de contratación referido, el precio mínimo promedio de compra al que arribó el dictamen no resulta para esta Delegatura ser confiable y en ese sentido no permite demostrar que el precio ofertado no cubría los costos de comercialización.

En segundo lugar, el dictamen aportado por **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante para los hechos de **ALIMENTOS DAZA**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) procuró demostrar que el precio ofrecido por la **SED** no cubría siquiera los costos de adquisición de materia prima. Para fundamentar su tesis cuestionó que se “*haya planteado un precio unificado para el segmento de frutas*”<sup>372</sup> teniendo en cuenta que los precios de estas presentan una alta variación entre ellas, al igual que las fuentes de información de donde la **SED** obtuvo los datos para la elaboración del estudio de mercado.

Sobre el particular se advierte que la crítica mencionada resulta ser infundada por cuanto el perito desconoció que la **SED** estableció un único precio de referencia para el grupo “*frutas y hortalizas*” en razón de las observaciones presentadas en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Téngase en cuenta que fue precisamente **DISFRUVER** quien solicitó a **CCE** lo siguiente: que “*el oferente presente oferta por segmento y no por alimento (...) de esta manera la SED garantiza que va a tener proveedor para todas las frutas en cada segmento, además de garantizar la rotación y el abastecimiento de todas las frutas*”<sup>373</sup>; observación que fue aceptada por **CCE** y la **SED**<sup>374</sup> atendiendo a la estacionalidad de la fruta<sup>375</sup>.

En efecto, las entidades contratantes sostuvieron que para la determinación del precio de referencia, además de las cotizaciones y del indicador **SIPSA**, tuvieron en cuenta la diversidad de frutas y hortalizas que integraban el grupo, así como las variables que afectaban su producción, como es el clima, las reglas de rotación y las reglas de frecuencia establecidas para la entrega por ciclos en el pliego de condiciones, cuyo propósito último sería que el contratista, de acuerdo con su conocimiento del mercado y en atención a las variables de producción, fuera quien decidiera cuáles frutas entregar. Sobre este aspecto, el

<sup>370</sup> Folio 2669 del cuaderno público No. 13.

<sup>371</sup> Variedad que oscila entre los 150 gramos y los 200 gramos, que de entrada, resulta contrario a los requerimientos contenidos en los pliegos de condiciones.

<sup>372</sup> Folio 3046 del cuaderno público No. 15.

<sup>373</sup> Folio 1561 del cuaderno público No. 8. Archivo Excel entregado por CCE identificado como “*Consolidado respuestas\_PAE-Proponente-filtro fruta*”.

<sup>374</sup> Folio 1561 del cuaderno público No. 8.

<sup>375</sup> Folio 1614 del cuaderno públicos No. 9 (Declaración de Camilo Gutiérrez **CCE** minuto 13:30).

funcionario estructurador del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** explicó que al contestar las observaciones se advirtió que *“las frutas, las opciones de fruta que está en el pliego, era para que justamente ellos la rotarán de acuerdo con la oferta del mercado y no estuvieran atados exclusivamente a un banano (...)”*<sup>376</sup>.

Un aspecto adicional que revela que este último dictamen desconoció el contexto del proceso de selección y el comportamiento de los investigados, es el hecho de que –en su concepto– una de las causas que ocasionó la declaratoria de desierto del proceso **LP-AMP-129-2016** fue la utilización por parte de la **SED** del estadístico primer cuartil. De acuerdo con el dictamen, el precio umbral de referencia que estableció la **SED**, producto de la utilización de este estadístico, conllevó a que se limitara *“el número de proponentes que se presentara a la licitación debido a que resultaba demasiado bajo para cubrir los costos asociados al suministro del PAE”*<sup>377</sup>.

Sin embargo, esta situación pierde sustento al analizar que, de los 74 productos demandados en la licitación pública **LP-AMP-129-2016**, en 52 (70,3%) de ellos se utilizó el primer cuartil para determinar el precio de referencia. Esto significa que la utilización del estadístico mencionado no fue exclusivo para el grupo de las *“frutas y hortalizas”*. Es más, en los 52 grupos de alimentos en los que se usó, tan solo 3 fueron declarados desiertos<sup>378</sup>. Sin embargo, ninguna apreciación sobre este aspecto realizó el perito, lo que demuestra la indebida justificación de su dictamen.

