

**INFORME MOTIVADO DE INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA
POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA
COLUSIONES EN PROCESOS DE SELECCIÓN CONTRACTUAL**

Radicación:	12-236429
Referencia:	Investigación por prácticas comerciales restrictivas – Colusiones en procesos de selección contractual.
Conductas:	<ol style="list-style-type: none"> 1. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959. 2. Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. 3. Numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.
Proceso de Selección Contractual:	Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 celebrado por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF .
Investigados:	Por las conductas descritas en los numerales 1 y 2 descritos en la conducta: FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA (en adelante FUNDESOE), y la CORPORACIÓN MELQUIADES (en adelante MELQUIADES). Por la conducta descrita en el número 3: OLGA INÉS FLÓREZ PERTUZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO .

Conforme lo establecido en el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011¹, y con base en el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992² para los trámites de investigación por prácticas restrictivas de la competencia, una vez instruida la investigación y adelantada la audiencia verbal adicionada al trámite por el Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presenta ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado al finalizar las investigaciones llevadas a cabo por posibles infracciones al Régimen de Protección de la Competencia.

En cumplimiento de lo anterior, el presente informe corresponde a la investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas iniciada mediante la Resolución No. 54684 del 16 de septiembre de 2013³, del cual se dará traslado a los investigados por 20 días hábiles, en atención a lo preceptuado en la norma ya enunciada.

1. ORIGEN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante **ICBF**), remitió a esta Entidad el oficio No.3-2012-050074- NAC del 27 de diciembre de 2012, radicado en la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**) con el No. 12-236429- 0 del 28 de diciembre de 2012⁴.

En dicho oficio el **ICBF** señaló que durante el proceso de evaluación de la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No.003 de 2012, la Universidad

¹ **DECRETO 4886 DE 2011, ARTÍCULO 9, NUMERAL 6:** “Son funciones del despacho del Superintendente delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal”.

² **DECRETO 2153 DE 1992, ARTÍCULO 52:** “(...) Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite. (...)”

³ Folios 94 al 102 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (En adelante cuando se utilice la expresión “Expediente” se hará referencia al trámite No. 12-236429)

⁴ Folio 1 al 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. En adelante cuando se utilice la expresión “Expediente” en el presente Acto Administrativo, la misma hará referencia al radicado No. 12-236429.

Sergio Arboleda en calidad de comité evaluador y de calificación de las propuestas, advirtió que en los certificados de existencia y representación legal de los proponentes **CORPORACIÓN MELQUIADES** (en adelante **MELQUIADES**) y de la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA** (en adelante **FUNDESOE**), figuraba como representante legal **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, identificada con cédula de ciudadanía No.34.974.792, por lo cual ambos proponentes fueron rechazados en la fase I de la Convocatoria.

2. TRÁMITE DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE No. 003 DE 2012

Una vez revisada la información allegada por el **ICBF**, esta Delegatura encontró que los hechos acontecidos con ocasión de la Convocatoria Pública objeto de estudio fueron los siguientes:

2.1. Aviso de convocatoria al proceso

Por medio de aviso del 30 de octubre de 2012, el **ICBF**, publicó la invitación a todos los interesados a participar en la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE No. 003 DE 2012**, a través de la página de internet: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RESedeDireccion/CP-003-2012>.

Es de mencionar que previo a la publicación de la convocatoria, en este mismo portal, se publicaron los estudios y documentos previos, el proyecto de pliegos de condiciones, la zonificación y los lineamientos técnicos.

2.2. Apertura de la Convocatoria

Mediante Resolución No. 8693 del 16 de noviembre de 2012, el **ICBF** ordenó la apertura del proceso de selección correspondiente a la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 del Programa de Alimentación Escolar PAE, cuyo objeto era el siguiente:

“El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR invita a acreditar y actualizar los requisitos habilitantes para la conformación de la lista de oferentes habilitados con los cuales el ICBF podrá celebrar contratos de aporte para desarrollar el Programa de Alimentación Escolar en el territorio nacional, a través del cual se brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes inscritos en la matrícula (sic) oficial acorde a los lineamientos técnico administrativos y estándares del programa de alimentación escolar⁵”.

De manera particular, se tiene que el alcance del objeto a contratar radicaba en la selección de los operadores que garantizaran:

(...)

“un nivel alto de cumplimiento para el Programa de Alimentación (sic) Escolar que brinde un complemento alimentario durante la jornada escolar a los niños, niñas y adolescentes escolarizados.

Días (sic) de Atención: 130 días (sic) de calendario escolar.

El valor a reconocer por ración para la operación del Programa en 2013 es:

Desayuno: \$906 Ración/Escolar/día

⁵ Página 5 Pliegos de Condiciones Definitivos del proceso CP-003 DE 2012, Disponible en http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP-003-2012/PLIEGO%20DE%20CONDICIONES%20DEFINITIVO%20CP003%20DE%202012.pdf [Fecha de Consulta 29 Diciembre de 2014].

Almuerzo: \$1.233 Ración/Escolar/día⁶.

El **ICBF** contempló para la celebración de los contratos, una disponibilidad presupuestal de **CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE** (\$498.349.342.790)⁷.

Dado el presupuesto estimado por el **ICBF**, los contratos de aporte a celebrar con los proponentes ganadores correspondían a los aportes que el **ICBF** determinó para cada Regional de la siguiente manera:

Cuadro No. 1 Zonificación PAE

REGIONAL	CUPOS DESAYUNO	INVERSIÓN DESAYUNO	CUPOS ALMUERZO	INVERSIÓN ALMUERZO*	TOTAL CUPOS	TOTAL INVERSIÓN
AMAZONAS	240	\$ 28.267.200	3.016	\$ 620.663.810	3.256	\$ 648.931.010
ANTIOQUIA	424.070	\$ 49.946.964.600	6.886	\$ 1.143.722.060	430.956	\$ 51.090.686.660
ARAUCA	26.918	\$ 3.170.402.040	9.925	\$ 1.692.224.170	36.843	\$ 4.862.626.210
ATLANTICO	94.349	\$ 11.112.425.220	42.361	\$ 6.822.276.370	136.710	\$ 17.934.701.590
BOGOTA	152.687	\$ 17.983.474.860	-	\$ -	152.687	\$ 17.983.474.860
BOLIVAR	134.141	\$ 15.799.126.980	49.773	\$ 8.335.961.530	183.914	\$ 24.135.088.510
BOYACA	19.574	\$ 2.305.425.720	114.031	\$ 18.278.028.990	133.605	\$ 20.583.454.710
CALDAS	77.799	\$ 9.163.166.220	42.314	\$ 6.869.039.060	120.113	\$ 16.032.205.280
CAQUETA	58.205	\$ 6.855.384.900	10.648	\$ 1.833.206.960	68.853	\$ 8.688.591.860
CASANARE	32.218	\$ 3.794.636.040	-	\$ -	32.218	\$ 3.794.636.040
CAUCA	134.040	\$ 15.787.231.200	-	\$ -	134.040	\$ 15.787.231.200
CESAR	91.596	\$ 10.788.176.880	32.802	\$ 5.584.583.940	124.398	\$ 16.372.760.820
CHOCO	76.822	\$ 9.048.095.160	53.402	\$ 9.785.097.140	130.224	\$ 18.833.192.300
CORDOBA	173.359	\$ 20.418.223.020	13.382	\$ 2.145.000.780	186.741	\$ 22.563.223.800
CUNDINAMARCA	224.187	\$ 26.404.744.860	797	\$ 127.751.130	224.984	\$ 26.532.495.990
GUAINIA	3.307	\$ 389.498.460	2.370	\$ 428.875.200	5.677	\$ 818.373.660
GUAVIARE	12.689	\$ 1.494.510.420	3.831	\$ 646.518.990	16.520	\$ 2.141.029.410
HUILA	36.034	\$ 4.244.084.520	72.518	\$ 11.699.676.300	108.552	\$ 15.943.760.820
LA GUAJIRA	59.905	\$ 7.055.610.900	9.553	\$ 1.552.125.250	69.458	\$ 8.607.736.150
MAGDALENA	110.282	\$ 12.989.013.960	39.262	\$ 6.620.652.220	149.544	\$ 19.609.666.180
META	48.041	\$ 5.658.268.980	24.245	\$ 3.944.583.370	72.286	\$ 9.602.852.350
NARIÑO	239.128	\$ 28.164.495.840	5.088	\$ 815.555.520	244.216	\$ 28.980.051.360
NORTE DE SANTANDER	72.448	\$ 8.532.925.440	69.191	\$ 11.458.044.910	141.639	\$ 19.990.970.350
PUTUMAYO	25.471	\$ 2.999.974.380	33.253	\$ 6.290.908.650	58.724	\$ 9.290.883.030
QUINDIO	34.696	\$ 4.086.494.880	16.619	\$ 2.690.142.390	51.315	\$ 6.776.637.270
RISARALDA	60.550	\$ 7.131.579.000	11.679	\$ 1.884.194.910	72.229	\$ 9.015.773.910
SAN ANDRES	6.408	\$ 754.734.240	2.299	\$ 572.933.790	8.707	\$ 1.327.668.030
SANTANDER	78.463	\$ 9.241.372.140	72.170	\$ 11.998.443.860	150.633	\$ 21.239.816.000
SUCRE	69.038	\$ 8.131.295.640	50.791	\$ 8.388.272.750	119.829	\$ 16.519.568.390
TOLIMA	128.978	\$ 15.191.028.840	16.687	\$ 2.704.340.990	145.665	\$ 17.895.369.830
VALLE DEL CAUCA	348.303	\$ 41.023.127.340	-	\$ -	348.303	\$ 41.023.127.340
VAUPES	3.624	\$ 647.790.000	1.861	\$ 451.441.380	5.485	\$ 1.099.231.380
VICHADA	12.475	\$ 1.842.308.000	480	\$ 86.860.800	12.955	\$ 1.929.168.800
TOTAL	3.070.045	\$ 362.183.857.880	811.234	\$ 135.471.127.220	3.881.279	\$ 497.654.985.100

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

2.3. Del mecanismo de participación establecido por el ICBF

El proceso de selección adelantado por el **ICBF** se cursó bajo la modalidad de “contratos de aporte”, proceso que tal y como se indica en los pliegos de condiciones publicados por la entidad contratante, se rige por los principios generales de la función pública, en consonancia con los principios que rigen la contratación administrativa.

La contratación de los programas estratégicos y misionales del **ICBF**, se lleva a cabo bajo el régimen especial de “contrato de aporte” regido conforme a lo dispuesto en la Ley 7 de 1979 y los Decretos 2388 de 1979, 2737 de 1989, 334 de 1980, 2923 de 1994, 1477 de 1995, 2150 de 1995 y 1137 de 1999. En aquello no previsto en las normas anotadas, se debe aplicar el régimen general de contratación Estatal, así

⁶ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

como el Manual de Contratación del **ICBF** (Resolución No. 2690 del 14 de junio de 2012).

Lo anterior, dado que el **ICBF** es una entidad de carácter descentralizado del orden nacional, con autonomía administrativa y presupuestal.

Se tiene además, que de acuerdo con el artículo 125 del Decreto 2388 de 1979, los contratos de aporte se pueden suscribir con las siguientes entidades sin ánimo de lucro:

- Fundaciones,
- Asociaciones,
- Cooperativas,
- Agremiaciones,
- Cajas de Compensación Familiar,
- ONGs,
- Uniones temporales o consorcios conformados por organizaciones sin ánimo de lucro

Aunado a lo anterior y conforme a lo dispuso el **ICBF**, en la convocatoria objeto de análisis, *“podrían participar en el proceso los nuevos oferentes, los proponentes incluidos en la lista de la lista de operadores habilitados para el PAE 2012 que pretendan actualizar los documentos presentados en la Convocatoria Pública N° 005 de 2011 y que no cumplieron con algún requisito subsanable (quienes deberán cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos para los nuevos proponentes), lo anterior a efectos de conformar la lista de entidades habilitadas para la contratación del Programa de Alimentación Escolar -PAE- en la vigencia 2013⁸”*.

Todos los anteriores debían someterse a cumplir con las dos fases establecidas en el proceso, las cuales de acuerdo con su fuente - el Manual de Contratación del **ICBF** y los Pliegos Definitivos de la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE No. 003 DE 2012**, deberían surtirse así:

Primera fase - Evaluación de requisitos habilitantes

A partir de la convocatoria pública al proceso, los interesados debían acreditar cumplir con los requisitos jurídicos, financieros y de experiencia señalados por la entidad contratante. Esta primera fase era eliminatoria, en el sentido de que si el proponente interesado no cumplía con los requisitos exigidos, sería excluido de la lista de oferentes.

Finalizada la evaluación a los interesados y determinados aquellos que cumplieron con los requisitos habilitantes mencionados, el **ICBF** establecía la lista de oferentes habilitados para continuar en el proceso, y en la pugna para lograr en su beneficio la adjudicación del contrato pretendido. La habilitación realizada a los proponentes se realizaría por cupos de alimentación escolar, para lo cual los proponentes debían señalar un máximo de tres (3) departamentos de interés en los cuales aplicaría en las rondas de la segunda fase.

Al respecto, conforme a los Pliegos de Condiciones definitivos de este proceso, dichas manifestaciones de interés debían sustentarse con la acreditación de una experiencia⁹ mínima en la(s) zona(s) escogida(s), equivalente al 30% del valor total de los cupos de la zona afectada¹⁰.

⁸ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ En el proceso bajo referencia, de acuerdo a los Pliegos de Condiciones Definitivos, se podrían presentar un máximo de 14 certificaciones de contratos terminados, ejecutados y liquidados cuyo objeto fuera el “Suministro de alimentación para el consumo humano, de acuerdo a una minuta patrón y ciclos de menús preestablecidos, entregados al consumidor final”. (Página 39 de los Pliegos Definitivos). De igual forma, en el documento referenciado, se establecía que la antigüedad máxima de los contratos presentados, era de 10 años, anteriores a la fecha de cierre de la Fase I (página 40 de los Pliegos Definitivos).

Una vez determinado el cumplimiento de los requisitos habilitantes, esta fase concluía con la asignación puntual del número máximo de cupos habilitados, para cada proponente que superara dicho examen.

Este número máximo de cupos habilitados, se establecía conforme la capacidad técnica y a la capacidad financiera de cada participante, tal como se describe a continuación:

En primer lugar, el **ICBF** determinó que el valor promedio ponderado de cada cupo a 130 días del calendario escolar de 2013, equivalía a un valor de **CIENTO VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS \$128.249**. De igual forma, estableció que cada proponente debía presentar una experiencia específica de dos (2) veces dicho valor por cada cupo a habilitar. En otras palabras, por cada **DOSCIENTOS CIENCIENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS \$256.498** de experiencia específica certificada, se le habilitaría un cupo al proponente estudiado.

En este orden de ideas, determinó que con base en el número total de cupos habilitados por el componente de experiencia, se fijaba el número máximo de cupos habilitados de acuerdo a la siguiente fórmula:

Imagen No.1 Cupos habilitantes por experiencia

DETERMINACION DE CUPOS HABILITABLES POR EXPERIENCIA		
Sumatoria del valor de los contratos con que acredita la experiencia calificados como cumple.	Dividido por \$256.498,0 (2 veces el valor cupo anual 2013 equivalente a \$128.249,0)	El resultado será el número máximo de cupos habilitables por experiencia.

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Así mismo, en cuanto a los cupos otorgados por capacidad financiera, el **ICBF** estableció que los proponentes debían acreditar un cupo de crédito equivalente al 5% del valor promedio ponderado del cupo a 130 días del calendario escolar de 2013. Es decir, una suma de **SEIS MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS CON CUATRO CENTAVOS \$6.412,4** por cupo. De esta forma, el número máximo de cupos habilitados por la capacidad financiera, se establecía de acuerdo al siguiente cálculo:

Imagen No.2 Cupos por Capacidad Financiera

DETERMINACION DE CUPOS HABILITABLES POR CAPACIDAD FINANCIERA		
Valor del cupo de crédito calificado como cumple.	Dividido por \$6.412,4 (5% del valor cupo anual 2013)	El resultado será el número máximo de cupos habilitables por capacidad Financiera.

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Acorde con los Pliegos de Condiciones Definitivos de la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE No. 003 DE 2012**, el **ICBF** establecía el número máximo de cupos habilitados para cada proponente, conforme al número coincidente de estos por el criterio financiero y de experiencia específica, es decir, el mínimo entre estos dos.

A manera de ilustración, considérese el siguiente ejemplo planteado en los Pliegos Definitivos referidos anteriormente:

“Un proponente acredita:

¹⁰ Para determinar el cumplimiento de este requisito, todos los contratos previos a 2012, se debían actualizar a valor de SMLMV de dicho año.

1. Un cupo de crédito calificado como cumple por valor de \$ 105.000.000.
2. La sumatoria de la experiencia específica acreditada a través de las certificaciones calificadas como cumple es de \$ 12.000.000.000.
3. La determinación de cupos habilitables en razón de la capacidad financiera del proponente se calcula así: $\$105.000.000 / \$6.412,4 = 16.375$ cupos habilitables.
4. Es decir, que financieramente el proponente puede habilitar hasta 16.375 cupos.
5. La determinación de cupos habilitables en razón de la experiencia acreditada del proponente se calcula así: $\$ 12.000.000.000 / \$ 256.498,0 = 46.784$ cupos.
6. Es decir, que en razón de la experiencia el proponente puede habilitar hasta 46.784 cupos.
7. El ICBF determina la capacidad habilitable en cupos hasta el número máximo de cupos para los que acredite coincidentemente capacidad financiera y experiencia, es decir que el proponente del ejemplo estará habilitado en la lista de oferentes para el Programa de Alimentación Escolar para operar 16.375 cupos.”

Segunda fase - Habilitación de los operadores a nivel regional

Surtida la primera fase y establecida la lista de proponentes habilitados, estos podían presentar propuesta para las zonas de los departamentos en los que se presentó interés en la primera fase y según el número de cupos por el cual se les habilitó.

Así las cosas y una vez habilitados los proponentes y establecido el número de cupos a operar, los oferentes tenían tres opciones a saber:

1. Continuar como proponentes individuales habilitados en la Fase I.
2. Mantener las uniones temporales o consorcios habilitados en la Fase I.
3. Conformar consorcios o uniones temporales exclusivamente con proponentes individuales habilitados en la Fase I, esto siempre y cuando se excluyeran de la presentación, las ofertas individuales de sus integrantes.

Encontrándose establecidos estos lineamientos y condiciones en el Pliego Definitivo de Condiciones, cada proponente habilitado podía presentar su propuesta por un máximo de tres regionales, según los cupos habilitantes calculados.

De acuerdo con los Pliegos Definitivos de Condiciones de la **CONVOCATORIA PÚBLICA DE RÉGIMEN ESPECIAL DE APOORTE No. 003 DE 2012**, el orden de elegibilidad establecido por el ICBF, se determinaba según el puntaje obtenido por cada participante, conforme al criterio de Asociaciones de Padres de Familia (**ASPF**, en adelante) y el de Compras Locales (en adelante **CL**).

En cuanto al criterio de **ASPF**, el ICBF distribuía un máximo de 10 puntos, de acuerdo a la oferta de subcontratación para la operación del contrato con alguna de estas asociaciones. Esta oferta de subcontratación, consistía en un porcentaje entre el 0% y el 5% del valor total del contrato. De esta manera, los puntos asociados a cada porcentaje, son los mostrados a continuación¹¹:

Imagen No. 3 Escala de puntajes por ASPF

Porcentaje por oferta de subcontratación	Puntos asignados
Hasta 1 %	2
Superior al 1% y Hasta el 2 %	4
Superior al 2% y Hasta el 3 %	6
Superior al 3% y Hasta el 4 %	8
Superior al 4% y Hasta el 5 %	10

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹¹ Para el caso en el que el proponente fuese una **ASPF** o un consorcio u unión temporal integrado exclusivamente por ASPF, el ICBF otorgaba el máximo puntaje (de 10 puntos) de forma automática.