Así mismo, el dictamen pericial omitió el escenario en que se ha surtido esta investigación. En particular, el experto omitió considerar las pruebas respecto de la coordinación que la Delegatura presentó en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, en las que se expuso, incluso con la declaración de los mismos investigados, que estos, un día antes de vencer el plazo para presentar oferta, por *“consenso”* decidieron no presentarse en el proceso de selección para forzar la apertura de uno nuevo con los precios que se ajustaban a sus expectativas, como en efecto sucedió y quedó corroborado en esta actuación.

En tercer lugar, los dos dictámenes periciales presentaron afirmaron la existencia de externalidades<sup>379</sup> que afectaban el abastecimiento de las frutas requeridas para que el contratista atendiera las órdenes de compra y que, en consecuencia, incidían en el incremento del precio de la adquisición de la materia prima<sup>380</sup>. Así las cosas, una vez más los dictámenes desatendieron el contexto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En efecto, se tiene que **CCE** y la **SED** previeron estos factores en el pliego de condiciones de los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017** al incluir en la matriz de riesgos que el *“desabastecimiento de alimentos objeto del acuerdo marco por causa de fuerza mayor o caso fortuito”*<sup>381</sup> era un riesgo compartido entre la entidad contratante y el contratista, razón por la cual al demostrar su ocurrencia podrían los contratistas, entre otras, solicitar a la **SED** el cambio de la fruta a entregar según el ciclo de rotación<sup>382</sup>. Resulta llamativo que precisamente la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** ha hecho uso de esta distribución y asignación de riesgos para solicitar el cambio en el suministro de las frutas<sup>383</sup>.

Por estas razones, no puede esta Delegatura concederle mérito demostrativo a los dictámenes, puesto que sus conclusiones provienen de un análisis de un escenario distinto al

<sup>376</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (declaración de Camilo Gutiérrez CCE, minuto 17:00).

<sup>377</sup> Folio 3048 del cuaderno público No. 15.

<sup>378</sup> Galleta con chips de chocolate, maní con sal, y mezcla de frutos secos. Información tomada del estudio de mercado de la SED y la Resolución No. 1224 de 07 de marzo de 2017, por la cual se adjudica la licitación pública **LP-AMP-129-2016**.

<sup>379</sup> Al efecto mencionaron las siguientes: paro camionero o agrario y/o *“choques climáticos”*.

<sup>380</sup> Folio 3041 del cuaderno público No. 15. El perito señaló que los choques climáticos generaban un riesgo de incumplimiento de los contratos del PAE, que están fue del control de los proveedores seleccionados.

<sup>381</sup> Pliego de condiciones definitivo que incorpora la Adenda 4.

<sup>382</sup> Folio 3695 del cuaderno público No. 17 (Declaración de Juan David Vélez Bolívar, minuto 47:30).

<sup>383</sup> Folio 3695 del cuaderno público No. 17 (Declaración de Juan David Vélez Bolívar, minuto 48:30).

definido por esta Superintendencia en la resolución de apertura de investigación y al contexto en el cual sucedieron las conductas imputadas a los investigados.

Ahora bien, las conclusiones de los peritos también merecen crítica como consecuencia de la falta de utilización y análisis de la información que resultaba más relevante para soportar sus conclusiones. Sobre este aspecto, se llama la atención acerca de que, pese a que los peritajes tendrían como objeto demostrar que el precio de referencia estaba indebidamente calculado dada su insuficiencia para cubrir los costos de adquisición de la fruta, omitieron hacer referencia a una fuente de información que, a juicio de esta Delegatura, resultaba la mejor de las fuentes para fundamentar cualquier conclusión. Esta hace referencia a la circunstancia de que **FAC S.A.S.** presentó oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2017**, resultó adjudicataria de 5 de los 30 segmentos, ejecutó el contrato, sin ningún tipo de incumplimiento, con el precio de referencia inicialmente fijado en los pliegos de condiciones desde abril hasta agosto de 2017, y con tal precio logró obtener utilidades.