Por su parte, el criterio de **CL**, reconocía un punto por cada uno de los porcentajes que se ofertaran para compras locales de productos perecederos, tales como huevo, frijoles, lentejas, garbanzo, pan o arepa de maíz, papa plátano, ñame, o fruta para el caso del desayuno y zanahoria, tomate, cebolla, habichuela, pepino, repollo, arveja, entre otras, para el caso del almuerzo. Dichos puntajes, se asignaban de la siguiente forma:

Imagen No. 4 Escala de puntajes por CL

Porcentaje ofrecido de compra local	Puntos asignados
5 %	1
6 %	2
7 %	4
8 %	6
9 %	8
10 %	10

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Finalmente, el orden de elegibilidad entre los proponentes que presentaran oferta formal por alguna(s) regional(es), se derivaría de la suma entre los puntajes obtenidos por los criterios de **ASPF** y **CL**. Según los Pliegos de Condiciones Definitivos, para aquellos casos en que los puntajes obtenidos por dos o más proponentes fuesen iguales, se utilizarían de manera excluyente los siguientes criterios de desempate, utilizados jerárquicamente en el mismo orden en que se presentan a continuación:

- I. Elección de aquella propuesta que no cuente con multas o declaratorias de incumplimiento, en el departamento al cual pertenece la zona para la cual se esté evaluando el orden de elegibilidad.
- II. Elección del oferente que no registre multas o incumplimientos ni con el **ICBF**, ni con otra entidad en los últimos 5 años, contados desde la fecha de cierre de la Fase I.
- III. De persistir, el empate se resuelve a favor de aquel proponente que tenga dentro de su nómina un mínimo del 10% de personal con discapacidad. Para establecer esta situación, se solicitarían las certificaciones y las garantías pertinentes.
- IV. De continuar el empate, se elige a aquel proponente que haya obtenido el mayor puntaje en el criterio de operación a través de **ASPF**.
- V. En caso de que no se resuelva el desempate por ninguno de los criterios anteriores, el **ICBF** sortearía la adjudicación de la zona mediante audiencia pública.

Así, establecidos los lineamientos y condiciones en el pliego definitivo, cualquier oferente que acreditara cumplir las exigencias previstas en este, podía acceder al proceso presentando su oferta.

Adicionalmente, tal como se explicó al inicio de esta sección, cabe resaltar que todos aquellos proponentes habilitados en lista **PAE** del año anterior (2012), se consideraban automáticamente en el “Banco de Oferentes” contemplado por **ICBF** para la celebración de los contratos de aporte, con lo cual, habilitaciones previas en procesos similares, facilitaban en cierto grado la presentación en procesos actuales, pues no obstante se debía cumplir de manera íntegra con todos los requisitos contemplados en los Pliegos de Condiciones, el trámite previo de documentos necesarios y el conocimiento mismo del procedimiento de selección, hacen más accesible una nueva presentación de ofertas.

2.4. Recepción de propuestas

El 22 de noviembre de 2012, conforme el cronograma del proceso fijado por el **ICBF**, se procedió a diligenciar el acta de cierre en la que se dejó constancia de las propuestas recibidas. En dicha acta se consignó la información de cada propuesta (nombre del proponente, número de identificación carta de presentación, zonas de interés, valor asegurado, número de folios entregados). Fue así como se recibieron para el territorio nacional un total de 243 propuestas, entre las cuales figuraban las siguientes:

Tabla No. 1 Propuestas presentadas en la CP-003 DE 2012

Proponente
CORPORACIÓN MELQUIADES
FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO, EL DESARROLLO Y LA ECOLOGÍA- FUNDESOE

Fuente: Elaboración **SIC** de información obrante en el Expediente¹².

Este mismo día y al cierre de la Fase I, el Comité designado para la evaluación y calificación de las propuestas encontró que en los certificados de existencia y representación legal de la **CORPORACIÓN MELQUIADES** y de la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA FUNDESOE**, figuraba como representante legal de las anteriores, **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**.

2.4.1. Visita obligatoria realizada por el ICBF en el curso del proceso

De conformidad con lo establecido en el numeral 2.15 del pliego de condiciones, el cual hace alusión al numeral 3.3.1.13 del Manual de Contratación del **ICBF**¹³, el **ICBF** de manera previa y obligatoria adelantó visita a las instalaciones de los participantes en la convocatoria, y entre ellos a **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, con el fin de verificar la capacidad administrativa de los proponentes, encontrando lo siguiente:

Imagen No. 5 Resultado de la visita obligatoria



Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

2.4.2. Las observaciones

En respuesta a las observaciones realizadas por los funcionarios delegados por el **ICBF** luego de la visita obligatoria, **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, como representante legal de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** manifestó lo siguiente:

¹² CD Contenido en Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹³ "por regla general se establecerá en los pliegos de condiciones la obligatoriedad del **ICBF** de realizar una visita a las instalaciones de los participantes en el proceso de convocatoria pública, para cada caso, deberán señalarse los aspectos que serán verificados en dicha visita (...)"

Imagen No. 6 Observaciones de la visita obligatoria

Representante	
Empresa	CORPORACIÓN MELQUIADES Y LA FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA -FUNDESOL

Observación N° 3

*"ATLANTICO
Sábado, 24 de noviembre de 2012 11:28:33 a.m. Como representante legal de la CORPORACIÓN MELQUIADES Y LA Fundación Para el Fomento de la Democracia el Desarrollo Social y la Ecología -FUNDESOL-, me permito hacerle la siguiente aclaración sobre la "visita de verificación de requisitos habilitantes", realizada por funcionarios del ICBF regional Atlántico:*

Que la CORPORACIÓN MELQUIADES y FUNDESOL, actualmente comparten una sede administrativa, ubicada en la Carrera 46 # 74 – 45 en la ciudad de Barranquilla, equipada con línea telefónica, internet, cuenta de correo electrónico, recurso humano, computadores, impresoras,

escáner, fotocopiadora, recursos idóneos y suficientes para responder a las necesidades de los proyectos que actualmente ejecuta.

Todo lo anterior se puede constatar en los formatos diligenciados por las personas que realizaron la visita, lo que prueba que contamos con unos espacios de trabajo donde funcionamos adecuadamente y prestamos un servicio que se corresponde con las expectativas y necesidades de nuestros clientes.

Ahora bien, estamos dispuestos a adquirir una nueva sede administrativa o ampliar la que actualmente tenemos, para responder a las necesidades derivadas de los proyectos con el ICBF, en caso de que las dos ONGs hagan parte de la lista de oferentes habilitados y seleccionados para operar el programa de alimentación escolar -PAE-.

Para lo anterior se podrían establecer compromisos donde se definan fechas y condiciones físicas, técnicas y humanas de la nueva sede administrativa"

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

2.5. Cierre de la convocatoria

Así las cosas, el 30 de noviembre de 2012, y previa la calificación y verificación de los requisitos habilitantes de los proponentes presentados, se tuvo respecto de los investigados los siguientes resultados:

Tabla No. 2 Calificación de Requisitos Habilitantes

PROPONENTE	JURÍDICO	FINANCIERO	CUPO DE CRÉDITO	TÉCNICO	CONCEPTO GENERAL
CORPORACIÓN MELQUIADES	RECHAZADO	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	RECHAZADO
FUNDACION PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA EL DESARROLLO Y LA ECOLOGÍA – FUNDESOL	RECHAZADO	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	RECHAZADO

Fuente: Elaboración SIC de información obrante en el Expediente¹⁴

3. ACTUACIÓN DE LA SIC EN ETAPA PRELIMINAR

Por medio de escrito radicado con el No. 12-236429-12 del 10 de julio de 2013, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, solicitó a la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones apoyar la averiguación

¹⁴ CD Contenido en Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

preliminar para establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación en contra de **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, así como de su representantes legales **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** y **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, por la presunta violación al régimen de protección de la Competencia.

En mérito de lo anterior, la Delegatura adelantó las siguientes actuaciones:

- El 8 de enero de 2013, requirió al **ICBF**, para que remitiera con destino al expediente copia de las propuestas presentadas por **MELQUIADES** y **FUNDESOE** en la Convocatoria Pública 003 de 2012¹⁵.

Dicho requerimiento fue resuelto a esta Entidad el 22 de enero de 2013 mediante radicado No. 12-236429-00004¹⁶.

- El 10 de enero de 2013, practicó visita administrativa de inspección¹⁷ a la página de internet <http://www.icbf.gov.co> con el fin de recopilar la información correspondiente al referido proceso.
- El 14 de enero de 2013, requirió a la Cámara de Comercio de Barranquilla¹⁸ con el fin de que allegara con destino al expediente la siguiente información:

Constancia de todas las inscripciones realizadas en el registro mercantil o en el registro de las entidades sin ánimo de lucro y del registro único de proponentes de **FUNDESOE**, identificada con NIT. 800.205.721-5, así como copia digital de las imágenes de las mismas, incluyendo históricos de representación legal desde el inicio de su creación.

Constancia de todas las inscripciones realizadas en el registro mercantil o en el registro de las entidades sin ánimo de lucro y del registro único de proponentes de **MELQUIADES**-. con NIT. 802.016.354-1, así como copia digital de las imágenes de las mismas, incluyendo históricos de representación legal desde el inicio de su creación.

Dicho requerimiento fue contestado el 23 de enero de 2013 mediante radicado No. 12-236429-00005¹⁹.

- El 11 de abril de 2013 se practicó visita administrativa a las instalaciones de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** conforme a las credenciales de visita No. 12-236429-6²⁰ y 12-236429-7, respectivamente.

En desarrollo de la misma, se pudo constatar que, tal como lo señaló el **ICBF**, **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, operaban en el mismo lugar, esto es: en la Carrera 46 No. 74-45, oficina 203 de la ciudad de Barranquilla. Así mismo, se practicó testimonio a **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** y **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**. En el curso de las visitas administrativas practicadas se aportó a esta Entidad copia de los certificados de existencia y representación legal de ambas entidades. De igual manera los funcionarios de la **SIC**, que practicaron dichas visitas solicitaron mediante requerimiento a **MELQUIADES** y **FUNDESOE** la entrega de organigramas, actas de reuniones o juntas de socios, libros de contabilidad y registro civil de matrimonio.

¹⁵ Folio 14 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

¹⁶ Folio 23 y 24 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

¹⁷ Folio 15 al 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

¹⁸ Folio 21 y 22 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

¹⁹ Folio 25 y 26 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

²⁰ Folio 27 Y 28 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

Dichos requerimientos fueron contestados el 29 de abril de 2013, mediante los radicados No. 12-236429-9²¹ y No. 12-236429-10²².

- El 10 de julio de 2013, se practicó visita administrativa a las instalaciones de SERFINANSA- COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO S.A, con el fin de obtener información relacionada con los cupos de crédito certificados y expedidos a **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, para la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 del **ICBF**.

Dicha información fue requerida en el curso de la diligencia y fue aportada a esta Entidad el 16 de julio de 2013 mediante el radicado No. 12-236429-15²³.

4. APERTURA FORMAL DE INVESTIGACIÓN Y FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS

Teniendo como base la información requerida y recolectada durante la averiguación preliminar, esta Delegatura mediante Resolución No 54684 del 16 de septiembre de 2013, resolvió abrir investigación formal y formular pliego de cargos en contra de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** por la presunta infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, con ocasión de la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 del **ICBF**.

Así mismo, se abrió investigación formal con formulación de pliego de cargos en contra de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** y **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** por la presunta infracción a lo preceptuado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Los principales argumentos que llevaron a la Delegatura a abrir la presente investigación y formular los cargos atribuidos a los investigados, fueron los siguientes:

- La coincidencia en la dirección de domicilio reportado por ambas entidades; esto es, la **Carrera 46 No. 74-45, oficina 203** de la ciudad de Barranquilla.
- Los certificados de existencia y representación legal de **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, en donde consta que **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** ostentaba el cargo de Representante Legal de ambas entidades sin ánimo de lucro para la época de los hechos.
- La similitud de las carátulas de las propuestas, tanto en su presentación, diagramación y ortografía (no tildes en las de palabras).

²¹ Folio 49 al 68 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

²² Folio 69 al 88 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

²³ Folio 92 y 93 del Cuaderno Público No. 1. del Expediente.

IMAGEN No. 7. Carátulas de las propuestas



Fuente: Propuestas de los oferentes²⁴

- La similitud en los índices de las propuestas.

IMAGEN No. 8. Índices de las propuestas

CORPORACIÓN MELQUIADES NIT: 802.016.354-1		FUNDESOE FUNDACION PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGIA	
CONVOCATORIA PUBLICA 003 DEL 2012		CONVOCATORIA PUBLICA 003 DEL 2012	
INDICE		INDICE	
1- CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REP. LEGAL.....	1-3	1- CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REP. LEGAL.....	1-3
2- REGISTRO UNICO DE PROPONENTES (R.U.P).....	4-7	2- REGISTRO UNICO DE PROPONENTES (R.U.P).....	4-7
3- FOTOCOPIA REGISTRO UNICO TRIBUTARIO (R.U.T).....	8	3- FOTOCOPIA REGISTRO UNICO TRIBUTARIO (R.U.T).....	8
4- FOTOCOPIA CEDULA DE CIUDADANIA DEL REP. LEGAL.....	9	4- FOTOCOPIA CEDULA DE CIUDADANIA DEL REP. LEGAL.....	9
5- CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA.....	10 - 12	5- CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA.....	10 - 12
6- CERTIFICACION DE CUMPLIMIENTO APORTES PARAFISCALES.....	13	6- CERTIFICACION DE CUMPLIMIENTO APORTES PARAFISCALES.....	13
7- BOLETIN RESPONSABILIDADES FISCALES PERSONA JURIDICA.....	14	7- BOLETIN RESPONSABILIDADES FISCALES PERSONA JURIDICA.....	14
8- BOLETIN RESPONSABILIDADES FISCALES REP. LEGAL.....	15	8- BOLETIN RESPONSABILIDADES FISCALES REP. LEGAL.....	15
9- CERTIFICADO PROCURADURIA PERSONA JURIDICA.....	16	9- CERTIFICADO PROCURADURIA PERSONA JURIDICA.....	16
10- CERTIFICADO PROCURADURIA REP. LEGAL.....	17	10- CERTIFICADO PROCURADURIA REP. LEGAL.....	17
11- CERTIFICADO ANTECEDENTES JUDICIALES REP. LEGAL.....	18	11- CERTIFICADO ANTECEDENTES JUDICIALES REP. LEGAL.....	18
12- CUPO CREDITO.....	19	12- CUPO CREDITO.....	19
13- ACEPTACION DE LAS CONDICIONES MINIMAS DE PRESTACION DEL SERVICIO.....	20	13- ACEPTACION DE LAS CONDICIONES MINIMAS DE PRESTACION DEL SERVICIO.....	20
14- CERTIFICADO ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS CONTADOR Y REV. FISCAL.....	21	14- CERTIFICADO ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS CONTADOR Y REV. FISCAL.....	21
15- COPIA TARJETA PROFESIONAL REV. FISCAL.....	22 - 23	15- COPIA TARJETA PROFESIONAL REV. FISCAL.....	22 - 23
16- CUADRO DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE.....	24 - 25	16- CUADRO DE EXPERIENCIA DEL PROPONENTE.....	24 - 25
17- CERTIFICACIONES CTO # 2123650-2120989.....	26 - 29	17- CERTIFICACIONES Y ACTAS DE LIQUIDACION CONVENIO # 08-302 Y # 08-075.....	27 - 40
18- CERTIFICACIONES CTO # 20.182 - 20.802.....	30 - 32	18- CERTIFICACION ALCALDIA.....	41
19- CERTIFICACION ALCALDIA.....	33	19- CERTIFICACIONES Y ACTAS DE LOS CTOS CON FONADE.....	42 - 64
20- CERTIFICACION, CONTRATO, COMP DE PAGO # 005 -2011 - # 003 - 2010.....	34 - 61		
21- CAMARA DE COMERCIO DEL COLEGIO.....	62 - 63		

Fuente: Propuestas de los oferentes²⁵.

- En el interés que presentaron **MELQUIADES** y **FUNDESOE** para ofertar en las zonas del Atlántico, Sucre y Bolívar.
- Los cupos de crédito de ambas entidades solicitados por **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** a la **COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO S.A. – SERFINANSA** y por el mismo valor.

²⁴ Folio 24 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁵ Folio 24 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

- Los testimonios rendidos por **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** y **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** en curso de la visita administrativa practicada el 17 de abril de 2013²⁶ en las instalaciones de **FUNDESOE** y **MELQUIADES**.

4.1. Notificación de la apertura

Luego de abierta la investigación, se procedió a notificar la Resolución a los investigados, lo cual se verificó de la siguiente forma:

Tabla No. 3 Notificación de la apertura a los investigados

INVESTIGADOS	PN	PJ	FORMA DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN	VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA DESCARGOS Y PRUEBAS
MELQUIADES		X	AVISO	1 de octubre de 2013	30 de octubre de 2013
FUNDESOE		X	AVISO	1 de octubre de 2013	30 de octubre de 2013
OLGA INÉS FLÓREZ PERTUZ	X		AVISO	1 de octubre de 2013	30 de octubre de 2013
JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO	X		AVISO	1 de octubre de 2013	30 de octubre de 2013

Fuente: Elaboración **SIC**²⁷.

Así las cosas, una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, las personas jurídicas y naturales investigadas solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer en la investigación, así como sus escritos de descargos frente a las imputaciones hechas, mediante escrito del 12-236429-27 del 28 de octubre de 2013²⁸.

4.2. Audiencia de Conciliación

El inciso primero del artículo 33 de la Ley 640 de 2001 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. CONCILIACIÓN EN PROCESOS DE COMPETENCIA. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados”.

De la norma anteriormente transcrita se aprecia con claridad la procedencia del trámite conciliatorio cuando en la actuación administrativa que por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica o competencia desleal administrativa inicie la **SIC**, medie petición de parte, es decir, cuando exista una queja o denuncia de la conducta presuntamente violatoria del régimen de competencia.

Así las cosas, dado que la presente investigación es resultado de la comunicación remitida por el **ICBF**, cuyo fin era poner en conocimiento de la **SIC** las presuntas irregularidades en el marco de la Convocatoria Pública 003 de 2012, y dado que no hubo en el caso presentación de terceros interesados, esta Entidad no realizó audiencia de conciliación alguna.

4.3. Los descargos presentados por los investigados

Una vez abierta la investigación, y dentro de los 20 días otorgados por la ley para la solicitud de pruebas y la presentación de descargos **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, por medio de la comunicación radicada con el No. 12-236429-00027 del 28 de octubre de 2013²⁹. A continuación se transcribirán los principales apartes del escrito presentado

²⁶ Folio 29 al 48 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁷ Folios 109 a 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁸ Folio 121 a 131 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁹ Folio 121 a 134 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

por los investigados, en donde se exponen los argumentos más importantes frente a la imputación realizada:

- **Frente a la naturaleza jurídica de las investigadas**

*“(...) Las fundaciones son personas jurídicas creadas por iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, **conforme a la voluntad de sus fundadores** (artículo 5 del Decreto 3130 de 1968). Así, la fundación se basa en la afectación de fondos a la realización de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social (...)”*

Desde ya, llamo la atención en que la oferta presentada por el ICBF no se trataba de un contrato como cualquiera de los regulados por la Ley 80 de 1993, sino que se trata de un contrato de aporte “mediante el cual el ICBF realiza un aporte para la prestación del servicio; recursos que no corresponden a una contraprestación por lo cual el proponente con la presentación de sus propuestas manifiesta que conoce y acepta las condiciones contractuales planteadas y que los contratos resultantes no generan derecho al restablecimiento del equilibrio económico, lo cual deja claro que no existe una contraprestación para quienes presentan sus propuestas y por tanto mucho menos un ánimo de lucro por parte de ellas, pues se trata de una colaboración y apoyo a la gestión del ICBF, razón por la cual no le cabe lugar a la apreciación sobre la cual se afirma que FUNDESOE pretendía lucrarse y por demás eliminar competidores a fin de quedarse con la oferta del ICBF, cuando la naturaleza misma de la oferta no permite que así sea.(...)”

- **Frente a la libre competencia y el contexto de la empresa**

“(...) Partiendo de las anteriores premisas son sancionables aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro o vulneren la libre competencia en el mercado y no aquellas que parezcan sin serlo, que la afectan, pues ello constituiría una transgresión al derecho de la libre empresa constitucionalmente protegido. Así pues, que no cualquier conducta que por muy parecida que parezca a una vulneración a la libre competencia, si ella no la pone en peligro o no la vulnera no puede ser reprochable de ningún modo, máxime cuando son reprochables aquellas conductas que tienen por naturaleza misma dañosidad social, lo cual no ocurre en las conductas desplegadas por FUNDESOE, ni por MELQUIADES, mucho menos por las personas naturales investigadas en la resolución cuyos descargos se presentan (...)”.

- **Respecto a la conducta no se adecua a las prácticas asociadas a la colusión**

“(...) la conducta descrita en la norma anotada se enmarca dentro de las licitaciones o concursos o en la distribución de adjudicaciones de contratos, es decir, la conducta que se reprocha es el pacto para desfavorecer a otros dentro de una licitación o concurso, lo cual implica que el pacto debe ser aquel la intensión de no permitir la libre entrada o de establecer condiciones que defrauden a los interesados.