Esto es, desde el punto de vista de los dictámenes periciales no se encuentran razones que expliquen el comportamiento de un agente que logró operar bajo las condiciones de mercado inicialmente planteadas por las entidades contratantes.

Toda vez que quedó demostrado que el precio de referencia del grupo "*frutas y hortalizas*" del proceso **LP-AMP-129-2016** era suficiente para cubrir los costos de adquisición de la materia prima, asumir los otros costos asociados al suministro, garantizar una utilidad al contratista y que no existe una prueba que demuestre de manera confiable que hubo un error en la determinación del precio de referencia en el proceso **LP-AMP-129-2016**, los efectos que la Delegatura imputó a los investigados se mantienen. Esto es, que la conducta coordinada de los cartelistas forzó a la entidad contratante a declarar desiertos 25 de los 30 segmentos y, debido a ello, a dar apertura al proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Dado lo anterior, dichas entidades se vieron forzadas a abandonar el modelo del acuerdo marco y a adjudicar a un solo proponente por subasta inversa, lo que implicó renunciar a los potenciales beneficios de la "*operación secundaria*" inicialmente planteada en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Adicionalmente, debieron agrupar los 25 segmentos desiertos en un solo gran grupo de frutas con el ánimo de ofrecer un "*negocio*" más grande, atraer a aquellos proveedores que no habían participado en el **LP-AMP-129-2016**<sup>384</sup> y disminuir el riesgo de que se declarara nuevamente desierto. Finalmente, las mencionadas entidades fueron forzadas a aumentar en casi un 50% los precios inicialmente fijados para las frutas, cifra que coincide con el acuerdo de precios que habrían celebrado los participantes del acuerdo y con las observaciones que presentaron en ejecución de ese pacto.

Ahora, pese a que la Delegatura se ha dedicado a analizar todos los puntos relativos a la definición del precio por parte de la **SED**, es necesario hacer una precisión final. Sin perjuicio del resultado del análisis sobre el cálculo de los precios ofertados para el grupo de las "*frutas y hortalizas*" en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, incluso si los investigados hubieran logrado demostrar que el precio ofertado en proceso **LP-AMP-129-2016** era absurdamente bajo en nada cambiaría la conclusión sobre la idoneidad de la conducta coordinada. En efecto, la materialización de la conducta desplegada por los investigados y la idoneidad de esta para restringir la libre competencia económica está más que acreditada en esta actuación administrativa, es por ello que sorprende la defensa de los investigados encaminada a excusar el comportamiento restrictivo fundado en un supuesto error en el cálculo por parte de **CCE** y la **SED**, pues, tal como se ha indicado, aun en el evento en el que existiera un error en el precio de referencia, la ley de competencia debe cumplirse por los empresarios del país.

<sup>384</sup> Folio 1614 del cuaderno público No. 9 (Declaración de Camilo Gutiérrez **CCE** minuto 41:00).

En este sentido, argumentar que un empresario que (i) se reunió, (ii) acordó los precios, (iii) coordinó sus observaciones y (iv) concertó la no presentación de ofertas en el proceso de selección para forzar un incremento en los precios de referencia (v) y luego, cuando logró su propósito, conformó una unión temporal para falsear nuevamente la competencia, no infringió las normas sobre protección de la libre competencia porque –en su concepto– la entidad contratante calculó mal los precios de referencia y, en últimas, nadie se iba a presentar, es un pretexto de la misma naturaleza que presenta quien trata de justificar que no paga impuestos porque seguramente se los robarán o como el que refiere quien se apodera de un bien ajeno porque de igual forma al dueño se le iba a perder. Todos esos pretextos, como es evidente, carecen entonces de asidero jurídico y constituyen una justificación que de manera alguna pudiera considerarse de recibo por parte de esta Delegatura.

## 6. Responsabilidad de los investigados

### 6.1. Responsabilidad en el proceso de selección LP-AMP-129-2016

#### 6.1.1. Responsabilidad de ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, BESTCOLFRUITS, ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ

Con lo que se dejó establecido en la Resolución No. 53641 de 1 de septiembre de 2017<sup>385</sup>, mediante fundamentos que resultaron corroborados durante la etapa probatoria y, además, teniendo en cuenta que las defensas que formularon los investigados se encuentran desvirtuadas, es claro que **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados), **DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **BESTCOLFRUITS** coordinaron su comportamiento en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con el objeto y/o efecto de fijar –directa o indirectamente– los precios y otras condiciones técnicas del grupo de las “*frutas y hortalizas*” dentro del referido proceso de selección.

Para ello, como quedó demostrado en esta investigación, estos agentes del mercado implementaron una estrategia dirigida, en primer lugar, a presionar a **CCE** y la **SED** a través de la presentación coordinada de observaciones encaminadas a modificar el precio de referencia de las frutas, al igual que otras condiciones técnicas contenidas en el pliego de condiciones del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En segundo lugar, en razón de que la estrategia desplegada por estos agentes del mercado no surtió los resultados esperados, concertaron la no presentación de ofertas con la finalidad de boicotear el proceso de selección con el objeto y el efecto de que la entidad contratante declarara desierto el grupo de las “*frutas y hortalizas*” y se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de contratación con las condiciones esperadas por estos agentes del mercado. En tercer lugar, para que su propósito no se viera frustrado, se valieron de una última estrategia, consistente en presionar e influir en **FAC S.A.S.** –único oferente– para que se abstuviera de presentar oferta y, luego de presentada, procuraron influir en esa empresa para que no la subsanara.

Sobre este comportamiento, se comprobó que el esquema de coordinación resultó idóneo para limitar la libre competencia económica, pues, como quedó explicado, pusieron en peligro el bienestar del Estado en su rol de consumidor y la eficiencia económica.

Así las cosas, dado que el comportamiento investigado indiscutiblemente reunió todos los elementos de configuración del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

<sup>385</sup> Folios 1671 al 1692 del cuaderno público No. 9.

### **6.1.2. Responsabilidad de JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**

Todo lo que ha sido expuesto en este informe con base en el material probatorio recaudado durante el proceso permite concluir que los representantes legales y aquellas que tenían poder decisorio dentro de las personas jurídicas investigadas participaron, en algunas actividades por acción y en otras por omisión, en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica que ha sido descrito. En efecto, todas las pruebas recaudadas en este caso, incluyendo las que se practicaron durante la etapa probatoria, evidencian que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) estructuraron el esquema de coordinación que ha sido analizado y participaron directamente en su implementación. Adicionalmente, no puede perderse de vista que, aunque tenían conocimiento de esa conducta y la potestad para finalizarla, se abstuvieron de adoptar alguna medida para que **DISFRUVER**, **ALIMENTOS DAZA** y **BESTCOLFRUITS** actuaran como proponentes verdaderamente individuales.

### **6.2. Responsabilidad en el proceso de selección SA-SI-140-AG-2017**

#### **6.2.1. Responsabilidad de ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**

Del mismo modo, en esta investigación quedó demostrado con los elementos establecidos en la Resolución No. 18645 de 2017, corroborados durante la etapa probatoria, que **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (controlante de **ALIMENTOS DAZA** para los hechos investigados), **DISFRUVER**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**) y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** adoptaron un esquema de colaboración orientado, por un lado, a incrementar las barreras de entrada del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** mediante la presentación de observaciones que tenían como propósito aumentar los requisitos habilitantes que debían acreditar los proponentes y, por otro lado, eliminar la competencia a la que estaban llamados en el mencionado proceso de selección a través de la conformación y abuso de la figura jurídica de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, estrategia esta que implementaron con el propósito de renunciar a la rivalidad entre ellos y repartirse los beneficios económicos del contrato conforme con el porcentaje de ventas que cada uno venía realizando.

Es de resaltar que, como quedó acreditado en este informe motivado, aunque **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** finalmente no hizo parte de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**, sí participó durante todas las negociaciones que tenían por objeto la conformación de la estructura plural referida, con la cual eliminaron las presiones competitivas que se hubieran podido traducir en ofertas más favorables para la entidad contratante.