Así las cosas, la finalidad consiste en no permitir la libre entrada o de establecer condiciones que defraude a los otros interesados, resulta completamente necesaria para que se configure la conducta que contiene la disposición en comento. En este sentido, de no predicarse el elemento subjetivo o intensión de no permitir libre entrada de competidores al mercado o establecer condiciones que defrauden a los interesados, resulta imposible encuadrar cualquier conducta dentro de los supuestos de hecho contemplados por la norma y por tanto la colusión no se podrá configurar. (...)”

- **Sobre la ausencia de tipicidad de las conductas endilgadas**

“(...) Para que opere responsabilidad sancionatoria administrativa por práctica comercial restrictiva, es necesario que la conducta sea típica, antijurídica y culpable. Es decir, a falta de cualquiera de estos elementos resulta imposible exigir responsabilidad al investigado.

Así, sobre el primer aspecto, esto es, la tipicidad, es necesario establecer que esta se refiere a la identidad que debe guardar el comportamiento bajo estudio con la norma; se refiere que la conducta se adecue de manera típica a las normas que contienen prohibiciones, contenidas en el Decreto 2153 de 1992. Es decir un comportamiento

típico es aquel que se encuentra descrito previamente en la ley. Así como una puerta debe encajar exactamente en su marco, deben encajar las conductas desplegadas por los supuestos normativos para que sean típicas y sobre ellas pesar un estudio posterior de antijuridicidad, de lo contrario, llega hasta aquí el examen de las conductas y bajo ningún criterio podría endilgarse responsabilidad partiendo de una conducta que no es típica siquiera (...)

- **MELQUIADES y FUNDESOE no han incurrido en actos de colusión**

“(...) Por un lado, es necesario establecer que de los hechos imputados no es posible desprender una finalidad de causar perjuicio a otro, ni que este se haya efectivamente causado, de ninguna manera se establecen conductas fraudulentas encaminadas a causar un perjuicio a un tercero, pues de manera alguna se pretendió esconder que se trataba de propuestas similares o idénticas. Situación diferente hubiera sido la presentación de propuestas enmascaradas con el fin de afectar a terceros proponentes, situación que no se presentó en modo alguno. En este sentido, debido a la carencia de la finalidad necesaria para la configuración de la colusión, resulta impropio la continuación de la investigación y en consecuencia tampoco habrá lugar a la imposición de sanciones por parte de esa Superintendencia. (...)”

“(...) por otro lado, los hechos imputados no corresponden a ninguna de las prácticas (sic) asociadas a la ejecución de esquemas de colusión. En este sentido, en el pliego de cargos se estableció que las prácticas correspondientes son: ofertas de resguardo, supresión de ofertas, asignación de mercado y subcontratación de un competidor (...)”

- **Frente a la ausencia de lucro en virtud del contrato de aporte**

“(...) Teniendo en cuenta lo anterior, así como la naturaleza de las investigadas, es necesario establecer que del contrato no se pretendía obtener lucro, pues como bien lo establece esa superintendencia, se trata de un contrato mediante el cual el ICBF no tiene a su cargo contraprestación alguna, pues se limita a realizar un aporte para la prestación del servicio. Lo anterior reafirma que no se presentó ni se tuvo el ánimo de afectar a terceros. Por medio del proceso licitatorio únicamente se pretendía ser parte del Programa de Alimentación Escolar (...)”

- **Respecto a la ausencia de afectación a la libre competencia por parte de los sujetos sometidos a investigación:**

“(...) En este sentido, y aun si lo dispuesto frente a la tipicidad no fuera suficiente para desvirtuar los cargos, se expondrán las razones por las cuales las conductas de las investigadas, además de no ser típicas, lejos se encuentran de ser antijurídicas. Es decir las conductas de las investigadas de manera alguna afectan el mercado el bien tutelado por el Derecho de la competencia (...)”

- **Sobre la no comprobación de los hechos de los cuales se predica la supuesta afectación a la libre competencia**

“(...) para que se condene es necesario que el Estado pruebe el daño al bien tutelado. Es decir, la Administración debe probar que el comportamiento se encuentra dentro de las prohibiciones y que, además se causó un daño al bien tutelado. Así mismo, para sancionar al investigado, el Estado debe probar que el comportamiento es significativo dentro de la conducta imputada (...)”

- **Respecto de OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ y de JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**

“(...) Si no se presentan conductas violatorias de normas sobre protección de la competencia por parte de MELQUIADES y FUNDESOE, por sustracción de materia resulta imposible la imposición de sanciones a OLGA INÉS FLOREZ PERTUZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO (...)”

- **Existencia de buena fe por parte de las investigadas**

“(...) Lo expuesto, en acápites anteriores es demostrativo de que MELQUIADES, FUNDESOE, OLGA INÉS FLOREZ PERTUZ y JOSÉ DE JESÚS CAMACHO

GAMERO han venido trabajando arduamente y que como entidades asociaciones serias y responsables tienen como bandera los estándares de la buena fe comercial en todos sus actos. (...)”

5. ETAPA PROBATORIA

Mediante Resolución No. 8047 del 14 de febrero de 2014³⁰, se decretaron las pruebas que en ejercicio del derecho de defensa solicitaron las personas jurídicas y naturales investigadas, así como aquellas que de oficio se consideraron procedentes.

5.1. PRUEBAS DECRETADAS A SOLICITUD DE PARTE

- Tener como prueba, con el valor legal que le corresponda, todos los documentos que integran el Expediente, y que se han incorporado a la presente investigación identificada con la radicación 12-236429.

5.2. PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO

5.2.1. Interrogatorios

- Interrogatorio de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** en su calidad de persona natural investigada, sobre los hechos materia de investigación. La diligencia se realizó en las instalaciones de la **SIC** el 11 de marzo de 2014, a las 8:20 am.
- Interrogatorio de **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** en su calidad de persona natural investigada, sobre los hechos materia de investigación. La diligencia se realizó en las instalaciones de la **SIC**, el 11 de marzo de 2014, a las 8:52 am.
- Interrogatorio de la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA – FUNDESOE** en su calidad de persona jurídica investigada, sobre los hechos materia de investigación. La diligencia se realizó en las instalaciones de la **SIC**, el 11 de marzo de 2014, a las 9:29 am.
- Interrogatorio de la **CORPORACIÓN MELQUIADES** en su calidad de persona jurídica investigada, sobre los hechos materia de investigación. La diligencia se realizó en las instalaciones de la **SIC**, el 11 de marzo de 2014, a las 9:59 am.

5.2.2. Oficios

- Se ofició a la **CORPORACIÓN MELQUIADES** identificada con NIT 802.016.354-1 para que remitiera con destino al expediente, en medio magnético no protegido la siguiente información:
 - (i) Estados financieros (balance general detallado, estado de resultados por año, flujo de caja, estado de costos, estados de cambio en el patrimonio y notas a los estados financieros) para los periodos contables de los años 2012 y 2013, debidamente firmados y certificados según corresponda.
 - (ii) Certificado de ingresos y retenciones de **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** del año 2012 y 2013.
 - (iii) Contrato en el cual conste la vinculación de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** como Representante Legal de dicha empresa, así como los certificados de nómina y pago que por todo concepto haya realizado al mismo.
 - (iv) Contrato en el cual conste la vinculación de **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** como Representante Legal de dicha empresa, así como los

³⁰ Folio 145 al 150 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

certificados de nómina y pago que por todo concepto haya realizado al mismo, durante el último año calendario.

Dicha información fue allegada a esta entidad el 13 de marzo de 2014 mediante radicado N° 12-236429-41³¹.

- Se ofició a la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA – FUNDESOC** identificada con NIT 800.205.721-5 para que remitiera con destino al Expediente, en medio magnético no protegido la siguiente información:

(i) Estados financieros (balance general detallado, estado de resultados por año, flujo de caja, estado de costos, estados de cambio en el patrimonio y notas a los estados financieros) para los periodos contables de los años 2012 y 2013, debidamente firmados y certificados según corresponda.

(ii) Certificado de ingresos y retenciones de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** del año 2012 y 2013.

(iii) Contrato en el cual conste la vinculación de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** como Representante Legal de dicha empresa, así como los certificados de nómina y pago que por todo concepto haya realizado al mismo, durante el último año calendario.

Dicha información fue allegada a esta entidad el 13 de marzo de 2014 mediante radicado N° 12-236429-00041³².

- Se ofició a la **SUPERINTENDENCIA DE ECONOMÍA SOLIDARIA** a fin de que allegara al proceso, en medio magnético no protegido los estados financieros de la **CORPORACIÓN MELQUIADES** identificada con NIT 802.016.354-1 y de la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA – FUNDESOC** identificada con NIT 800.205.721-5 para los periodos contables de los años 2012 y 2013.

Dicho requerimiento fue resuelto a esta entidad el 5 de marzo de 2014 mediante radicado N° 14-47276-000³³, informando del traslado de la solicitud a la Gobernación del departamento del Atlántico, por cuanto se escapaba de su órbita de competencia la vigilancia de las corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro.

Por su parte, la Gobernación del Atlántico, dio respuesta al oficio el 25 de marzo de 2014, mediante radicado No. 12-236429-00042³⁴, informando que no se encontraron documentos relacionados con la **CORPORACIÓN MELQUIADES**, ni con la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA – FUNDESOC**

- Se ofició a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** para que remitiera, con destino al Expediente copia de la última Declaración de Renta presentada por **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 34.974.792; y a **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.684.153 a tres (3) de diciembre de 2013.

³¹ Folio 176 a 296 de los Cuadernos Públicos No. 1 y 2 del Expediente.

³² Folio 176 a 296 de los Cuadernos Públicos No. 1 y 2 del Expediente.

³³ Folio 163 a 166 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente (esta comunicación fue radicada bajo el No. 14-47276 y fue acumulada al 12-236429).

³⁴ Folio 297 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Dicho requerimiento fue resuelto a esta entidad el 24 de junio de 2014 mediante radicado N° 12-236429-00045³⁵, informando que se daría traslado del requerimiento por competencia, a la Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla.

La Dirección Seccional de Impuestos de Barranquilla, dio respuesta al oficio el 21 de julio de 2014, mediante radicado No. 12-236429-00047³⁶, aportando la declaración de renta y complementarios del año gravable 2009 de **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** y la declaración de renta y complementarios del año gravable 2012 de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**.

6. AUDIENCIA ÚNICA DE ARGUMENTACIÓN VERBAL

Que en atención de lo preceptuado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, una vez instruida la investigación, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia donde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentan de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación.

En atención a lo anterior, el 15 de agosto de 2014 se citó a los investigados a dicha audiencia, celebrada el 3 de septiembre de 2014, a la que asistieron, por parte de los investigados: **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** y **CARLOS MARIO MONTIEL FUENTES** (apoderado de todos los investigados)³⁷.

Una vez iniciada la audiencia el Delegado para la Protección de la Competencia, el Despacho dio la palabra a los investigados para que pudieran expresar sus consideraciones respecto a la investigación, quienes ejercieron su derecho en los siguientes términos:

6.1. Argumentos expuestos por **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**

- **Naturaleza jurídica de las entidades sin ánimo de lucro:**

“(...) lo primero es que la Fundación y la Corporación o sea la naturaleza jurídica de ellos son sin ánimo de lucro, verdad y siempre se ha dedicado a prestar servicios a la comunidad como pueden investigarnos todos los contratos que hemos tenido con el Estado que han sido pocos, han sido servicios a la comunidad, el concurso que hizo el Bienestar Familiar o sea no era para darles un contrato a nosotros era para conformar un banco de oferentes, o sea un listado donde participaban miles de personas y de ese listado uno quedaba allí inscrito en ese listado para cualquier día poder tener nos (sic) tuvieran en cuenta pero no era para que nosotros nos contrataran inmediatamente, la verdad no ha existido así como hemos demostrado en el proceso ningún pacto con nadie para causarle daño absolutamente a tercero porque hay no había ningún tercero a quien causarle daño (...)”

- **FUNDESOE y MELQUIADES no han incurrido en actos de colusión**

“(...) nos presentamos ahí para que nos tuvieran en cuenta si cumplíamos con los requisitos pero no teníamos a nadie o sea palanca con nadie para que nos adjudicara ningún contrato son pocas las personas que se dedican a esta clase de proyectos porque son proyectos sociales, o sea el bienestar te da un aporte por decirte algo de mil millones y este aporte con el mismo Bienestar uno hace el presupuesto se tiene que gastar tanto en comida, se tiene que gastar tanto en recursos humanos, se tiene que gastar tanto en materiales y eso es materia o sea de Interventoría allá o sea nos hacen Interventoría y llegan y pesan las comidas, la carne que le se le da a los niños, todo lo que se les da, o sea nosotros solo ganamos como una mínima parte por la Administración y porque trabajamos dentro ,o sea, yo soy la directora entonces me

³⁵ Folio 302 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁶ Folio 305 a 307 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁷ Folio 308 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

ganó un sueldo por ser la directora, igual son contratos que nosotros tenemos que hacer mucha gestión (...).”

- **La buena fe de las investigadas**

“(...) desde el principio de la investigación nosotros hemos estado prestos atender todas las solicitudes que nos han dicho, o sea allá se presentaron 4 personas a la oficina que si es cierto, teníamos la oficina para los dos, compartíamos porque no teníamos dinero para tener dos oficinas en la misma. La oficina la partimos y en una trabaja Melquiades y en la otra la Fundación, se tomaron los computadores, ni siquiera nos opusimos, hay esta todo, nosotros la verdad no hemos ocultado nunca nada, jamás hemos ocultado nunca nada, aquí esta los computadores los tomaron, tomaron los datos que quisieron, nos solicitaron documentos, le dimos todos los documentos hemos asistido aquí la verdad a todas las citas que nos han colocado, hemos contestado aquí juiciosamente todo lo que nos han solicitado y hemos participado juiciosamente en este proceso, no hemos negado nada, nunca he dicho no (...).”

“(...) la verdad vimos que se presentó la convocatoria, la hicimos sin ninguna intención de causar ningún daño ni de sacar a nadie en el concurso, absolutamente a raíz de esto fue, vimos bueno eso como que esta malo no lo podemos hacer y dejamos un contrato grandísimo que teníamos en Valledupar que era de mil y pico de niños lo dejamos porque dijimos pues eso no se puede no lo hagamos más y desde ese momento por lo menos Corporación Melquiades la dejamos quieta desde entonces y no la utilicemos es porque eso no se puede, entonces hemos estado participando con Fundesoe solamente, estos son las breves consideraciones que yo quería exponerle y espero que de verdad las tengan en cuenta en el momento de decidir (...).”

6.2. Argumentos expuestos por CARLOS MARIO MONTIEL FUENTES

- **La naturaleza jurídica de las investigadas**

“(...) la naturaleza jurídica de las investigadas Fundesoe es una Fundación cuyo objeto se encuentra destinado al apoyo de comunidades prevalentes como bien lo menciona la señora Olga, para el ordenamiento jurídico como son la niñez, la infancia, la tercera edad entre otros tipos de programas; adicionalmente el objeto de la Fundación sin Ánimo de Lucro, está el de apoyar de manera expresa en el objeto social de la Fundación de apoyar a entidades con el ICBF a fin de colaborar en la ejecución de labores a cargo de dicha entidad y con ello concretar en gran medida el objeto para el cual fue constituida la Fundación Fundesoe. Por su parte Corporación Melquiades es una persona jurídica del tipo de las Corporaciones cuya naturaleza también sin ánimo de lucro y cuyo objeto solo involucra la realización de actividades de apoyo al mejoramiento de las regiones, lo cual conlleva al apoyo a ciertas entidades del estado toda vez que con ellas conjuntamente pueden lograrse los objetivos del estado social de derecho (...).”

- **La buena fe de las investigadas**

“(...) La Superintendencia de Industria y Comercio debe atender a la buena fe de las entidades de sin ánimo de Lucro investigadas y de su representante legales, quienes no escatimaron siquiera para decir en los testimonios que le fueron tomados aquí hace algunos meses que se trata de personas jurídicas que tienen relación entre ellas; también lo hemos escuchado hoy, y que los representantes legales fueron comunes en algún momento; pero que de ninguna manera pretendían violar un precepto legal ni mucho menos limitar la participación de otros competidores. (...).”

- **La conducta no se adecua a las prácticas asociadas a la colusión**

“(...) la conducta no se adecua (sic) a las practicas asociadas a la colusión Fundesoe y Melquiades no pretendía distribuirse adjudicaciones de contratos distribuirse concursos ni mucho menos una fijación de términos en las propuestas lo cual resulta claro de la sola lectura de la Resolución misma que expidió la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de iniciar la misma, según artículo 47 del decreto 2153 de 1992, la conducta debe corresponder al pacto para desfavorecer a terceros, lo cual no se configura en el caso materia de estudio, máxime cuando las conductas de las investigadas han sido completamente transparentes y el solo hecho de que hubieren tenido representantes legales comunes en algún momento no hace que se configure un acuerdo contrario de la competencia por colusión (...).”

“(...) frente a los hechos imputados no se puede presentar de manera alguna que se haya pactado en contra de un tercero, que una fundación y que una corporación en contra de mil o de mil quinientos oferentes yo creo que se sale de todo sentido común en caso materia de estudio, debe hacerse énfasis de que no hay prueba de este proceso que haya un pacto, no hay prueba en este proceso de que hayan perjuicio, no hay prueba en este proceso de que haya terceros afectados (...)”.

“(...) en el caso materia de estudio no se eliminó a nadie, al contrario nos eliminaron a nosotros porque Oficiaron a la SIC para que conforme a la Ley cumpliera con sus labores, las labores que la Ley le ordena, precisamente porque no existía intensión (sic) de hacerlo era bastante difícil que una Fundación y una Corporación eliminaran a mil oferentes (...)”.

- **Ausencia de lucro en virtud del contrato de aporte**

“(...) lo dijo la SIC, en el pliego de cargos, teniendo en cuenta lo anterior así como la naturaleza de las investigadas es necesario establecer que del contrato no se pretendía obtener lucro, pues como bien lo establece esta SIC, no cabe lugar para la apreciación sobre la cual se afirma que Fundesoe pretendía lucrarse y por demás eliminar competidores a fin de quedarse con la oferta del ICBF, ni mucho menos repartirse utilidades o excedentes obtenidos, cuando la naturaleza misma de la oferta no permite que así sea, por medio del proceso licitatorio únicamente se pretendía hacer parte del programa alimentación escolar, en este sentido la ausencia de lucro y de finalidad de obtener lucro ayudan a sustentar que las conductas realizadas en algún momento se encontraron enderezadas a la afectación de la libre competencia (...)”.

- **No existe tipicidad en las conductas de MELQUIADES y FUNDESOE**

“(...) las conductas de Fundesoe y Melquiades no son típicas para que operen responsabilidad sancionatoria administrativa por una práctica comercial restrictiva, es necesario que la conducta sea típica antijurídica y culpable, se requiere que la conducta se adecua de manera típica a las normas que contienen prohibición contenida en el decreto 2153 de 1992 (...)”.

“(...) cualquier conducta que pretenda ser sancionada por ser constitutiva de colusión, debe adecuarse de manera plena a lo dispuesto en la normatividad vigente pues de modo contrario resulta imposible arriesgar responsabilidad alguna (...)”.

- **Ausencia de antijuridicidad: no se afectó la libre competencia por parte de ninguno de los sujetos sometidos a investigación**

“(...) ausencia antijuridicidad, no se afectó la libre competencia por parte de ninguno de los sujetos sometidos a investigación para que una conducta pueda ser sancionada es necesario que esta sea típica, antijurídica y culpable insisto, sobre el segundo aspecto la antijuridicidad sea estableció que es necesario que el comportamiento legado por las investigadas afecta el interés público de manera significativa así una conducta puede ser típica pero no afecta el bien jurídico protegido razón por la cual carece de sentido la sanción por parte del ordenamiento jurídico (...)”.

- **Ausencia de culpabilidad: la buena fe de las investigadas**

“(...) ausencia de culpabilidad, la buena fe de la investigada lo expuesto en los numerales anteriores demuestra que Melquiades Fundesoe, la señora Olga aquí presente y José de Jesús Camacho Gamero han venido trabajando arduamente que como asociaciones serias y responsables tienen como bandera los estándares de la buena fe comercial en todos sus actos su constante y permanente preocupación en estos aspectos así como la ética empresarial y comercial se han valido del buen nombre de que gozan en el círculo o radio de acción en el cual se desenvuelve, estas características como es apenas obvio denotan claramente que las entidades no necesitan acudir a estrategias desleales para competir en el mercado, aún si los argumentos explicados anteriormente no fueran suficiente desde un análisis desde el punto de vista de la configuración del principio de la buena fe, se podría justificar la no afectación a la libre competencia (...)”.