Así las cosas, este esquema de colaboración resultó idóneo para limitar la libre competencia económica pues, como quedó explicado, impidió condiciones de eficiencia económica al eliminar la competencia a la que estaban llamados los mencionados agentes del mercado y con ello redujo el bienestar del *consumidor-Estado*, en este caso la **SED**, que se hubiera podido traducir en ofertas más favorables para la entidad contratante.

En este sentido, dado que el comportamiento investigado indiscutiblemente reunió todos los elementos de configuración del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica

descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

### 6.2.2. Responsabilidad de **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA**

Debe advertirse que, conforme con el material probatorio recaudado, no se logró acreditar que **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA** hubiera participado en el esquema de colaboración que tenía como propósito eliminar la competencia en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** a través de la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE**. En efecto, aunque **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA** integró la mencionada estructura plural, quien participó en la estructuración del esquema de colaboración y participó directamente de su ejecución fue **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio no declarar responsable a **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA** por la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

### 6.2.3. Responsabilidad de **ALIMENTOS SPRESS**

Aunque en el curso del proceso se acreditó que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó en el comportamiento restrictivo de la libre competencia materia de investigación, ninguna prueba se encontró que permita concluir que aquella agente del mercado utilizó la persona jurídica con la que está vinculada para efectos de materializar la conducta analizada. Nótese que en relación con el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, a diferencia de lo que aconteció en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** actuó directamente, sin utilizar las sociedades comerciales con las que desarrollaba su actividad mercantil.

### 6.2.4. Responsabilidad de **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**

De acuerdo con el material probatorio recaudado durante esta actuación administrativa se concluye que los representantes legales y quienes tenían poder decisorio dentro de las personas jurídicas investigadas, participaron –en algunas actividades por acción y en otros casos por omisión– en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica que ha sido descrito. En efecto, todas las pruebas recaudadas en este caso evidencian que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) participaron de la estructuración del esquema de colaboración que ha sido analizado, coordinaron su ejecución y participaron directamente en su implementación. A esto, debe agregarse un punto adicional, aunque **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) tenían conocimiento del comportamiento y la potestad para finalizarlo, se abstuvieron de adoptar alguna medida para que **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA** compitieran como proponentes individuales con las presiones competitivas propias de un proceso de selección contractual.

## 6.3. Criterios de graduación

Ahora bien, con el propósito de graduar la sanción, el Superintendente de Industria y Comercio debería tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, no puede perderse de vista que el comportamiento adoptado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) durante la actuación administrativa que nos ocupa fue criticable. Como ha quedado expuesto en este informe motivado, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se caracterizó, en etapa de averiguación preliminar, por la renuencia a responder de manera clara y directa a las preguntas formuladas por la Delegatura; dar versiones contradictorias; e inclusive, hacer pasar como propio el equipo celular de otra persona para aportarlo con destino al expediente. Este comportamiento renuente continuó durante la investigación formal, pues, en etapa probatoria, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) no acudió a la citación de ratificación de la declaración tomada en averiguación preliminar ni explicó la razón de tal proceder.

En segundo lugar, la graduación de la sanción debería tener en cuenta como un factor de reducción, la conducta procesal que adoptaron **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**). Esto es, (i) el allanamiento a los cargos formulados en el artículo primero de la Resolución No. 53641 de 2017 y (ii) la abstención de retirar los elementos de prueba aportados junto con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>386</sup> conforme con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015<sup>387</sup>, según el cual, "la omisión de retirar los elementos de prueba aportados se entenderá como una solicitud de reducción de la multa aplicable".

## 7. Recomendación

### 7.1. En el proceso de selección LP-AMP-129-2016

#### 7.1.1. Sobre los agentes del mercado:

- **Declarar responsable y sancionar a INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- **Declarar responsable y sancionar a HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** porque está demostrado que, en su calidad de controlante de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** para los hechos objeto de esta investigación, incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- **Declarar responsable y sancionar a COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Para la imposición de la sanción téngase