- **No comprobación de los hechos de los cuales se predica la supuesta afectación a la libre competencia**

“(…) no comprobación de los hecho de los cuales se predica la supuesta afectación a la libre competencia para que se condene es necesario que el estado pruebe el daño al bien tutelado es decir la administración debe probar que el comportamiento, se encuentra con las modificaciones y que además se causó dicho daño, así mismo para sancionar al investigado el estado debe probar que el comportamiento es significativo dentro de la conducta imputada no es el caso nuestro, en el caso materia de estudio de los hechos esgrimidos por este Despacho no es posible extraer ningún daño o afectación a tercero ni tampoco la intención o finalidad de las investigadas de hacerlo, de otra parte los hechos alegados tampoco se encuentra en ninguna de las prácticas asociadas a la ejecución de esquemas de colusión como bien se dejó claro en los numerales anteriores, por esta razón la SIC no debe sancionar ni multar a los investigados.(…)”.

7. **MERCADO RELEVANTE**

El mercado relevante presuntamente afectado en el presente caso, se circunscribe a la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No.003 de 2012 cursado por el **ICBF** y cuyo objeto consistió en:

*“Invitar a acreditar y actualizar los requisitos habilitantes para la conformación de la lista de oferentes habilitados, con los cuales el **ICBF** podrá celebrar contratos de aporte para desarrollar el Programa de Alimentación Escolar en el territorio nacional, a través del cual se brinda un complemento alimentario a los niños, niñas y adolescentes inscritos en la matrícula oficial acorde a los Lineamientos Técnico Administrativos y Estándares del Programa de Alimentación Escolar³⁸”.*

Cabe resaltar que aunque la convocatoria tuvo un desarrollo a nivel nacional, y los investigados se presentaron en 3 de 33 regionales ofertadas a nivel nacional. Por lo anterior, el análisis de competencia se realizará para las regionales en las que las investigadas tuvieron particular interés, las cuales se describen a continuación:

Tabla No. 4. Departamentos en los que participaron simultáneamente **MELQUIADES** y **FUNDESOE**

DEPARTAMENTO	PRESUPUESTO OFICIAL
Atlántico	\$17.734.701.590.
Sucre	\$16.519.568.390
Bolívar	\$ 24.135.088.510
Valor total del presupuesto en las tres (3) regiones	\$58.389.358.490

Fuente: Elaboración **SIC**.

8. **CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA**

Con base en los hechos y argumentos expuestos, procede este Despacho a determinar si los investigados infringieron lo previsto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, así como en el numeral 9 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992, dentro de la Convocatoria Pública del Régimen Espacial de Aporte No 003 de 2012, adelantada por el Instituto de Bienestar Familiar –ICBF- y que culminaría con la celebración de un contrato de aporte.

Es necesario abordar en primera instancia, el estudio del caso desde un marco normativo de carácter general dentro del cual se tratarán los aspectos sustanciales que sustentaron los descargos de los investigados. En segunda medida, se analizarán las conductas ejercidas en el marco de la Convocatoria Pública del Régimen Especial de Aporte No 003 de 2012 y, finalmente, se realizará un estudio del caso en concreto.

³⁸ Ver Página 5 Pliegos de Condiciones Definitivos del proceso CP-003 DE 2012, Disponible en <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RESedeDireccion/CP-003-2012/PLIEGO%20DE%20CONDICIONES%20DEFINITIVO%20CP003%20DE%202012.pdf> [Fecha de Consulta 29 Diciembre de 2014.

8.1. MARCO NORMATIVO

8.1.1. De la colusión como práctica restrictiva de la competencia dentro de los procesos de contratación estatal

La cláusula general de protección de la libre competencia se estableció dentro del ordenamiento jurídico Colombiano en el año de 1959, mediante la promulgación de la Ley 155 *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”*, la que en su artículo 1 estableció: *“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.(...)”*.

Posteriormente, el el Decreto 2153 de 1992, estableció en su artículo 47, una lista no taxativa de conductas anticompetitivas dentro de las cuales proscribió aquellas que *“tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”*

Las normas anteriormente transcritas resultan ser complementarias entre sí y no excluyentes como se podría llegar a interpretar, toda vez que la cláusula general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no estar descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia.

Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia y no se adecua a la descripción típica de los actos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992, se puede acudir al artículo 1 de la Ley 155 de 1995 pues, a lo sumo con ella se estaría violando la prohibición general.

En este orden de ideas se tiene que las normas sobre Protección a la Competencia buscan y propenden velar por el interés general y la estabilidad de los mercados, dentro de los cuales se incluye, claro está, aquel que se pueda ver afectado por acuerdos que se presenten dentro de los procesos de selección que adelante el Estado Colombiano. De allí la existencia del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 pues con ello, el legislador buscó fomentar, entre otras cosas, la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado para la adquisición de bienes y servicios, de conformidad con los principios informadores de la contratación estatal en especial, la selección objetiva del contratista y de la función administrativa.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993 contempla los principios que deben orientar las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, estableciendo que todo el proceso de contratación pública debe desarrollarse en observancia plena de los principios de transparencia³⁹, economía⁴⁰ y de responsabilidad⁴¹ de conformidad con

³⁹ El principio de transparencia que debe regir en todos los procesos de contratación pública y en desarrollo de todas las actuaciones y etapas pre contractual, contractual y de liquidación del contrato, se encuentra consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, modificado en algunos apartes por la Ley 1150 de 2007. De conformidad con la amplia jurisprudencia que sobre el mismo se ha elaborado, el principio de transparencia busca *“dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses”*. Consejo de Estado, Sentencia del 29 de agosto de 2013, Exp: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005), Sección Tercera, M.P. **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**. Al respecto ver las decisiones 19 de julio de 2001, Exp. 12037, 3 de diciembre de 2007, Exp. 25206 (acumulados 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

⁴⁰ El artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007, consagra el principio de economía el cual debe, igualmente, regir en todas las etapas del proceso de selección pública de un contratista. De acuerdo con la jurisprudencia, el principio de economía dentro de la contratación estatal:

los postulados que rigen la función administrativa. Lo anterior, de conformidad con el mandato legal consagrado en el artículo 29 *Ibidem*, derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, según el cual, la selección del contratista debe ser objetiva es decir, corresponder a la oferta que objetivamente sea más favorable a la entidad y a los fines que ella busca colmar a través de la celebración del contrato.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha señalado:

“(…)

*la adecuada selección del contratista es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal. Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el artículo 29 de la ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección”⁴² y concluyó manifestado que “[E]n particular, la Corporación ha resaltado la importancia de dos de los principios que rigen este procedimiento: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes. **El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas**, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia.”⁴³ (Subrayado y negrita fuera del texto)*

Así las cosas, es evidente la correlación existente entre los principios de la contratación estatal y de la función administrativa⁴⁴, con las normas sobre la protección de la competencia.

*“pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad” (...). Este principio exige al administrador público el cumplimiento de “procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)”. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos.” Consejo de Estado, Sentencia del 31 de enero de 2011, Exp 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767), Sección Tercera, M.P. **OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ**.*

⁴¹La consagración del principio de responsabilidad contractual, (artículo 26 de la Ley 80 de 1993, modificado por la Ley 1150 de 2007), “obedece a la necesaria articulación y armonía que debe existir para garantizar la efectividad y vigencia de los principios de transparencia, economía, de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y de selección objetiva que igualmente se establecen en el estatuto contractual, así como a la necesidad de asegurar un equilibrio o balance entre la mayor autonomía y libertad de gestión contractual que se otorga a las entidades estatales, las potestades o privilegios que se les reconocen, y la finalidad de interés público o social a que debe apuntar la actividad contractual de dichas entidades, cual es la de procurarse la satisfacción de los objetos contractuales, (obras, bienes, servicios etc.), bajo una gestión signada por la eficiencia, la economía, la celeridad y la moralidad, que garantice no sólo los intereses de la administración sino de los contratistas que intervienen en la actividad contractual”. Corte Constitucional, Sentencia C-004 de 1996.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-300 de 2012.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Señala el artículo 209 de la Constitución Política de 1991: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Tal como lo ha indicado esta Superintendencia, “(...) cuando los oferentes coluden para distorsionar un proceso de selección, la adjudicación del contrato podría no ser el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia. Lo anterior, convierte a esta práctica en una de las principales vías de defraudación al Estado. Esta conducta se conoce en la doctrina con el nombre de “colusión entre oferentes en procesos de contratación estatal”, o por sus expresiones en inglés de “bid rigging” o “collusive tendering”. Este actuar contrario a la ley se produce cuando empresas, que en ausencia de dicho acuerdo habrían competido sin compartir información entre sí, se ponen de acuerdo para elevar los precios, disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos o aumentar sus oportunidades de resultar beneficiados con la adjudicación del contrato a uno de los agentes en colusión.”⁴⁵

Ahora bien, una interpretación exegética del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, permite extraer dos supuestos fácticos distintos de conductas anticompetitivas que podrían presentarse dentro de procesos de selección por parte de los proponentes a saber: (i) los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, (ii) o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, sin perjuicio, claro está, que dentro de estas dos categorías se presenten algunas sub categorías de acuerdos anticompetitivos que, al final, conllevarán al mismo resultado: colusión en licitaciones públicas o concursos o distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos en las propuestas.

Hay *colusión por efecto* cuando quiera que dentro del proceso de selección del contratista, entiéndase la etapa pre- contractual o de presentación de propuestas, los oferentes se valen de toda clase de estrategias para alterar sus propuestas (ya sea porque se distribuyeron contratos, se repartieron adjudicaciones o bien porque se fijaron los términos de las propuestas) y engañar a la entidad estatal logrando exitosamente la adjudicación del contrato y de suyo la afectación del mercado. Dicho en otras palabras, “sólo se podrá hablar del acuerdo que por efecto tuvo la colusión, cuando el procedimiento estuvo en el plano real y fenomenológico falseado por el comportamiento de agentes que actuando, por dentro o por fuera del proceso, lograron que la adjudicación del contrato se hiciera a un oferente que era parte del acuerdo. El efecto de la conducta se equipara entonces a la colusión exitosa, y la defensa estará encaminada a demostrar que la oferta ganadora no fue impulsada por ninguna otra, que se produjo en el escenario espontáneo de la competencia y que por tanto no se causó perjuicio alguno al mercado en su generalidad.”⁴⁶

Por su parte, habrá *colusión por objeto* en todos aquellos eventos en los que los oferentes a través de sus actuaciones busquen alterar el proceso pre - contractual, y por ende la selección objetiva del proponente adjudicatorio, pero su conducta no alcanza a generar una alteración del mercado porque el proceso de selección termina de forma anormal sin la celebración del contrato esperado a través del proceso público convocado. En estas hipótesis, la conducta colusoria radica no en el éxito de la adjudicación del contrato (efecto) sino en los acuerdos que tienen por finalidad (objeto) alterar el proceso de selección sin que el resultado se materialice en la celebración del contrato.

Ahora, tal como lo ha indicado esta Entidad, en este tipo de acuerdos, “no se exige que el conocimiento recaiga sobre la antijuridicidad de la conducta, porque en la normativa sustancial no se incorporó ninguna causal de ausencia de responsabilidad por error de prohibición, como sí sucede en el ordenamiento penal, sino que basta con que los sujetos adelanten actos preparativos de los que se desprenda, en un

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

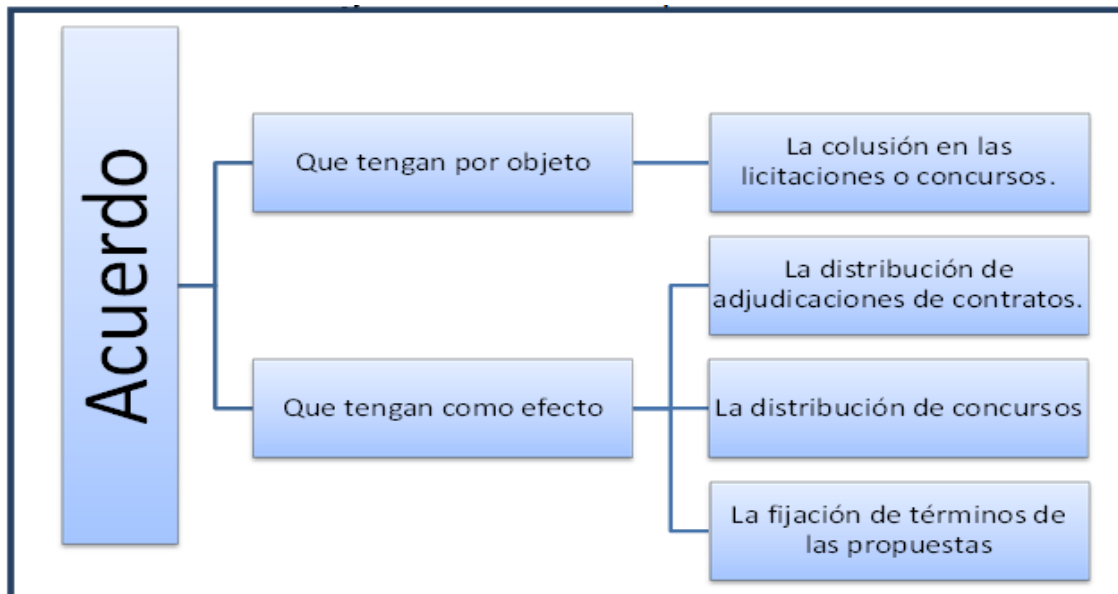
⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado del Expediente 12-174085.

⁴⁶ *Ibidem*.

*análisis abstracto, que la conducta está encaminada potencialmente a generar el daño al bien jurídico tutelado.*⁴⁷

La comprensión de la estructura de este tipo se facilita a través del siguiente esquema:

Diagrama No. 1 Descripción de la conducta de colusión en licitaciones



Fuente: Elaboración SIC.

Estas conductas tipificadas dentro del ordenamiento jurídico Colombiano a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, independientemente de tener por objeto un acuerdo colusorio (colusión por objeto) o que culminen exitosamente con la adjudicación y posterior celebración del contrato de forma fraudulenta (colusión por efecto) desconocen abiertamente los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de selección objetiva del contratista dentro de los procesos de contratación del Estado, aunado a que afectan gravemente los derechos superiores a la igualdad y la libre competencia en el mercado así como también los postulados de la función pública contando con el agravante de que los dineros que se ven afectados con dichos acuerdos anticompetitivos son públicos, pertenecientes a la Nación y destinados al cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido atribuidos al Estado⁴⁸.

Por consiguiente, como quiera que la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012, celebrado por el **ICBF** culminó de forma anómala para las investigadas, toda vez que, dicha entidad decidió sacarlas de la Fase I y continuar con el proceso de selección con los otros proponentes, es evidente que las conductas que se presentaron dentro de la Fase I obedecieron a acuerdos por objeto anticompetitivos, tal y como se entrará a analizar con más detalle a continuación.

⁴⁷ *Ibídem.*

⁴⁸ Artículo 2 de la Constitución Política de 1991: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

8.1.2. De la naturaleza jurídica de los contratos de aporte y la aplicación de los principios de la contratación pública

En la Ley 7 de 1979⁴⁹, además de dictarse disposiciones sobre la protección de la niñez y de la adolescencia y de establecerse el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, también se consagró la facultad para dicho instituto para “[C]elebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objeto”⁵⁰.

Así mismo, el Decreto 2388 de 1979, reglamentó la mencionada ley y consignó de manera expresa en los artículos 123 a 129⁵¹ la potestad para el **ICBF** de celebrar negocios jurídicos con instituciones de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

Por otra parte, el Decreto - Ley 2150 de 1995, en su artículo 122 simplificó la celebración de contratos de prestación de servicio del **ICBF** con entidades sin ánimo de lucro facultando a la entidad para efectuar a través de la modalidad de contratación directa contratos de prestación de servicios.

Por último, el Decreto 1529 de 1996 estableció el mandato según el cual los contratos de aporte podrán celebrarse exclusivamente para la prestación del servicio público de bienestar familiar, financiado por el **ICBF**, los cuales no representan contraprestación económica para los contratistas.

De esta manera, la normatividad transcrita configura el llamado Régimen Especial de Aporte, propio del **ICBF**, el cual se hace parte del sistema jurídico colombiano como

⁴⁹ “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁰ Ver numeral 9 del artículo 2 de la Ley 7 de 1979.

⁵¹ “(...) **Artículo 123.** El **ICBF**, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Estos contratos se considerarán como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la Ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el Director General, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 150 de 1976.

NOTA: El Decreto 150 de 1976 fue derogado por el Decreto 222 de 1983, que a su vez fue derogado por la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el cual en su artículo 32 se refiere exclusivamente a “contrato estatal” acabando con la dicotomía que estableció el artículo 16 del Decreto 222 de 1983.

Artículo 124. De las controversias relativas a estos contratos conoce la jurisdicción contenciosa administrativa según las reglas de competencia.

Artículo 125. El **ICBF**, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.

Parágrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con Instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.

Artículo 126. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.

Artículo 128. Los contratos de aporte que el **ICBF** celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar sólo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.

El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.

Artículo 129. Todos los demás contratos que celebre el **ICBF** se someterán a las ritualidades, requisitos, formalidades y solemnidades que establece el Decreto 150 de 1976 y demás normas concordantes. (...)

un régimen especial y exceptivo integrado al Estatuto General de la Contratación Pública, sus decretos reglamentarios y el Estatuto Anticorrupción en lo pertinente⁵².

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que el contrato de aportes es un contrato estatal, al cual se le aplican los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 Constitucional, regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y cuya posibilidad de celebración la determina la Ley 7 de 1979 y el Decreto 2388 de 1979.

Así mismo, ha sido claro el Consejo de Estado al definir como características esenciales del contrato de aporte las siguientes:

“i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.”⁵³

Así las cosas, independientemente de la naturaleza del contrato de aporte, esto es, que se encuentre consagrado en Ley 7 de 1979 y sus decretos reglamentarios y que no se encuentre tipificado como convención dentro de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que a este negocio jurídico le son aplicables las reglas sobre contratación estatal, los principios que la orientan y de suyo las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y, en especial, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Frente a esta modalidad contractual, el **ICBF** ha considerado que se trata de *“(…) un mecanismo que busca sencillamente la aplicación de los principios de coordinación, oportunidad, eficacia y economía con miras a facilitar a los departamentos y municipios la prestación conjunta del programa con el ICBF a través de los operadores sin ánimo de lucro que el Instituto ha seleccionado bajo reglas de transparencia, objetividad, igualdad y demás principios previstos en el artículo de la Constitución Política. (…)”⁵⁴,*

Adicionalmente, debe señalarse que en este tipo de contratos la función pública está encaminada a la protección de la niñez (sujetos de especial protección constitucional y cuyos derechos prevalecen sobre los otros)⁵⁵, por lo que el acto de coludir conlleva

⁵² Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵³ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de agosto de 2010, Sección Tercera. M.P. **ENRIQUE GIL BOTERO**.

⁵⁴ **BARRENECHE AARON ALFREDO**, Concepto 22804 del 6 de mayo de 2008, ICBF.

⁵⁵ Dispone el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia: *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”*

un mayor reproche, pues en juego están los derechos de este sector poblacional que demanda un mayor deber diligencia de los.

Sobre este punto, nuevamente vale la pena citar lo dicho por el Consejo de Estado:

“En esa línea de pensamiento, a esa convención le resultan aplicables los principios del artículo 209 de la Constitución Política, así como los principios y reglas contenidas en la ley 80 de 1993 y normas complementarias, razón por la que en la selección del contratista juegan un papel preponderante aspectos tales como la transparencia, la selección objetiva y planeación, entre otros, máxime si como lo señala expresamente la ley, resulta prioritario que se seleccione a instituciones o personas que acrediten idoneidad en el manejo de la actividad cuya prestación pretende que el contratista asuma, debido a la relevancia de la función a ejecutar, esto es, la protección de la familia y de los niños y niñas, la primera núcleo esencial de la sociedad en los términos establecidos en el artículo 42 de la Carta Política, y los últimos eje central y primordial de la sociedad, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, como se reconoció expresamente por el Constituyente en el artículo 44 ibidem. Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado –y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública–, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.”⁵⁶

Así pues, un proceso de selección como el que hoy nos ocupa se debe ceñir por las normas que rigen la libre competencia, los principios que orientan la contratación estatal y los procedimientos que garanticen la selección objetiva de contratistas quienes de manera pública deben presentar sus ofertas de manera independiente, objetiva y transparente cualquiera sea la modalidad de contratación escogida.

8.1.3. De las fundaciones sin ánimo de lucro y la posibilidad de celebración de acuerdos colusorios a través de las mismas

De conformidad con el régimen legal existente en Colombia, esto es el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, artículo 650 del Código Civil, artículo 5 del Decreto 3130 de 1968, artículo 40 del Decreto 2150 de 1995 y el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1529 de 1990, las fundaciones son personas jurídicas que surgen a la vida jurídica como patrimonios autónomos independientes del de su fundador o sus fundadores y cuya afectación está encauzada a un fin de beneficencia pública, utilidad común o de interés social, por lo que su razón no está en el lucro de su o sus fundadores. En efecto, el deber ser de las fundaciones no está, precisamente en el enriquecimiento de quién o quiénes las constituyen, sino en afectar una masa de bienes a una labor social de conformidad con la voluntad plasmada por el o los asociados en los estatutos de constitución.

Al respecto, es preciso traer a colación la sentencia de 9 de diciembre de 1946, en la que la Corte Suprema de Justicia, haciendo un paralelo entre fundaciones y establecimientos, señaló:

“En el lenguaje jurídico la palabra fundación representa hoy “la constitución de cierto patrimonio con el objeto de dedicar el capital, renta, o ambas cosas conjuntamente, al cumplimiento de fines lícitos y permitidos por la ley, con carácter permanente”. Las fundaciones nacen de un acto de voluntad individual, aislado o asociado a otras voluntades, acto que traduce en obra un fin social, como la educación, el cultivo de las ciencias o de las artes, la caridad etc. Toda fundación por su naturaleza jurídica debe tener como impulso creador el de las voluntades privadas. Puede un poder del Estado

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

⁵⁶ Consejo de Estado, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), Sección Tercera, M.P. **ENRIQUE GIL BOTERO**.

*crear un hospital, un asilo, un instituto de artes, un colegio etc. Un establecimiento así formado no podrá ofrecerse con los caracteres de jurídicos de una fundación, porque el establecimiento pertenecerá al Estado, quien puede gobernarlo a su arbitrio, transformarlo, extinguirlo, etc; en tanto que la fundación no pertenece sino a ella misma, y el Estado, mientras la reconozca, no le puede cambiar sus fines lícitos. En el establecimiento falta la nota especial que ya advertía Savigny en la persona jurídica fundación, o sea la de ser persona ideal, consistente en la constitución de un patrimonio privado con destino a un fin especial. En la fundación, según la teoría unánime del derecho contemporáneo, la voluntad de aquella no es el resultado de la deliberación o representación de individuos que convierten sus opiniones personales en actos colectivos, como en la corporación, sino la misma voluntad del fundador, en su inmanencia directiva de la personalidad moral que representa el fin fundacional, que viene a formar la regla de administración y de destinación del patrimonio. El fundador perfija la norma de vida del ente, la cual aparece como límite de la voluntad de los que administran las instituciones.*⁵⁷

De esta manera, al ser personas jurídicas afectas a una finalidad de interés social o de utilidad pública y estar constituidas como asociaciones sin ánimo de lucro, dado su carácter eminentemente social, se podría llegar a afirmar que las mismas no pueden ser objeto de acuerdos anticompetitivos que buscan la afectación de un mercado, o a lo sumo, obtener un beneficio a través de su concertación.

Sin embargo, si bien las fundaciones al ser personas jurídicas afectas a un fin lícito y no tener ánimo de lucro, en principio, no reciben ninguna clase de contraprestación económica por los servicios prestados, en desarrollo de su actividad pueden celebrar negocios jurídicos, participar en convocatorias públicas de contratación, percibir donaciones, entre otros, que, en últimas, redundará en ese patrimonio afecto al interés social ya sea en forma de rubro económico o en otros beneficios, verbigracia, crecimiento de la fundación, prestigio, posicionamiento, que hacen que la misma se valore para el desarrollo futuro de su objeto social.

El significado de “sin ánimo de lucro” no se traduce en que la fundación no pueda percibir rubros económicos, sino en el hecho de que las rentas que reciba en desarrollo de su actividad social no se traduzcan en utilidades que enriquezcan los patrimonios de los asociados sino que engrosen la masa de bienes que configuran esa persona jurídica autónoma denominada fundación⁵⁸.

En este orden de ideas, es factible que dentro de un proceso de selección pública de contratistas como el que adelanta el **ICBF** se presenten fundaciones sin ánimo de lucro que, no obstante tener en el papel (entiéndase acta de constitución) un fin lícito, se concertan con otros participantes con el objeto de acordar actos restrictivos de la competencia con violación plena de los principios de la contratación estatal y de la normatividad de protección de la libre competencia en Colombia.

Es clara la Ley 1340 de 2009 cuando señala, respecto a su ámbito de aplicación, el siguiente precepto:

*“Artículo 2. **Ámbito de la ley.** Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:*

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de diciembre de 1946, Sala Plena, M.P. **ARTURO TAPIAS PILONETA**. Gaceta Judicial, Tomo LXI enero, febrero, marzo de 1947.

⁵⁸ Sobre el particular, vale la pena citar lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de octubre de 1983: “(...) Y en relación con las fundaciones observa la norma referida que en ellas existe un interés privado “cuando sus bienes o rentas puedan destinarse en todo o en parte a fines distintos de los de utilidad común o interés social”. Vale decir, una corporativa, asociación o fundación percibe fines de lucro cuando obtenga rentas que, en todo o en parte, puedan ser distribuidas como utilidad a personas naturales en cualquier forma.”. Contrario sensu, las fundaciones sin ánimo de lucro pueden percibir rentas las cuales no pueden ser distribuidas como utilidades a las personas naturales que las conformaron pues, cambiaría su naturaleza de fundación sin ánimo de lucro a fundación con ánimo de lucro. Anales del Consejo de Estado, Tomo 105.

*régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia 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.*** (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la norma, independientemente de la naturaleza jurídica de un agente económico, el mismo es susceptible de la aplicación del régimen de competencia desde que desarrolle una actividad económica o pueda de alguna forma afectar dicho desarrollo. Por lo tanto, las fundaciones, al igual de las entidades estatales o personas naturales, entre otros, pueden ser investigadas y sancionadas por realizar conductas anticompetitivas, siempre y cuando puedan ser consideradas como agentes económicos en los mercados en que participan.

No es de recibo, entonces, el argumento según el cual es descabellado que una fundación sin ánimo de lucro participe en acuerdos restrictivos de la competencia en razón a su naturaleza altruista y sin ánimo de lucro. Como se evidenció, su naturaleza no impide que la misma reciba rentas económicas y beneficios que a largo plazo aumentarán su posibilidad de contratación, nuevamente, con el Estado.

8.1.4. De los principios generales del derecho *Nemo auditor propiam turpitudinem allegans* y la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad

Como es de conocimiento general, los principios generales del derecho son fuentes creadoras de derecho y cumplen una función complementaria de la ley pero con igual jerarquía (artículos 4 y 8 del Código Civil y 4 y 8 de la Ley 153 de 1887). Así las cosas, dentro de los múltiples principios generales del derecho que se encuentran dentro de la legislación colombiana, se tiene que las dos máximas *nemo auditor propiam turpitudinem allegans* y la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad se encuentran íntimamente relacionadas con el también principio general del derecho consagrado en el artículo 53 de la Constitución y que hace alusión a la presunción de la buena fe en las relaciones.

La Constitución Política de Colombia presume la buena fe de los particulares en su actuar pero no avala las conductas negligentes y torpes que puedan rayar, por la misma ineptitud o ignorancia, en actos abiertamente de mala fe (que no es lo mismo que culpa y dolo). Es deber de todos los ciudadanos, además de actuar probamente, esto es con la debida diligencia, conocer el contenido de la ley más aún cuando, la ley dado su carácter de general y abstracta, se presume conocida por todos, por lo que no es de recibo que los ciudadanos reconozcan su actuar contrario a la ley y se justifiquen en su ignorancia sobre la misma. Con ello, estarían alegando su propia culpa a su favor; cuestión que a todas luces está proscrita en el ordenamiento jurídico Colombiano pues una cosa es actuar de buena fe con la debida diligencia y dentro de los lineamientos del derecho y, otra cosa es incurrir en una ilegalidad y ampararse en la ignorancia de la ley y de suyo argüir un actuar probo y diligente, como eximente de responsabilidad.

Como bien señalaba el Doctor **FERNANDO HINESTROSA**, al referirse al actuar de buena fe:

“No ha sido fácil reeducar a las gentes, comenzando por los juristas, en la exigencia de ser diligentes, avisados, sagaces para establecer la sinceridad del título de su contraparte; pero, primero que todo, que han de ser francos, sinceros, leales y correctos. Es bien indicativo el que para redondear el concepto de buena de objetiva sea menester acudir a complementos como: buena fe exenta de culpa, o buona fede, lealtá e corretezza. Más, como sea, en el tiempo presente palpita esa exigencia en toda la actividad particular: en los contratos preliminares, en la celebración y ejecución de los contratos, con posterioridad a su ejecución, en las relaciones crediticias, cualquiera que sea su fuente, deber de diligencia, pero cuyo incumplimiento rebasa el lindero de la culpa.”⁵⁹

⁵⁹ *Ibidem*,

Refuerza este planteamiento lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2002 en el cual precisó:

*“El artículo 83 de la Constitución Política señala que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”. Ello significa que esa presunción opera en el ámbito de las relaciones con las autoridades que promueven los particulares, caso en el cual aquéllas deben presumir que los mismos lo hacen con rectitud, con propósitos sanos y con apego a la verdad. En el presente caso la sanción que le fue impuesta a los actores obedeció a una conducta o comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, desplegada por los actores en sus relaciones y actividades privadas, y no por ninguna actuación suya ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de modo que fue la misma entidad la que inició oficiosamente el procedimiento administrativo respectivo, en ejercicio de su función de inspección y vigilancia sobre las firmas contratantes, después de tener conocimiento de los hechos, por lo tanto no es pertinente invocar dicha presunción en el presente caso. **Además, se trata de una falta administrativa frente a la cual no vale aducir como eximente de la consiguiente responsabilidad administrativa el desconocimiento de la norma infringida, que es lo que en el fondo sostienen los actores cuando invocan como manifestación de su buena fe** las dudas con que actuaron frente a los referidos contratos, toda vez que la ley (en sentido amplio) se presume conocida, amén de que en este caso la responsabilidad surge con la sola ocurrencia de la violación de la norma pertinente, exceptuando las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito. No era conducente entrar a valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada, como la de si la conducta se realizó con buena fe o no, para efectos de determinar la responsabilidad administrativa.”⁶⁰. (Subrayado y negrita fuera del texto).*

Por consiguiente, dentro de una investigación administrativa adelantada por la **SIC** por infracción a las normas sobre protección a la libre competencia, específicamente, aquellas que referidas a acuerdos colusorios dentro de un proceso de contratación pública, no es eximente de responsabilidad para los investigados argumentar el desconocimiento de que, con su actuar, estaban contraviniendo el ordenamiento jurídico colombiano y menos aún, ampararse en una buena fe habida cuenta de su ignorancia sobre el contenido de la ley de prohibición y alegar su propia culpa a su favor pues, como quedó expuesto, es tipo de actos se encuentran fuera del amparo del artículo 83 Constitucional y de suyo eximentes de responsabilidad.

8.2. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA FRENTE A LA POSIBLE COLUSIÓN POR PARTE DE LAS INVESTIGADAS

8.2.1. Análisis de la existencia de un acuerdo anticompetitivo

Tal como se señaló en el punto 8.1 de este informe, en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se describen dos tipos de conductas anticompetitivas, bajo un mismo verbo rector. En primer lugar, se considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que **“tenga por objeto”** la colusión en las licitaciones o concursos y en segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia aquel acuerdo que **“tenga como efecto”**: i) la distribución de adjudicaciones de contratos; ii) distribución de concursos o; iii) la fijación de términos en las propuestas.

Entiéndase el objeto como la finalidad o el propósito de causar un resultado, sin que para ello sea necesario que se produzca el fin esperado esto es, la adjudicación del contrato para alguno de los agentes en colusión; contrario sensu, en la conducta por efecto el resultado se produce en el mercado; es decir, se logra con éxito la adjudicación del contrato a un oferente que hiciera parte de la concertación o el acuerdo.

Como ya se anticipó el tipo de la colusión tiene dos grandes variantes, pero en el estudio metodológico que planteamos, resulta necesario excluir la modalidad de colusión por efecto debido a que, en la Fase I de la **Convocatoria Pública de**

⁶⁰ Consejo de Estado, sentencia del 25 de abril de 2002, exp 11001-03-24-000-2000-0163-01(7261), Sección Primera, M.P. **MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA**.

Régimen Especial de Aporte 003 de 2012, el comité evaluador en la verificación del cumplimiento de los requisitos habilitantes pudo identificar la participación simultánea de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** como representante legal de **FUNDESOE** y **MELQUIADES**, lo que generó el rechazo de las propuestas dentro del proceso, luego si hubo animo de colusión, el mismo se desdibujó y no resultó con éxito.

Ahora bien, aunque la colusión por objeto resulta ser un asunto de difícil prueba, porque en la mayoría de los casos está estructurada sobre hechos ocultos y psíquicos que desbordan la órbita de legalidad, en el informe que hoy se adelanta, se suma a los indicios, las declaraciones y/o confesiones obtenidas en el curso de las indagaciones preliminares y en la instrucción de la investigación.

Lo anterior, encuentra su sustento en los hechos que a continuación se recrean y sobre los que se fundamenta el presente informe:

El 17 de abril de 2013⁶¹ en testimonio rendido en curso de la visita administrativa adelantada por esta Entidad a las instalaciones de **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** manifestó entre otras cosas, lo siguiente:

“Pregunta SIC: Respecto de la Convocatoria Pública 003 de 2012 particularmente, ¿Cuál es la razón para haber presentado propuesta de dos entidades diferentes siendo usted la misma Representante Legal? O sea ¿Qué sentido podía tener eso si finalmente era, digamos, el servicio que se ofrecía era el mismo?”

Respuesta: No, pues presentamos las dos porque... cualquiera de las dos que quedara, pensamos que no había ningún problema, digamos dos fundaciones y de pronto una tenía más experiencia que la otra, era mejor, entonces las presentamos la dos para que quedara una de las dos pero hubo problema por eso porque yo aparecía como, en ese momento, como Representante Legal de las dos fundaciones, entonces por eso nos excluyeron (...).

(...)

Pregunta SIC: Finalmente, ¿Su razonamiento al presentar ambas ofertas, la de MELQUIADES y la de FUNDESOE, fue simplemente aumentar las posibilidades de adjudicación en ese proceso de selección?

Respuesta: Si, exactamente, para que cualquiera de las dos quedara ahí.”

Entre tanto, y en esa misma diligencia en su calidad de representante legal actual de **MELQUIADES**, **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, expuso lo siguiente⁶²:

Pregunta SIC: (...) Precisamente en esa convocatoria pública 003 de 2012, ¿cuál es el objeto específico del suministro?

Respuesta: Era contratar a entidades sin ánimo de lucro para que le entregaran alimentos a la población vulnerable de los municipios, especialmente a niños y a personas de la tercera edad.

Pregunta SIC:(...) ¿Cómo funciona ese proceso de selección y en qué estado está?, ¿Ya se adjudicó, es a nivel nacional ?

Respuesta: Si si

Nosotros participamos o sea bienestar hizo la convocatoria por internet nosotros la miramos en internet este y participamos, o sea bueno eso es una cosa, un largero sacamos eso y empezamos a mirar y nosotros no quedamos, o sea eso se adjudicó vinieron a visitarnos en noviembre, o sea como a finales de octubre principios de noviembre vinieron pero nosotros no quedamos, bueno ellos sacaron una lista de personas que aceptaron y nosotros no quedamos. Primero porque no podían participar, ella en ese tiempo era la representante legal de las dos y no se podía ese era uno de los impedimentos por los que no quedamos por fuera, porque ella

⁶¹ Folio 42 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶² Folio 46 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

en ese tiempo era la representante legal tanto de **MELQUIADES** como de **FUNDESOE** todavía yo no era representante legal de **MELQUIADES** ¿esa fue la razón por la cual? Una de e las razones (...)

Pregunta SIC: El despacho deja constancia de que cuando usted dice ella se refiere a **OLGA INES FLÓREZ PERTUZ**

Respuesta: ahh si si es mi esposa.

Pregunta SIC ¿Quién elaboró esas ofertas en esa convocatoria pública, la confección de las ofertas para participar en el proceso estuvo a cargo de quién?

Respuesta: Nosotros. Yo me tuve que apoyar en unos asesores contar con unos recursos para ellos pa que me asesoraran yo andaba en otras cosas entonces incluso yo no la lleve ellos las llevaron ellos entregaron esa documentación allá.

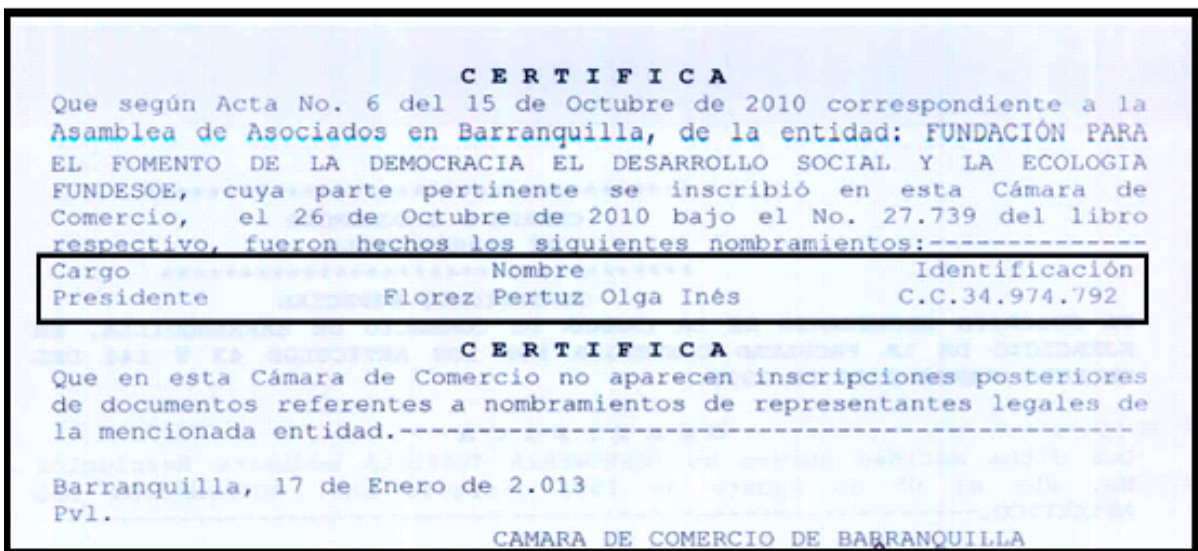
Pregunta SIC: ¿Pero entonces cuando al momento de presentar las ofertas estaba era ella actuando de ambas de representante legal (...)?.

Respuesta: Eso porque yo estuve en actividades políticas pero yo siempre he sido de **MELQUIADES**.

(...)"