<sup>386</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

<sup>387</sup> Decreto 1523 de 2015, Artículo 2.2.2.29.2.6. Requisitos para suscribir el Convenio de Beneficios por Colaboración. "(...) Parágrafo. En cualquier momento durante el trámite de beneficios por colaboración, previo a la suscripción del Convenio, el solicitante podrá retirar la solicitud de beneficios por colaboración, incluyendo los elementos de prueba presentados. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual el funcionario competente comunique al solicitante la decisión sobre el incumplimiento de los requisitos para suscribir el Convenio, este se abstiene de retirar los elementos de prueba, se entenderá que el solicitante autoriza irrevocablemente a la Superintendencia de Industria y Comercio para incorporarlos al expediente de la investigación como elementos probatorios. En todo caso, la omisión de retirar los elementos de prueba aportados se entenderá como una solicitud de reducción de la multa aplicable." (resaltado fuera de texto).

en cuenta que la investigada (i) se allanó a los cargos formulados en el artículo primero de la Resolución 53641 de 2017 y (ii) no retiró los elementos de prueba allegados con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>388</sup>.

- **Declarar responsable y sancionar a BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- **Declarar responsable y sancionar a ALIMENTOS SPRESS S.A.S.** (anteriormente **LTDA.**) porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- **Declarar responsable y sancionar a NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- **Declarar responsable y sancionar a STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** porque está demostrado que, en su calidad de vinculada a **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

#### 7.1.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado:

- **Declarar responsable y sancionar a JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, representante legal de **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Para la imposición de la sanción téngase en cuenta que el investigado (i) se allanó a los cargos formulados en el artículo primero de la Resolución 53641 de 2017 y (ii) no retiró los elementos de prueba allegados con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>389</sup>.
- **Declarar responsable y sancionar a ANDREA ROSAS DÍAZ**, subgerente de **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Para la imposición de la sanción téngase en cuenta que la investigada (i) se allanó a los cargos formulados en el artículo primero de la Resolución 53641 de 2017 y (ii) no retiró los elementos de prueba allegados con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>390</sup>.
- **Declarar responsable y sancionar a GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, representante legal de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de

<sup>388</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

<sup>389</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

<sup>390</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

- **Declarar responsable y sancionar a NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, representante legal de **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

## 7.2. En el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**

### 7.2.1. Sobre los agentes del mercado:

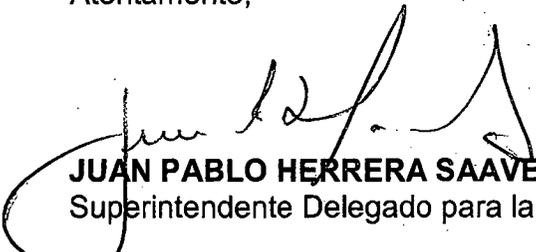
- **Declarar responsable y sancionar a INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.
- **Declarar responsable y sancionar a HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** porque está demostrado que, en su calidad de controlante de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** para los hechos objeto de esta investigación, incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.
- **Declarar responsable y sancionar a COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Para la imposición de la sanción téngase en cuenta que la investigada no retiró los elementos de prueba allegados a la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>391</sup>.
- **Declarar responsable y sancionar a STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** porque está demostrado que, en su calidad de vinculada a **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.
- **Declarar responsable y sancionar a NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** porque está demostrado que incurrió en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.
- **Archivar la actuación en relación con ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**
- **Archivar la actuación en relación con HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO.**

<sup>391</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

### 7.2.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado investigados:

- **Declarar responsable y sancionar a JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, representante legal de **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Para la imposición de la sanción téngase en cuenta que el investigado no retiró los elementos de prueba allegados junto con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>392</sup>.
- **Declarar responsable y sancionar a ANDREA ROSAS DÍAZ**, sugerente de **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**. Para la imposición de la sanción téngase en cuenta que la investigada no retiró los elementos de prueba allegados junto con la solicitud de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración<sup>393</sup>.
- **Declarar responsable y sancionar a GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, representante legal de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Atentamente,

  
**JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA**

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Preparó: E.M.C.V. – D.C.G.O. – N.R.P. – D.F.A.I.

Revisó: C.A.E.C. – I.B.P. – F.M.R.

Aprobó: J.P.H.S.

<sup>392</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.

<sup>393</sup> Expediente identificado con radicado No. 17-329492.