A los hechos anteriormente expuestos se suman las constancias inscritas en la Cámara de Comercio de Barranquilla, que documentalente soportan sus declaraciones:

Imagen No. 9. Histórico de Representación Legal **FUNDESOE**



Fuente: Folio 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Imagen No .10 . Histórico de Representación Legal MELQUIADES

C E R T I F I C A		
Que según Acta No. 3 del 12 de Mayo de 2007 correspondiente a la Asamblea de Asociados en Barranquilla de la entidad: CORPORACIÓN MELQUIADES, inscrito(as) en esta Cámara de Comercio, el 10 de Septiembre de 2007 bajo el No. 19.479 del libro respectivo, fueron hechos los siguientes nombramientos:-----		
Cargo	Nombre	Identificación
Director Ejecutivo	Camacho Gamero José	C.C.*8.684.153
C E R T I F I C A		
Que según Acta No. 6 del 11 de Junio de 2010 correspondiente a la Asamblea de Asociados en Barranquilla de la entidad: CORPORACIÓN MELQUIADES, inscrito(as) en esta Cámara de Comercio, el 23 de Junio de 2010 bajo el No. 26.799 del libro respectivo, fueron hechos los siguientes nombramientos:-----		
Cargo	Nombre	Identificación
Director Ejecutivo	Florez Pertuz Olga Inés	C.C.34.974.792
C E R T I F I C A		
Que según Acta No. 12 del 29 de Noviembre de 2010 correspondiente a la Asamblea de Asociados en Barranquilla de la entidad: CORPORACIÓN MELQUIADES, inscrito(as) en esta Cámara de Comercio, el 03 de Diciembre de 2012 bajo el No. 33.111 del libro respectivo, fueron hechos los siguientes nombramientos:-----		
Cargo	Nombre	Identificación
Rep. Legal y Presidente	Camacho Gamero José de Jesús	C.C.*8.684.153

Fuente: Folio 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

En el curso de la investigación y en virtud de lo dispuesto en artículo 175 del Código de Procedimiento Civil⁶³ y con el lleno de las formalidades legales, el 11 de marzo de 2014 esta Delegatura procedió con la práctica del interrogatorio⁶⁴ a **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, en su calidad de persona natural y en representación de **FUNDESOE**, y a **JÓSE DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, en su calidad de persona natural y en representación de **MELQUIADES**; quienes señalaron su participación en la Convocatoria Pública 003 de 2012, en los siguientes términos:

En interrogatorio de parte **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** manifestó entre otras cosas lo siguiente, frente a lo preguntado por el Despacho:

(...) *El Despacho pone de presente las siguientes carátulas de las propuestas*

Pregunta SIC: *¿Usted puede explicar a este Despacho por qué las dos carátulas presentan absoluta correspondencia en la ortografía, en los errores que en ella se encuentran?*

Respuesta: *Porque es lógico, osea yo soy la representante legal de las dos, osea yo presento las dos, osea todas dos están hechas con el mismo computador y todo porque son de las dos, nosotros tenemos una sola oficina donde tenemos las dos FUNDESOE y MELQUIADES, están ahí radicadas esa oficina y allí hicimos las dos propuestas (...)*

Pregunta SIC: *¿Diga cómo es cierto SI o NO que con la presentación de la CORPORACIÓN MELQUIADES y de FUNDESOE usted buscaba incrementar las posibilidades de ganar la adjudicación del contrato?*

Respuesta: *Bueno la verdad queríamos quedar en un banco de oferentes, para tener en alguna oportunidad con cualquiera de las dos, este alguien, eso no es fácil que le den a uno el contrato, entonces de pronto alguna de las dos podía tener un contrato , pero de manera alguna hicimos esto para sacar a nadie del concurso.....*

Por su parte **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, manifestó expresamente lo siguiente:

⁶³ "(...) **Artículo 175: Medios de Prueba.** Sirven como medios de prueba, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del Juez.

(...)"

⁶⁴ Folio 172 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*(...) **Pregunta SIC:** ¿Quién avaló la participación de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** en la convocatoria pública 003 de 2012?*

***Respuesta:** Nosotros conjuntamente, me refiero a Olquita y a mí, a mi señora y a mí.*

***Pregunta SIC:** ¿Quiere Usted explicarle a este Despacho que lo motivo o cuál era su interés para tener injerencia en esa decisión?*

***Respuesta:** Primero que todo por la experiencia que había tenido en ese tipo de convocatorias, ella es lógicamente mi esposa y me lo consultó y yo de alguna manera me sentía en el deber de que hiciera la mejor propuesta, presentara la mejor documentación para que **FUNDESOE** y **MELQUIADES** quedaran en el banco de oferentes.*

***Pregunta SIC:** Pero Usted en ese momento estaba apartado de la **CORPORACIÓN MELQUIADES**.*

***Respuesta:** Yo no era el representante legal de **MELQUIADES**, era ella la representante legal de las dos, y me había retirado por cuestiones políticas.*

***Pregunta SIC:** Que personas se encargaron de la elaboración y confección de las propuestas de **CORPORACIÓN MELQUIADES**.*

***Respuesta:** Fundamentalmente los dos, y tuvimos unos compañeros que nos asesoraron tangencialmente que nos encontramos (...).*

Con base en las anteriores declaraciones, esta Delegatura corrobora y entiende la razón del por qué la similitud en las propuestas presentadas por **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, así como también los incentivos que presuntamente habrían motivado a **OLGA INÉS FLOREZ PERTÚZ** y a **JOSE DE JESÚS CAMACHO GAMERO** para presentar dichas ofertas dentro de la Convocatoria Pública 003 de 2012, en contravía de lo señalado en el pliego de condiciones y la ley.

En merito de lo anterior, ha de advertirse, que cualquier forma de acuerdo que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de contratación estatal, y que evite que las condiciones sean iguales y transparentes entre todos los participantes al momento de la asignación de las licitaciones o concursos, resulta no solo violatoria de las normas sobre libre competencia sino que también, se encuentra en contravía de las normas del Estatuto General de Contratación Estatal.

A continuación, esta Delegatura realizara un análisis económico de la conducta discriminando uno a uno los departamentos en los que **MELQUIADES** y **FUNDESOE** presentaron interés con lo que se buscara demostrar que el comportamiento de los investigados se encontraban encaminados a obtener mejores beneficios y mayores oportunidades dentro de la Convocatoria Pública 003 de 2012, falseando la competencia, mediante la concertación de un acuerdo colusorio.

8.2.2. De las estrategias implementadas por las investigadas para incrementar sus posibilidades de ganar en el marco de la Convocatoria Pública 003 de 2012

De manera previa a la presentación de los resultados asociados a la convocatoria pública **CP-003 DE 2012**, la Delegatura aclara que no obstante el proceso bajo referencia tenía un alcance nacional, expresado en la distribución de las diferentes regionales y sus zonas respectivas, el análisis subsiguiente se circunscribe únicamente a los departamentos de Atlántico, Bolívar y Sucre.

Como ya se mencionó en el presente documento, el límite de regionales a las que cada proponente podía participar era de 3. Este límite previsto en los Pliegos de Condiciones, restringía el actuar de los proponentes en cuanto a la factibilidad e intensidad de ofertar en cualquier lugar del país, pues en la medida en que se aumentara el número de regionales y zonas para enviar oferta, se reducían las opciones para escoger otras.

Por otro lado, en razón a que los investigados coincidieron en manifestar su interés en tres (3) de las treinta y tres (33) regionales ofertadas; esta Delegatura procede a delimitar su objeto de estudio y de análisis a estas regionales, que de acuerdo con los documentos oficiales del proceso⁶⁵ corresponden a las descritas en la siguiente tabla:

Tabla No. 5. Propuestas recibidas en CP-003 DE 2012

REGIÓN	PRESENTADOS	TOTAL CUPOS	HABILITADOS ⁶⁶	NO HABILITADOS ⁶⁷
ATLÁNTICO	93	136.710	18	75
BOLIVAR	12	183.914	10	2
SUCRE	32	119.829	16	16

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso CP-003 DE 2012.

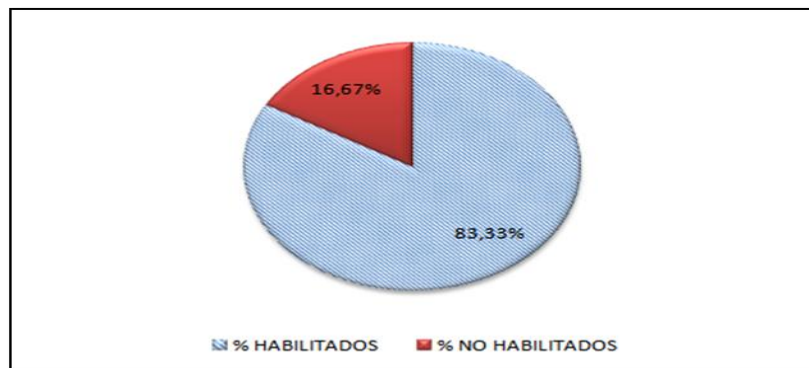
En las siguientes gráficas, se ilustra el porcentaje de los proponentes habilitados e inhabilitados, así como el porcentaje del total de participantes, por cada regional analizada.

Gráfica No. 1 Porcentaje de proponentes habilitados e inhabilitados Regional ATLÁNTICO



Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso CP-003 DE 2012.

Gráfica No. 2 Porcentaje de proponentes habilitados e inhabilitados Regional BOLIVAR



Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales del proceso CP-003 DE 2012.

⁶⁵Ver:

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/INFORME%206%20DE%20DICIMEMBRE%20DE%202012/Informe%206%20de%20Diciembre/Fase2_AnalisisSolicitudDepartamentos.aspx-Todos%3Dfalse.html [Fecha de Consulta: 9 de Febrero de 2015].

⁶⁶

Ver:

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/informe%2030%20de%20noviembre/INFORME%2030%20DE%20NOVIEMBRE/Fase1_ReporteConCupos-HABILITADOS.html [Fecha de Consulta: 9 de Febrero de 2015].

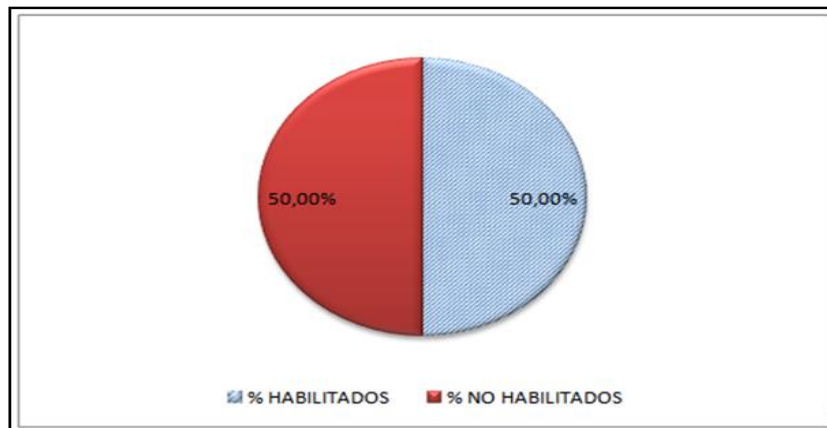
⁶⁷

Ver:

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/informe%2030%20de%20noviembre/INFORME%2030%20DE%20NOVIEMBRE/Fase1_ReporteConCupos-RECHAZADOS.html [Fecha de Consulta: 9 de Febrero de 2015].

Finalmente, y respecto al porcentaje total de proponentes habilitados en la regional de Sucre, este es el panorama:

Gráfica No. 3 Porcentaje de proponentes habilitados e inhabilitados Regional **SUCRE**



Fuente: Elaboración **SIC** con base en documentos oficiales del proceso **CP-003 DE 2012**.

Resulta importante aclarar que en los reportes de resultados consultados se encontró que a **MELQUIADES** y **FUNDESUE** solo les fue evaluado los requisitos habilitantes relacionados con la regional de Atlántico, a pesar de que estos también habían manifestado interés por otras 2 regionales distintas (Bolívar y Sucre). Sin embargo, estos no superaron la evaluación de los requisitos habilitantes ni siquiera para esta zona.

Según las evaluaciones específicas publicadas en la página del **ICBF**, el proponente **MELQUIADES**⁶⁸ contaba para la convocatoria **CP-003 DE 2012** con 4 experiencias validadas por un monto de \$ 415.029.347,44, mientras que para **FUNDESUE**⁶⁹ se validaron un total de 2 experiencias por una cuantía de \$ 191.518.853,15.

Cabe resaltar que conforme a los documentos referidos, **MELQUIADES** presentó un total de 8 contratos para soportar experiencia que sumados arrojaban una cuantía indexada⁷⁰ de \$2.843.161.523,14, de los cuales cuatro (4) se habían realizado en Atlántico y los otros cuatro (4) en Cesar. Por su parte, **FUNDESUE** presentó un total de 13 experiencias, todas ellas realizadas en el departamento del Atlántico, por un valor total indexado de \$ 2.331.450.328,61. En razón a que dicha experiencia no cumplía en su totalidad con los requerimientos establecidos en los Pliegos de Condiciones⁷¹, se validaron tan solo los valores mencionados en el párrafo anterior.

⁶⁸

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/informe%2030%20de%20noviembre/INFORME%2030%20DE%20NOVIEMBRE/PropuestaDetalladaFasel-NumPropuesta=66.aspx.html [Fecha de Consulta: 9 de Febrero de 2015]

⁶⁹ Ver:

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/informe%2030%20de%20noviembre/INFORME%2030%20DE%20NOVIEMBRE/PropuestaDetalladaFasel-NumPropuesta=68.aspx.html [Fecha de Consulta: 9 de Febrero de 2015]

⁷⁰ Para el caso de esta convocatoria, la palabra “indexado” refiere a la actualización de los valores de los contratos, más todas sus adiciones, a pesos de 2012. Dichas actualizaciones, realizadas por parte del ICBF, se pueden consultar en las páginas referenciadas.

⁷¹ Estos requerimientos incluían, según los Pliegos de Condiciones Definitivos de la convocatoria, los “*contratos terminados, ejecutados y liquidados, cuyo objeto contemple: “Suministro de alimentación para el consumo humano, de acuerdo a una minuta patrón y ciclos de menús preestablecidos, entregados al consumidor final”.* (Página 39). De igual manera, se aclara en este documento que “*La experiencia a tener en cuenta será en contratos ejecutados y terminados a **satisfacción**, entendiéndose por ésta aquella en la cual el contratista NO haya sido objeto de multas, o declaratorias de incumplimiento y en la que NO existan reportes de acreencias o deudas con manipuladores de alimentos o proveedores con ocasión de la ejecución del contrato que se pretende validar.*” (Página 40; Subrayado y sombreado en original;)

Como se explicó previamente, ya que la participación válida en una regional, dependía de la presentación de experiencia local por una cuantía mínima del 30% de los cupos contemplados para cada una de estas, la manifestación de interés por parte de los investigados hacia las regionales Bolívar y Sucre, quedó descartada desde el inicio.

En cuanto a los cupos que habrían obtenido, siguiendo las reglas de asignación de cupos habilitables por concepto de experiencia, los investigados obtendrían unos máximos de estos tal como se muestra a continuación:

$$\text{Cupos Experiencia Melquiades: } \frac{\$ 415.029.347,44}{\$ 256.498,0} = 1618$$

$$\text{Cupos Experiencia Fundesoe: } \frac{\$ 191.518.853,15}{\$ 256.498,0} = 747$$

De igual manera, según la información obrante en la página del **ICBF**, tanto **MELQUIADES**, como **FUNDESOE**, presentaron un cupo de crédito por un total de \$200.000.000,00, lo cual les daría un total de 31.190 cupos habilitables por el componente financiero⁷².

En este orden de ideas, recordando que el total de cupos habilitables para cada proponente, consistía en el mínimo entre los obtenidos por componente de experiencia y el financiero, de haber sido habilitados, **MELQUIADES** y **FUNDESOE** habrían obtenido lo siguiente:

$$\text{Cupos Totales Melquiades: } \text{Mín}\{1.618 ; 31.190\} = 1.618$$

$$\text{Cupos Totales Fundesoe: } \text{Mín}\{747 ; 31.190\} = 747$$

Ahora, conforme con el documento “**ACTA DE LA AUDIENCIA PÚBLICA DE CIERRE DE FASE II DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA N°003 DE 2012**”⁷³, a las regionales Atlántico, Bolívar y Sucre presentaron ofertas de segunda fase, los siguientes proponentes, a los cuales se les adicionó sus respectivas ofertas por Asociación Padres de Familia “**ASPF**” y “Compras Locales” (“**CL**”)⁷⁴:

Tabla No. 6 Proponentes Fase II Regional Atlántico

PRESENTADO FASE II	ZONA	OFERTA ASPF ⁷⁵	PUNTOS ASPF	OFERTA CL ⁷⁶	PUNTOS CL
UNIÓN TEMPORAL VISIÓN CARIBE	3	NA ⁷⁷	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL ALIMENTAR 2013	2	0	0	0%	0
UNIÓN TEMPORAL SOLIDARIDAD 2013	1	0	0	0%	0

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales proceso **CP-003 DE 2012**.

⁷² Para ambos casos, resultado de la siguiente operación: \$ 200.000.000 / \$ 6.412,4= 31.189,57

⁷³

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP-003-2012/ACTA%20AUDIENCIA%20DE%20CIERRE%20FASE%20II%20CP%20003%20DE%202012.pdf
[Fecha de consulta: 22 octubre de 2014]

⁷⁴

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP%20003-2012/INFORME%206%20DE%20DICEMBRE%20DE%202012/Informe%206%20de%20Diciembre/Fase2_AnalisisSolicitudDepartamentos.aspx-Todos=false.html#AnalisProponentes [Fecha de consulta: 22 octubre de 2014]

Tabla No.7 Proponentes Fase II Regional Bolívar

PRESENTADO FASE II	ZONA	OFERTA ASPF	PUNTOS ASPF	OFERTA CL	PUNTOS CL
FUNDACIÓN ENLACE ONG	6	0%	0	0%	0
COOSEHEROICA	2	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL ZONA CUATRO 2013	4	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL ZONA UNO BOLIVAR 2013	1	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL DIQUE 2013	3	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL DEPRESION MOMPOSINA	7	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL BRAZO DE LOBA	5	4%-5%	10	10%	10
FUNDACIÓN UNIDOS POR COLOMBIA	3	4%-5%	10	10%	10

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales proceso **CP-003 DE 2012**.

Tabla No. 8 Proponentes Fase II Regional Sucre

PRESENTADO FASE II	ZONA	OFERTA ASPF	PUNTOS ASPF	OFERTA CL	PUNTOS CL
FUNDACIÓN PROSPERAR COLOMBIA	11				
FUNDACIÓN PROSPERAR COLOMBIA	12				
FUNDACIÓN PROSPERAR COLOMBIA	13				
UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DE SAN JORGE	4	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DE SAN JORGE	9	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DE SAN JORGE	10	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL POR LOS NIÑOS DEL GOLFO	5	4%-5%	10	10%	10
UNIÓN TEMPORAL POR LOS NIÑOS DEL GOLFO	13	4%-5%	10	10%	10
ASPF HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR DEL MUNICIPIO DE SINAI	6	NA	10	10%	10
COOPERATIVA PARA EL DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES CODECOM	1				
COOPERATIVA PARA EL DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES CODECOM	12				
UNIÓN TEMPORAL BIENESTAR POR SUCRE	3	4%-5%	10	10%	10
FUNDACIÓN UNIDOS POR COLOMBIA	1	4%-5%	10	10%	10
FUNDACIÓN UNIDOS POR COLOMBIA	2	4%-5%	10	10%	10
FUNDACIÓN UNIDOS POR COLOMBIA	3	4%-5%	10	10%	10
FUNDACION ENLACE ONG	1	5%	10	10%	10
FUNDACION ENLACE ONG	5	5%	10	10%	10
FUNDACION ENLACE ONG	6	5%	10	10%	10
FUNDACION ENLACE ONG	7	5%	10	10%	10
FUNDACION ENLACE ONG	8	5%	10	10%	10
COOSEHEROICA	1	4%-5%	10	10%	10
COOSEHEROICA	5	4%-5%	10	10%	10
COOSEHEROICA	6	4%-5%	10	10%	10
COOSEHEROICA	7	4%-5%	10	10%	10
COOSEHEROICA	8	4%-5%	10	10%	10

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales proceso **CP-003 DE 2012**.

Para la regional Sucre (última tabla), al inspeccionar la página web con los documentos oficiales de evaluación, en el proceso **CP-003 DE 2012**⁷⁸, no se encontraron las ofertas por **ASFP** y **CL** en el caso de los proponentes **FUNDACIÓN PROSPERAR COLOMBIA** (zonas 11,12 ,13) y **COOPERATIVA PARA EL**

78

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallCBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP-003-2012 [Fecha de consulta: 29 de diciembre 2014]

DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES CODECOM (zonas 1,12), razón por la cual aparecen sombreadas en la tabla correspondiente.

Con base en las gráficas y tablas anteriores, la Delegatura hace las siguientes anotaciones:

Fase I

- No obstante la participación inicial en las regionales Atlántico, Bolívar y Sucre es considerable, excepto para el caso de Bolívar, la falta de cumplimiento en algún requisito habilitante es igualmente significativo (80.65% de los presentados en Atlántico y 50% en Sucre, Ver tabla No. 5).

Fase II

- No todos los proponentes habilitados en la Fase I participan en la entrega de propuestas en la Fase II, razón por la cual se disminuye el número de participantes tal como se advierte, en las gráficas inicialmente mostradas y las tablas posteriormente señaladas⁷⁹.
- La regional Atlántico, pese a contar con la mayor participación inicial dentro de las tres regionales analizadas (93 propuestas), muestra el menor número de ofertas finales presentadas en Fase II (3).
- En cuanto a las ofertas por criterios de calificación, no hay valores propuestos intermedios, pues en las tres regionales, o se presentan valores para cada uno de estos que dan el puntaje máximo (4%-5% para **ASPF** y 10% para **CL**) o no se oferta ningún valor (equivalente a proponer 0).
- La gran mayoría de zonas, en las tres regionales analizadas, cuentan con un único oferente de Fase II. Estas son para Atlántico las zonas 1, 2 y 3, para Bolívar, las zonas 1,4,5,6 y 7, y para Sucre, las zonas 2, 4, 9, 10 y 11.
- Con base en lo anterior, competencia real en Fase II, solo habría por la zona 3 de Bolívar, y las zonas 1, 3, 5, 6, 7, 8, 12 y 13 de Sucre, en donde sin embargo, se tendrían que utilizar los criterios de desempate establecidos en el pliego, pues excepto en los casos de las zonas 12 y 13 de Sucre, en donde no se pudo determinar las ofertas, todos los participantes presentados obtienen el mismo puntaje global (20 puntos).
- En cuanto **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, no se tienen ofertas por **ASPF** y **C.L.**, pues en razón a que no superaron Fase I, no se llegó recibir sus ofertas finales de Fase II por parte del **ICBF**.

Al concluir el proceso de evaluación, el **ICBF** determinó la adjudicación en las tres regionales analizadas, de la siguiente forma⁸⁰:

Tabla No. 9 Proponentes Adjudicados

REGIONAL	ZONA	ADJUDICATARIO
ATLÁNTICO	1	UNIÓN TEMPORAL SOLIDARIDAD 2013
ATLÁNTICO	2	UNIÓN TEMPORAL ALIMENTAR 2013
ATLÁNTICO	3	UNIÓN TEMPORAL VISIÓN CARIBE
BOLIVAR	1	UNIÓN TEMPORAL ZONA UNO BOLIVAR 2013
BOLIVAR	2	COOPERATIVA DE SERVICIOS GENERALES LA HEROICA "COOSEHEROICA"

⁷⁹ Entre las razones posibles, se encuentran la factibilidad de conformar uniones temporales o consorcios para presentación conjunta en Fase II, lo cual fue explicado previamente.

⁸⁰

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallCBF/NormatividadC/Contratacion/RegimenEspecial/RE_SedeDireccion/CP-003-2012/RESOLUCI%C3%93N%20DE%20ADJUDICACI%C3%93N%20PAE%20CP%20003%20DE%202013.pdf [Fecha de consulta: 22 octubre de 2014]

BOLIVAR	4	UNIÓN TEMPORAL ZONA CUATRO 2013
BOLIVAR	5	UNIÓN TEMPORAL BRAZO DE LOBA 2013
OLIVAR	6	FUNDACIÓN ENLACE
BOLIVAR	7	UNIÓN TEMPORAL DEPRESIÓN MOMPOSINA
SUCRE	4	UNIÓN TEMPORAL POR LOS NIÑOS DE SAN JORGE
SUCRE	5	UNIDOS POR LOS NIÑOS DEL GOLFO
SUCRE	6	ASPF HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR DEL MUNICIPIO DE SINAI
SUCRE	7	FUNDACIÓN ENLACE
SUCRE	8	COOPERATIVA DE SERVICIOS GENERALES LA HEROICA "COOSEHEROICA"
SUCRE	9	UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DEL SAN JORGE
SUCRE	10	UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DEL SAN JORGE
SUCRE	11	FUNDACIÓN PROSPERAR COLOMBIA
SUCRE	13	UNIÓN TEMPORAL UNIDOS POR LOS NIÑOS DEL GOLFO

Fuente: Elaboración SIC con base en documentos oficiales proceso **CP-003 DE 2012**.

8.2.3. De la Racionalidad Económica Colusoria en la Convocatoria Pública CP-003 de 2012

Una vez aclarado el mecanismo utilizado por el **ICBF** para determinar los adjudicatarios de las diferentes zonas y regionales establecidas por los Pliegos de Condiciones, esta Delegatura pasa a analizar la racionalidad económica que pudo motivar el accionar mancomunado de los investigados durante el transcurso del procedimiento referido.

En primer lugar, la Delegatura considera pertinente aclarar que no obstante la naturaleza misma del contrato de aporte excluye una calificación económica formal, que lo haga asimilable a otro tipo de procesos de selección contractual pública en cuanto a sus mecanismos de adjudicación, no es ilógica la existencia de una racionalidad mancomunada de dos ofertas, en apariencia individuales, que busquen maximizar los beneficios esperados conjuntos.

Este hecho, a la luz de los procedimientos de determinación del orden de elegibilidad para la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**, y los resultados efectivamente presentados en las regionales Atlántico, Bolívar y Sucre, se manifiesta en la posibilidad evidente de que en la fase final de elección de proponentes para cada zona de cada regional, se alcance una situación que requiera la utilización de los criterios de desempate contemplados en el Pliego de Condiciones.

Como se puede observar en las tablas 6, 7 y 8, los criterios de calificación establecidos desde el inicio de la **Convocatoria Pública CP-003 DE 2012**, esto es, puntaje por **ASPF** y puntaje por Compras Locales, presentó entre las regionales Atlántico, Bolívar y Sucre, un promedio de 73.61% de los proponentes con los puntajes máximos, pues como se aclaró previamente, ninguna de las ofertas presentadas (diferentes de 0) en estas regionales en Fase II, obtuvo calificación menor a la máxima alcanzable.

Este alto promedio de incidencia de puntajes máximos, evidencia la factibilidad y el incentivo de ofertar en segunda fase tanto la subcontratación con **ASPF** entre 4%-5% del total del contrato, como la garantía Compras Locales por un 10% el valor del mismo.

Ahora bien, es importante enfatizar que dicho incentivo es creado por la factibilidad, pues en la medida en que los diferentes competidores potenciales dentro de una convocatoria pública, tengan la posibilidad de proponer conceptos que les den el máximo puntaje, la mejor respuesta de un agente para tener algún chance de resultar adjudicatario, es ofertar también dichos valores que se deriven en los mejores puntajes, pues de otra forma entraría a componer aquel subconjunto de participantes con una probabilidad nula de adjudicación.

Bajo esta situación, en la que el grupo de competidores con una probabilidad positiva de ganar el contrato, está compuesta por todos aquellos que alcancen un empate final por los criterios de **ASPF** y **CL**, la entidad contratante, entraría a seguir los criterios de desempate contemplados en los Pliegos de Condiciones, para determinar un adjudicatario final por cada zona de cada regional.

Tal como se estableció previamente, los criterios de desempate establecidos para la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**, fueron, en su orden: ausencia de multas previas con el **ICBF**; ausencia multas por incumplimientos con otras entidades; mínimo de 10% del personal con discapacidad; y sorteo.

En caso de que los agentes económicos concursantes por la adjudicación en alguna zona establecida por la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**, previeran alta probabilidad de empate, y por ende la utilización de los criterios de saneamiento del mismo, buscarían la presentación sin ningún tipo de multas por incumplimientos previos y la contratación de un mínimo del 10% de personal en situación de discapacidad, pues esto aumentaría sus posibilidades de no ser excluidos del procedimiento de adjudicación por existencia del primero o la ausencia del segundo de estos criterios.

En este punto, cabe resaltar que la disposición estratégica de un agente económico concursante recién descrita, no es necesariamente la seguida por cualquiera que se presentase a la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**, pues ante la ausencia de información completa respecto a los competidores futuros, una fundación podría simplemente presentar oferta aún con historial de multas o ausencia de personas en discapacidad, pues puede considerar amplias posibilidades de adjudicación en etapas previas, al ser por ejemplo el único oferente posible en una zona determinada.

Ahora bien, el objetivo de la Delegatura es establecer la racionalidad que motivó a los investigados **MELQUIADES** y **FUNDESOE** a elaborar de manera conjunta sus propuestas, y determinar la motivación económica primigenia que lo soportó.

En este orden de ideas, y retomando las consideraciones anteriores sobre las amplias posibilidades de empate y utilización de los criterios establecidos en el pliego para solventarlo, esta Delegatura observa que la presentación de dos ofertas independientes tiene una ventaja evidente en caso de llegar dicha situación. Esto, debido a que existe la posibilidad de que la homogeneidad⁸¹ entre los proponentes considerados respecto a estos criterios, haga decidir la adjudicación por medio de un sorteo entre ellos.

Si consideramos que el adjudicatario se decide entre un total de “n” participantes, la probabilidad de resultar ganador para un proponente es igual a $1/n$, mientras que si se presentan dos ofertas independientes es $2/n$, está última mayor que la primera. Es así, que en caso de llegar a dicha instancia, resulta razonable enviar dos ofertas independientes en vez de una en consorcio o unión temporal, tal como lo hicieron los investigados.

Por otro lado, se observa que la presentación individual de varias ofertas en vez de una de consorcio o unión temporal, aumenta las posibilidades de incorporarse al Banco de Oferentes en una situación ventajosa para convocatorias futuras, pues tal como se mencionó previamente, el resultar habilitados en una convocatoria previa, hace que la presentación a una actual limite los trámites requeridos para la presentación de la propuesta.

De acuerdo a los Pliegos Definitivos de Condiciones de la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**: a la primera fase *“deben someterse los nuevos oferentes, los proponentes incluidos en la lista de habilitación resultante de la Convocatoria Pública N° 005 de 2011 que pretendan actualizar los documentos presentados en el citado*

⁸¹ No necesariamente en el cumplimiento de los requisitos, pues dicha homogeneidad se puede presentar en el incumplimiento de los mismos.

proceso de selección y los proponentes que participaron en la Convocatoria Pública N° 005 de 2011 y que no cumplieron con algún requisito (quienes deberán cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos para los nuevos proponentes) (...)” (Resaltado de la SIC)⁸².

Es así, que de encontrarse habilitado en una convocatoria previa, la presentación a un nuevo procedimiento de selección con el **ICBF**, se limitaba a actualizar los documentos remitidos en el pasado, simplificando la entrada y creando la posibilidad de resultar en algún momento adjudicado de alguna zona pretendida, pues con la experiencia adquirida en convocatorias anteriores, la dinámica del proceso resultaría más familiar y por tanto, menos engorrosa en su manejo.

Al respecto, cabe resaltar que aun cuando **MELQUIADES** y **FUNDESOE** no resultaron habilitados en la primera fase de la **Convocatoria Pública CP-003 de 2012**, pues fueron rechazados en su componente jurídico, su apuesta al presentar dos ofertas buscada finalidades encaminadas a hacer parte del Banco de Oferentes mencionado y tener alguna posibilidad de adjudicación, pues como se afirmó en la diligencia testimonio, y nuevamente se reitera en este escrito, el razonamiento de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTUZ** como representante legal de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** fue el siguiente:

“el concurso que hizo el Bienestar Familiar o sea no era para darles un contrato a nosotros era conformar un banco de oferentes, o sea un listado donde participaban miles de personas y de ese listado donde participaban miles de personas y de ese listado uno quedaba allí inscrito en ese listado para cualquier día poder tener nos tuvieran en cuenta pero no era para que nos contrataran inmediatamente”

Así mismo, es importante resaltar que, tal como se ilustró previamente, el monto los contratos validados para **MELQUIADES** y para **FUNDESOE** era tan solo una pequeña parte de los contratos presentados (14.6% para **MELQUIADES** y 20.04% para **FUNDESOE**), lo cual permite pensar que su intención era efectivamente quedar habilitados para calificación de segunda fase, pero por defectos sobre la planeación del cumplimiento de los requisitos sobre la experiencia no se generó el resultado esperado.

Tomados en conjunto, los argumentos presentados en la presente sección, permiten a la Delegatura afirmar la existencia de lógicas colusorias en la **Convocatoria Pública CP-003 DE 2012**, pues no obstante el régimen exceptivo preceptuado por el contrato de aporte, las formas y dinámicas de calificación de propuestas, y composición del Banco de Oferentes, pueden incentivar la presentación de ofertas individuales en vez de formas de presentación plural.

De igual forma, conforme al acervo probatorio recaudado durante la investigación, esta Delegatura da cuenta de que dichos incentivos, determinaron el actuar mancomunado de los investigados **MELQUIADES** y **FUNDESOE**, pues aunque existe la posibilidad de que no haya sido específicamente el marco comportamental descrito el seguido por estos, queda claro que sí existía un ánimo de aumentar las posibilidades de adjudicación de alguno de ellos, tal como se ilustra en el aparte testimonial transcrito, afectando así, de manera directa, la selección objetiva buscada por el **ICBF**.

8.3. De los descargos presentados por los investigados

8.3.1 De la naturaleza jurídica de las investigadas

Tal como fuera expuesto en líneas anteriores, el **ICBF** mediante Resolución No. 8693 del 16 de noviembre de 2012 ordenó dar apertura del proceso de selección correspondiente a la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 del Programa de Alimentación Escolar PAE. De esta manera, una vez revisados los pliegos de condiciones de la Convocatoria Pública 003 de 2012 y el

⁸² Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Manual de Contratación del **ICBF** vigente para la época de los hechos, se tiene como particularidades del contrato de aporte que la entidad buscaba celebrar, las siguientes:

“(…)

(i) Que se contrate con personas públicas o privadas, jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras **sin ánimo de lucro**⁸³.

(ii) Que el objeto a contratar sea Misional y estratégico

(iii) Que el proyecto a contratar pertenezca al Sistema Nacional del Bienestar Familiar.

(iv) Que exista aporte de recursos del ICBF en dinero o en especie. (…)⁸⁴

Así las cosas, de conformidad con los lineamientos propios de este tipo de contratos, esto es la Ley 7 de 1979, sus Decretos Reglamentarios y la Ley 80 de 1983, y en aras de garantizar la continuidad del programa de alimentación escolar para los niños, niñas y adolescentes matriculados en establecimientos de educación públicos en las áreas rurales y urbanas para la vigencia del año 2013, el **ICBF** determinó:

“(…) El ICBF encuentra viable el inicio de un proceso de convocatoria pública que derive en la selección de unos **operadores idóneos que den cumplimiento a los lineamientos técnico administrativos y estándares del programa**, en el marco del acuerdo de voluntades enmarcados en la ley 7 de 1979 y en el manual de contratación del ICBF que se encuentra vigente (…)” (subrayado y negrita fuera de texto).

Lo anterior, se sustentó, en la cualificación dada a los proponentes, según la cual, **únicamente** podrían participar las entidades sin ánimo de lucro de reconocida capacidad técnica o social y cuyo objeto social les permitiera la participación en los programas de bienestar del **ICBF**. En vista de lo anterior, las investigadas decidieron presentarse dentro de dicha convocatoria pues tal como lo manifestaron los investigados, **FUNDESOE** es una persona jurídica del tipo societario sin ánimo de lucro, cuyo objeto es “(…) realizar convenios, contratos o alianzas estratégicas con instituciones públicas o privadas que presten servicios de educación formal, especialmente en los niveles de preescolar, básica primaria y media. **Igualmente establecerá alianzas y redes de apoyo con entidades como el ICBF, comisarías de familia y otras ONG que trabajen con mujeres y niños.**”⁸⁵ y **MELQUIADES** es una persona jurídica del tipo de las corporaciones, cuya naturaleza también es sin ánimo de lucro cuyo objeto social consiste en “(…) realizar convenios, contratos o alianzas estratégicas con instituciones públicas o privadas que presten servicios de educación formal. En el mismo sentido impulsar servicios de seguridad alimenticia dirigidos a niños, jóvenes y miembros de la tercera edad, para lo cual deben contar con una estructura técnica que garantice la adecuada consecución, manipulación, transporte y oferta de alimentos crudos, pre-cocidos y cocidos, calientes y fríos en buen estado y en las mejores condiciones”⁸⁶ (negrita y subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, es importante señalar que revisada el acta No. 004 del 13 de noviembre del 2006⁸⁷, **FUNDESOE**, para esa época, ya contemplaba dentro de su objeto social la opción participar en los procesos de alimentación que adelantara el **ICBF**. Por el contrario, revisadas las actas de juntas de socios de **MELQUIADES** se tiene que cercano a las fechas para la presentación de las propuestas, y tal como

⁸³ **ANGARITA GÓMEZ JORGE**. Derecho Civil, Editorial Temis, 1988.

Respecto a la definición de entidades sin ánimo de lucro:

“Son personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales”.

⁸⁴ Ver:

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL_CONTRATACION.

⁸⁵ Folio 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸⁶ Folio 43 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸⁷ Folio 75 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

consta en el acta No. 010 del 11 de septiembre de 2012⁸⁸, se convocó a los miembros de la corporación para que autorizaran la ampliación del objeto social, y pudieran participar en la Convocatoria Pública 003 de 2012. Sea cual fuere las fechas en las que las investigadas decidieron orientar su objeto social hacia la participación en los programas de alimentación que adelanta el **ICBF**, lo cierto es que lo señalado anteriormente, cobra relevancia por cuanto que demuestra la primera manifestación de interés que tuvo **OLGA INES FLOREZ PERTUZ** en los programas de **ICBF**, en especial de la Convocatoria Pública 003 de 2012, para **FUNDESOE** y **MELQUIADES**. Ahora bien, de lo expuesto, surge como un hecho cierto e irrefutable que la naturaleza jurídica de las investigadas sí se ajusta a los términos y condiciones requeridos por el **ICBF** para presentar propuestas dentro de la Convocatoria Pública referenciada. En efecto, conforme el material probatorio obrante en el expediente, se evidencia que **FUNDESOE** y **MELQUIADES** son entidades sin ánimo de lucro cuyos objetos sociales estaban encaminados a cumplir una función social con los niños y adolescentes.

Así mismo, esta Delegatura constata que en efecto y, tal como manifiestan las investigadas el contrato que buscaba celebrar el **ICBF** a través de la Convocatoria Pública de Régimen Especial de Aporte No. 003 de 2012 del Programa de Alimentación Escolar PAE “no se trataba de un contrato como cualquiera de los regulados por la Ley 80 de 1993, sino que se trataba de un contrato de aporte”; pues como se explicó anteriormente, el mismo reviste una características especiales que lo sitúan en un régimen exceptivo, pero que no lo aparta del marco general de la contratación estatal (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007) - ni de sus principios fundamentales como lo son: la transparencia, la economía, la responsabilidad, selección objetiva entre otros.

En segundo lugar, también resulta evidente que aunque este contrato cuenta con ciertas diferencias respecto a las condiciones contractuales propiamente dichas el mismo, no es ajeno a los acuerdos colusorios como se señaló en líneas anteriores, toda vez que, estos procesos resultan ser muy atractivos para sus convocados “entidades sin ánimo de lucro” por cuanto que, aunque no genera una contraprestación económica directa hacia el patrimonio los fundadores, el mismo, si le permite a este tipo de entidades obtener una ganancia que redunde en el patrimonio autónomo denominado fundación o entidad sin ánimo de lucro y les permite desarrollar el objeto para el cual fueron creadas y acceder a otros beneficios, tema que se desarrollará en el numeral 8.3.5 de este escrito.

Así las cosas, no le cabe razón a las investigadas al señalar que las mismas no pueden ser objeto de un acuerdo colusorio, habida cuenta de su naturaleza “*sin ánimo de lucro*” pues, como ya se indicó en líneas anteriores, dicha característica no implica que las entidades no obtengan contraprestación alguna por el desarrollo del objeto social para el cual fueron creadas. Ciertamente, el lucro en dichas asociaciones engrosa el patrimonio autónomo o la masa de bienes para lo cual fueron creadas y en esa medida un acuerdo colusorio no escapa al interés de los asociados, corporados o fundadores para obtener como fin inmediato la adjudicación del contrato proyectado y, como finalidad mediata beneficios que si bien no representarán una utilidad para los socios fundadores de las mismas, sí redundará en el patrimonio de la persona jurídica y en beneficios a largo plazo, tales como un mejor posicionamiento de la fundación, reconocimiento dentro del sector, experiencia, entre otras ganancias.

Ahora bien, la finalidad altruista que implica el desarrollo del objeto social de las fundaciones o corporaciones, tampoco es óbice para el acuerdo de actos restrictivos de la competencia en detrimento de las normas que protegen la libre competencia en Colombia, los principios de la contratación pública y los derechos de los niños, pues una cosa bien distinta es el acto de constitución de las mismas en la que queda plasmado ese fin lícito y otra muy distintita que en la *praxis* se concerten con otros participantes con el objeto de acordar actos restrictivos de la competencia.

⁸⁸ Folio 80 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

8.3.2. De las practicas asociadas a la Colusion

Señalan las investigadas que *“los hechos imputados no corresponden a ninguna de las practicas asociadas a la ejecución de esquemas de colusion”*.

Una de las características esenciales de los procesos de licitación exitosos radica en el hecho de que los ofertantes preparen y presenten sus ofertas de forma totalmente independiente. No obstante, en ocasiones, los licitadores se ponen de acuerdo con el objetivo de evitar competir entre ellos y así obtener un contrato más beneficioso que aquél que habría obtenido si hubieran competido de forma efectiva; pueden ponerse de acuerdo para verbigracia, fijar precios o cualquier otra condición comercial, o para repartirse el mercado. Haciendo uso de esta estrategia, la compañía ganadora de la licitación obtiene un beneficio extraordinario, y en ocasiones, puede incluso compensar al resto de las compañías que han participado de forma fraudulenta en la licitación pública.

Según la doctrina de la OECD⁸⁹ y la *“guía práctica para combatir la colusión en licitaciones”* de la Superintendencia de Industria y Comercio, la manipulación en licitaciones puede tomar diferentes formas. Al respecto, es importante señalar que las *posturas encubiertas, la supresión de ofertas, la rotación de ofertas o asignación de mercados* han sido apenas algunos de los esquemas de colusión que han venido siendo identificados en el marco de los procesos de contratación. Sin embargo, ello no es óbice para el surgimiento y reconocimiento de nuevas formas de manipulación de licitaciones, toda vez que las formas que puede adoptar la colusión en la contratación pública son muy diversas y dependen a su vez, principalmente, de las características propias de los mercados en que se desarrolla la contratación pública y del diseño del proceso de contratación.

Lo único cierto, es que los esquemas de colusión en la contratación pública tienen un elemento en común: un acuerdo entre algunos proponentes en el cual predeterminan quien habrá de resultar el licitador ganador y limitan o eliminan la competencia entre los licitadores proponentes.

Para el caso en particular, aunque los comportamientos desplegados por **MELQUIADES** y **FUNDESOE** no encuadran propiamente en las formas de manipulación ya reconocidas, no se puede desconocer la estrategia implementada por los investigados en el sentido de disminuir las posibilidades de ganar de los proponentes en competencia y aumentando las suyas, con el único objetivo de resultar adjudicatarios de la Convocatoria Pública 003 de 2012.

Ahora bien, frente a la afirmación de las investigadas en el sentido de que *“(…) en el caso materia de estudio no se eliminó a nadie, al contrario nos eliminaron a nosotros porque Oficiaron a la SIC para que conforme a la Ley cumpliera con sus labores, las labores que la Ley le ordena, precisamente porque no existía intención de hacerlo era bastante difícil que una Fundación y una Corporación eliminaran a mil oferentes (…)”* esta Delegatura considera que, en el caso *sub examine* si bien la conducta de **MELQUIADES** y **FUNDESOE** no se materializó en la adjudicación del contrato de aporte por parte del **ICBF**, también lo es que el sólo hecho de haber presentado propuestas similares con el objeto de que a alguna de las dos les fuera adjudicado el contrato proyectado, implica una **colusión por objeto** en la medida en que no hubo una individualidad en la presentación de las propuestas.

La anterior situación se tradujo en una afectación a la libre competencia en la Convocatoria Pública 003 de 2012, al verse disminuidas las posibilidades para los demás oferentes de ganar el proceso, verbigracia en un eventual desempate, impedirles concursar en igualdad de condiciones, truncar la posibilidad de una selección objetiva del contratante y desconocer, abiertamente, el principio de transparencia que rige la contratación pública.

⁸⁹ Ver: <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf>, consultado 22 de diciembre de 2014.

8.3.3. De los efectos de la colusión sobre el mercado

No comparte esta Delegatura, el argumento esgrimido por los investigados, quienes señalan que no se puede imputar la conducta anticompetitiva de colusión en procesos de selección contractual, por cuanto no se afectó el mercado.

Al respecto, y directamente relacionado con el punto anterior, se tiene que dentro de los efectos nocivos que tiene la colusión en el caso que se estudia se identifican tres principales. El primero, es la afectación que se genera a otros participantes al limitar la competencia y la participación en un proceso justo en igualdad de condiciones para todos los participantes en donde gana aquel que de manera competitiva e individual propone la oferta que garantiza la mejor prestación de servicios. El segundo efecto nocivo de la colusión en este tipo de convocatorias, es el generado a las expectativas del Estado en el sentido de que este se ve privado en contratar objetivamente a sus contratistas y, el tercero, corresponde al quebrantamiento de las normas que regulan la contratación estatal, la libre competencia y los principios constitucionales.

Por lo tanto no acepta este Despacho el argumento de inexistencia de daño al mercado, por el cual los investigados excusan su actuar, y solicitan se desvirtúen los cargos a ellos formulados.

8.3.4. La libre competencia y el contexto de empresa

Sobre este aspecto, esgrimen las investigadas:

“Son sancionables aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro o vulneren la libre competencia en el mercado y no aquellas que parezcan sin serlo; que la afectan, pues ello constituiría una transgresión al derecho a la libre empresa constitucionalmente protegido.” (negrita y subrayado fuera de texto).

Así mismo manifiestan:

“la conductas desplegadas de ninguna manera afectan la libre competencia y muy por el contrario van en completa consonancia de la libre empresa, además que es un asunto en donde no se involucra el lucro para ninguna de las partes, pues se trata que a través de la ejecución de proyectos, puedan concretarse intereses del estado”

Debe tenerse en cuenta, que el derecho a la libre competencia es un derecho que protege al proceso competitivo en sí mismo, y no a los competidores de manera particular. Así pues, lo que se observa en este caso es que existió una conducta real por parte de los investigados encaminada a falsear la Convocatoria Pública 003 de 2012, simulando una situación de rivalidad e independencia entre **FUNDESOE** y **MELQUIADES**, cuando esta no existía, con el único objetivo de aumentar las posibilidades de resultar adjudicatario de alguna de las zonas ofertadas donde de manera coordinada presentaron interés.

Nótese, que aunque en el caso en concreto, el efecto no se materializó en perjuicio de la entidad contratante, por cuanto los investigados fueron descalificados en la primera Fase de la Convocatoria, ya que no superaron la etapa de verificación de los requisitos habilitantes, su comportamiento encaminado a obtener mejores condiciones de las que se hubieran obtenido en una sana y real competencia en sí mismo, constituye un acto que merece intervención y reproche de la autoridad de competencia.

Por consiguiente, así como el Estado reconoce la libertad de empresa y permite a todas las personas independientemente de su naturaleza jurídica, desarrollar actividades de carácter económico, o como en el caso en particular a ejecutar proyectos de acuerdo con sus preferencias y habilidades, también le pone limitantes a su actividad y le sanciona cuando abusando de estas libertades se fraguan acuerdos anticompetitivos tendientes a limitar la libre competencia en este caso acuerdos colusorios.

8.3.5. Ausencia de lucro en virtud del contrato de aporte

Señalan las investigadas que “(...) **no existe una contraprestación para quienes presentan sus propuestas y por tanto mucho menos un ánimo de lucro por parte de ellas**, pues se trata de una colaboración y apoyo a la gestión del ICBF razón por la cual **no le cabe lugar a la apreciación sobre la cual se afirma que FUNDESOE pretendía lucrarse y por demás eliminar competidores a fin de quedarse con la oferta del ICBF**, cuando la misma naturaleza no permite que así sea.(...)” (subrayado y negrita fuera de texto).

A través de la convocatoria pública 003 de 2012 adelantada por el **ICBF**, se pretendía seleccionar y contratar operadores que garantizaran un alto nivel de cumplimiento en el programa de alimentación escolar PAE, teniendo en cuenta que los operadores y/o contratistas necesariamente debían ser entidades sin ánimo de lucro.

Para tales efectos, el **ICBF** realizó los estudios de mercado y fijó los techos presupuestales para cada zona conforme a los cupos disponibles en los colegios oficiales a ofertar, tal como quedo descrito en la Cuadro No. 1 del presente escrito. Así mismo, y para salvaguardar la integridad del programa de una posible afectación económica estableció en los lineamientos técnico - administrativos del mismo, el valor reconocido para cada ración en la modalidad de desayuno y almuerzo, y determinó que los costos administrativos debían ser cubiertos vía cuota de participación⁹⁰.

Ha de advertirse que de manera previa al anuncio de la convocatoria, se publicaron los estudios y documentos previos, el proyecto de pliego de condiciones, la zonificación y los lineamientos técnicos, para que las entidades sin ánimo de lucro que les resultara atractiva la oferta participaran.

Tanto fue así que **MELQUIADES** y **FUNDESOE** cumpliendo con la “*cualificación del proponente*” exigido por el **ICBF** accedieron como proponentes y/o partícipes independientes dentro del referido proceso.

Esto implicaba, que su participación en el proceso no podía perseguir como fin próximo, remoto o eventual, la obtención de utilidades en dinero distribuirles entre los fundadores o corporados, precisamente porque la naturaleza de este tipo de entidades no responde al interés capitalista de utilidad o “*animus lucrandi*” existente en las sociedades comerciales.

Sin embargo, esta no fue la voluntad de sus asociados principalmente la de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** quien en interrogatorio del 11 de marzo de 2014 no dudo en señalar que:

“(...) **Pregunta SIC:** ¿Sirva de indicarle a este Despacho que beneficios le reportaba a Usted el que fuera **CORPORACIÓN MELQUIADES** o **FUNDESOE** a que se hiciera a alguna de las dos al contrato, en ese proceso de selección contractual?

Respuesta: Estos proyectos, a nosotros no nos dan, osea nosotros no debemos ganar nada, nosotros nos queda es para los sueldos, hay un porcentaje que queda que es la administración de eso, porque nosotros tenemos que entregar, a nosotros nos hacen una interventoria casi que mensuales y esas interventorias toca que decir cuanto le paga a cada persona, osea la nómina, con la firma de cada persona, lo que se gasta cada persona, lo que se gasta en esto, lo que se gasta en lo otro.....

Pregunta SIC: ¿Qué beneficios le reportaba a Usted el que **CORPORACIÓN MELQUIADES** ó **FUNDESOE** se ganaran este contrato con el **ICBF**?

Respuesta: Si quedaba alguna de las dos yo iba a continuar como directora o asesora jurídica con toda seguridad por que las dos son de la familia.

Pregunta SIC: ¿Cuál es el porcentaje de la administración de ese contrato?

Respuesta: En el 2010 por ejemplo a mi me pagaban un millón y pico y en el 2013 fue que nos aumentaron y yo ganaba dos millones quinientos (...).”

⁹⁰ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Como se observa, además de los beneficios que podrían percibir las fundaciones con la adjudicación del contrato, también se buscaba con la adjudicación del contrato y su posterior administración, garantizar los ingresos económicos de **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ** como directora y asesora jurídica de **MELQUIADES** y **FUNDESOE**.

Por otra parte, es importante señalar, que es con proyectos como los desarrollados por el **ICBF**, que este tipo de personas jurídicas como tal, corporaciones o fundaciones, buscan cumplir con su finalidad, y a darle el respaldo suficiente para lograr dotar a la misma con la solvencia económica necesaria para cumplir los fines de su creación⁹¹.

La Corte Constitucional en este sentido ha expresado que: *“la ausencia de ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de esta en si (sic) misma considerada”*⁹²

Lo que en términos coloquiales se traduce en que si bien las entidades sin ánimo de lucro no pretenden distribuir las utilidades entre sus miembros, esto no implica que estas no pretendieran obtener un beneficio económico en su accionar, pues en general, todas sus operaciones están dirigidas a buscar actividades que generen excedentes económicos para hacer rentable a la persona jurídica, lo que se deriva en la posibilidad de contar con mejor nómina, mejores instalaciones, y la adquisición de bienes y así poder desarrollar su finalidad social, altruista, humanitaria y/o comunitaria.

A lo anterior se suma, que con este tipo de actividades la persona jurídica desarrolla su propia institución, aumenta la experiencia calificada conforme a lo delimitado en su objeto social y en general promueve el desarrollo de su actividad.

Téngase en cuenta que son estas características y como estímulo a este tipo de actividades, que el Estado les otorga a estas entidades un tratamiento especial desde el punto de vista tributario, renunciando incluso a una porción o a la totalidad del impuesto de renta.

Por demás, recuérdese que el contrato de aporte no obstante su atipicidad, es un contrato **oneroso** y **sinalagmático** lo que implica una contraprestación ya sea de orden económico o de otra índole para las partes que lo celebran. Por lo tanto, no le cabe razón a los apoderados de las investigadas al señalar que en virtud de dicho acuerdo no habrá ningún lucro para quienes desarrollen su objeto pues por la misma naturaleza del contrato dicha afirmación se cae de su propio peso: al ser oneroso y sinalagmático, obviamente, su ejecución reportará beneficios económicos y de otra índole para las partes de lo contrario se estaría hablando de otro tipo contractual o, inclusive de una donación.

8.3.6. De la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de las conductas desplegadas por FUNDESOE y MELQUIADES

Manifiestan las investigadas que para que opere la responsabilidad administrativa por una práctica comercial restrictiva, *“es necesario que la conducta sea típica, antijurídica y culpable. Es decir a falta de cualquiera de estos elementos resulta imposible exigir responsabilidad al investigado”*.

En principio, es importante señalar que en el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una determinación legal expresa que determine la necesidad de la verificación de las categorías dogmáticas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para tener como cierta la existencia de una infracción administrativa que fundamente la imposición de una sanción.

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Roberto Suárez Franco. 16 de noviembre de 1983.

⁹² Sentencia C-51 de 1995, Magistrado Ponente. Corte Constitucional, Magistrado Ponente: **JORGE ARANGO MEJÍA** Sentencia C-51 del 16 de 1995. Expediente D 696.

Sin embargo, esto no implica que la Administración, en ausencia de consagración normativa expresa, no pueda acudir a estos principios, modulándolos o matizándolos de acuerdo a su propia naturaleza, a sus intereses, bienes jurídicos perseguidos, y a sus ámbitos específicos de operancia, como se expondrá a continuación:

Tipicidad

El ilícito administrativo ha sido recogido por la doctrina y la jurisprudencia por lo que se considera esencial, la predeterminación normativa (*lex previa, lex scripta*), de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan presidir con suficiente grado de certeza, las consecuencias de las acciones u omisiones de los administrados. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

“El principio de legalidad reconocido en varias disposiciones constitucionales exige que la conducta a sancionar, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar expresa y claramente definidos por la ley con carácter previo a la aplicación e imposición de estas medidas. De ahí que la jurisprudencia constitucional ha expresado, en relación con este principio, que comprende una doble garantía, “[L]a primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración”. Respecto de las finalidades de este principio, la jurisprudencia constitucional ha señalado que éste (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del Legislador; (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado”⁹³.

Sin embargo, a diferencia de la descripción típica del delito penal, el reproche administrativo resulta ser más amplio, en el sentido de que no cuenta con la misma rigurosidad o severidad del ámbito penal, donde se exige una adecuación exacta, inequívoca, completa, específica y detallada de la conducta. Esta teoría ha sido recogida por la misma Corte Constitucional en Sentencia C-030 de 2012.

“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho administrativo sancionador, se encuentra, igual que el derecho penal, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de ley, principios rectores del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, pero que no obstante lo anterior, tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario”.

Muestra de ello, es precisamente el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, más conocido como la “Clausula General de Protección de la Competencia”, que es un dispositivo típico amplio y que se extiende en una variedad de verbos rectores para imputar una o varias conductas en un mismo articulado. Resulta ser este es el más claro ejemplo de la flexibilidad de la que se gozan estas normas, que al ser tan extensas en su contenido, hacen necesario remitirse a otras preceptivas donde se encuentren regulados en concreto los deberes, obligaciones, prohibiciones y sanciones.

Caso similar es el de la “*colusión por objeto*” descrita en numeral 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conducta que ya ha sido desarrollada a lo largo de la investigación y por el cual se recomendara sanción y que lo único que exige es la demostración de los elementos caracterizadores de la conducta administrativa como lo es, el actuar coordinado de los proponentes para lograr o siquiera aumentar las

⁹³ Sentencia C- 030 del 1 de febrero de 2012, MP. **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**, Expediente D-8608.

posibilidades de éxito en un proceso licitatorio, más específicamente “el acuerdo” y que igualmente requiere acudir a otros preceptos normativos para sancionar esta conducta.

Antijuridicidad y culpabilidad

Esta Superintendencia ha sostenido en reiteradas oportunidades, que el régimen administrativo sancionatorio, respeta los principios propios del debido proceso consagrados en el artículo 29 Superior, pero en esa instancia, no le da aplicación a las figuras propias del régimen penal tales como la culpa, el dolo, la favorabilidad o la imputabilidad entre otros, dado que la naturaleza y fines de cada una son diferentes.

Lo anterior, coincide con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el cual ha señalado:

“El derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos que corresponden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal, en consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluye la prueba de los factores subjetivos de la conducta delictiva como son el dolo y la culpa”⁹⁴

Lo anterior no indica que el enjuiciamiento de una conducta que pueda resultar constitutiva de infracción de la normativa de competencia “*colusión por objeto*” se realice de modo abstracto. Por el contrario, se hace una valoración de la conducta tomándose dos factores en consideración:

- 1) La concurrencia del elemento volitivo, que determinará la existencia de responsabilidad en la comisión del ilícito administrativo.

Circunstancia, que se encuentra plenamente probada en caso *sub-examine*, no solamente con la cadena de indicios obtenidos a lo largo de la investigación, y que no recibieron prueba en contrario; sino que además se soporta con las declaraciones y/o confesiones obtenidas en curso de la misma.

- 2) La determinación de que la conducta estuvo encaminada potencialmente a generar un daño al bien jurídico tutelado.

En cuanto a este factor en particular resulta necesario precisar que a pesar de no concretarse los efectos del acuerdo, esto es la adjudicación del contrato, los investigados con las conductas y comportamientos que desplegaron para lograr su cometido colocaron en peligro la competencia en esa licitación, por lo que cabe reputar esa conducta como merecedora de sanción.

11. CONCLUSIÓN GENERAL

Atendidos los descargos presentados por los investigados, y analizado el material probatorio obrante en el expediente, este Despacho se permite plantear las siguientes conclusiones:

A pesar del no reconocimiento de la conducta, comportamientos como los probados en este informe, por sí solos dan fe y soportan la configuración de un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de colusión en licitaciones. El hecho de la presentación simultánea de las ofertas, de la coincidencia en la representación legal, e incluso de las similitudes en los errores tipográficos y de los formatos allegados en las propuestas de entrada avizoraron la ocurrencia de esta práctica restrictiva de la competencia.

⁹⁴ **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, **SECCIÓN CUARTA**. Consejero Ponente: **GERMÁN AYALA MANTILLA**, trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación No. 8570.

Como una prueba más de lo anterior, se sumaron a estos indicios, las declaraciones rendidas por los hoy investigados, en las que no dudaron en señalar en detalle cómo fue su participación de manera individual y conjunta con el ánimo de participar en la Convocatoria Pública 003 de 2012 y aumentar las posibilidades de ganar de **MELQUIADES** y **FUNDESOE**.

Pese a lo anterior, es importante señalar que a pesar de que no se aceptó el ilícito administrativo como se anticipó y que se ampararon de manera equívoca en una buena fe habida cuenta de su ignorancia sobre el contenido de la ley de prohibición y que alegaron su propia culpa a su favor como quedó expuesto, su comportamiento a lo largo de la investigación estuvo desde la etapa de averiguación preliminar dirigido a esclarecer los hechos que motivaron la investigación, atendiendo no sólo de manera puntual a los requerimientos realizados, sino acudiendo en tiempo a los llamados de la Entidad.

Así, resulta evidente que se encuentra plenamente probado la existencia de acuerdo colusorio en el marco de la Convocatoria Publica 003 de 2012, por parte de los investigados y se encuentra demostrada la participación activa de **OLGA INES FLÓREZ PERTUZ** y **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO** en la planeación, autorización y ejecución de la conducta.

12. RECOMENDACIÓN.

Así las cosas y teniendo en cuenta los motivos expuestos en el presente informe motivado, esta Delegatura recomienda al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a la **FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA DEMOCRACIA, EL DESARROLLO SOCIAL Y LA ECOLOGÍA- FUNDESOE**, y a la **CORPORACIÓN MELQUIADES**, bajo el contexto de su actuar, por la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual subsume la imputación inicial del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, se recomienda sancionar a **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, por haber tolerado y permitido en su condición de representante legal las acciones de las sociedades a sancionar dentro del proceso objeto de estudio, incurriendo así en la conducta tipificada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, se recomienda sancionar a **JOSÉ DE JESÚS CAMACHO GAMERO**, por haber tolerado y permitido las acciones de las sociedades a sancionar dentro del proceso objeto de estudio, incurriendo así en la conducta tipificada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, se recomienda tener en cuenta a la hora de imponer la sanción que tanto **OLGA INÉS FLÓREZ PERTÚZ**, como **JÓSE DE JESUS CAMACHO GAMERO**, estuvieron antes y durante la investigación prestos, a atender todos los requerimientos y pusieron a disposición toda la información necesaria para llevar a buen término la presente actuación administrativa.

Así mismo, no puede desconocerse que la conducta endilgada no tuvo efectos sobre el patrimonio del Estado y, teniendo en cuenta el tamaño del mercado relevante afectado, su impacto no fue sustancial en el proceso de contratación que llevaba a cabo en su momento el **ICBF**.

GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: M. Fan/ I.Oroz /S.Navia/ J.Henao
Revisó: M. Rozo
Aprobó: G.Bacca