

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 71584 DE  
2019 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

***Caso PAE Frutas***  
***Conducta colusoria en Licitaciones públicas***

**Investigados:**  
**Industria De Alimentos Daza S.A.S. (“Alimentos Daza”),**  
**Comercializadora Disfruver S.A.S. (“Disfruver”),**  
**Alimentos Spress S.A.S (“Alimentos Spress”),**  
**Namasté Food S.A.S. (“Namasté”), Best Colombian Fruits S.A.S. (“Bestcolfruits”),**  
**Stella Téllez, Néstor Castelblanco García Y Hugo Nelson Daza Hernández,**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

**ÍNDICE**

<b>ÍNDICE.....</b>	<b>2</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>3</b>
<b>2. CONDUCTAS IMPUTADAS.....</b>	<b>3</b>
<b>3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA .....</b>	<b>3</b>
<b>5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....</b>	<b>8</b>
<b>6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES .....</b>	<b>9</b>

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1728 DE 2019 DE LA  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO*****Caso PAE Frutas  
Conducta colusoria en Licitaciones públicas*****Investigados:**

**Industria De Alimentos Daza S.A.S. ( “Alimentos Daza” ),  
Comercializadora Disfruver S.A.S. ( “Disfruver” ),  
Alimentos Spress S.A.S ( “Alimentos Spress” ),  
Namasté Food S.A.S. ( “Namasté” ), Best Colombian Fruits S.A.S. ( “Bestcolfruits” ),  
Stella Téllez, Néstor Castelblanco García Y Hugo Nelson Daza Hernández.**

**1. Introducción**

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de acuerdo colusorio, ejecutado a lo largo del tiempo mediante ciertas conductas anticompetitivas entre los investigados para impedir la competencia en el marco del proceso de selección LP-AMP-129-2016, SA-SI-140-AG-2017. El proceso de selección LP-AMP-129-2016, adelantados por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ (SED) en particular respecto del grupo de “frutas y hortalizas” y así determinar si incurrieron en el comportamiento violatorio previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**2. Conductas imputadas**

Mediante la Resolución de apertura de septiembre de 2017, en virtud de la cual se abrió investigación en contra de los investigados, así como de sus representantes legales, este acto administrativo tiene como objetivo determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos).

**3. Consideraciones de la Delegatura**

Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual presentó el resultado de las investigaciones, en ese sentido, La Delegatura encontró coincidencias inexplicables respecto de los datos inscritos en el registro de entrega, la portada de las propuestas y la información incluida en estas, las certificaciones Mipyme emitidas por contador y las pólizas de garantía de seriedad emitidas para los consorcios

#### **4. Consideraciones de la Superintendencia**

**4.1.** La conducta anticompetitiva pudo evidenciarse en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos 2 condiciones: toda vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante, asimismo, la conducta es excluyente porque una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, se prohibió la inclusión de nuevos agentes.

**4.2.** Respecto al mercado afectado por la conducta, la Superintendencia concluyó que en el presente caso se circunscribe a los dos procesos de selección adelantados por Colombia Compra Eficiente (CCE), el primero es el proceso No. LP-AMP-129-2016 y el segundo proceso de selección hace referencia al No. SA-SI-AG-140-2017 respecto del segmento de Frutas, Hortalizas y Concentrados de Fruta y en ambos se estableció un acuerdo marco de precios (AMP) para el suministro de alimentos para el PAE por parte de la SED.

De hecho, el AMP, consistía en once grupos de alimentos, entre los cuales se encontraba el correspondiente a Frutas, Hortalizas y Concentrados de Fruta, a su vez compuesto de tres subgrupos: frutas frescas, vegetales frescos, y bebidas, agrupados en 30 segmentos con un criterio geográfico, los establecimientos educativos beneficiarios del programa.

Por su parte, La resolución afirma que el PAE es una de las estrategias del MINEDUCACIÓN que “promueve el acceso y la permanencia de los niños, niñas y adolescentes focalizados a través de la entrega de un complemento alimentario”. Por medio del Decreto 1852 y la Resolución 16432 se descentraliza la operación del PAE, que anteriormente era operado por el MINEDUCACIÓN y Por el ICBF y pasa a ser operado por las entidades territoriales que para el caso de Bogotá resulta ser la SED.

La oferta del mercado se conformó por los proveedores del PAE quienes podrían hacer parte tanto organizaciones sin ánimo de lucro hasta empresas nacionales pequeñas y medianas y cooperativas.

Los procesos de contratación adelantados por la CCE inician identificando los bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, que debe ser objeto de un AMP y estudiar el mercado correspondiente, teniendo en cuenta la oferta nacional e internacional, así como la demanda de tales bienes y servicios por parte de las entidades públicas.

Por otro lado, la operación secundaria consiste en la transacción realizada por la entidad pública compradora, que inicia con la identificación de una necesidad y la decisión de efectuar un gasto para satisfacerla. Previo a la adquisición de bienes y servicios de características uniformes la entidad estatal debe verificar si existe un AMP para el bien o servicio requerido. De existir, debe suscribirlo enviando una comunicación a CCE y poniendo la orden de compra en los términos establecidos en el AMP.

**4.3.** Para la Superintendencia las personas investigadas habrían adoptado un comportamiento coordinado encaminado a promover que las condiciones del proceso de selección correspondieran con sus expectativas conjuntas destinadas a impedir que ese propósito se viera truncado por la entrada de otros proponentes y así eliminar la competencia entre los investigados y con el objeto y/o efecto de fijar directa o Indirectamente los precios y otras condiciones técnicas del segmento correspondiente a “frutas y hortalizas.

Los comportamientos anticompetitivos, en el proceso LP-AMP-129-2016, se ejemplifican de acuerdo con la Superintendencia de la siguiente manera:

- 4.3.1.** Presionar, influir e instigar al CCE, mediante la presentación coordinada de observaciones dentro del proceso LP-AMP-129-2016, con el objeto de incrementar los precios de referencia de los alimentos integrantes del grupo de “frutas y hortalizas”.
- 4.3.2.** Boicotear o sabotear el proceso LP-AMP-129-2016 mediante la concertación para la no presentación de ofertas, con el objeto y el efecto de que la entidad convocante declarara desiertos los segmentos correspondientes al grupo de “frutas y hortalizas” para forzar la apertura de un nuevo proceso de contratación.
- 4.3.3.** Presionar, influir y amenazar a FAC para que se abstuviera de presentar oferta dentro del proceso LP-AMP-129-2016.

La Superintendencia, considera que las pruebas que sustentan las anteriores afirmaciones

inician con una reunión celebrada en una bodega de propiedad de LUIS ALBEIRO TORRES.

A pesar de que en un principio negaron su participación en la reunión que tuvo lugar el 14 de enero de 2017. Pues bien, se pudo evidenciar que, la reunión tuvo como propósito compartir información sobre los precios de las frutas; consensuar sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes y acordar la presentación de observaciones coordinadas a fin de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de los productos.

En relación con la información que los investigados compartieron acerca de los precios de las frutas y una vez examinadas detenidamente las versiones arriba descritas, el Superintendente encontró que ocho de los diez declarantes coincidieron en afirmar que el propósito de la reunión fue el de contrastar el precio promedio de mercado de cada una de las frutas con el precio establecido en el proceso LP-AMP-129-2016 y así convenir cuál debería ser el precio al cual la Secretaría debería pagar la fruta.

De manera que con la evidencia recaudada sobre los asistentes a la reunión y los temas a tratados dado a la evidencia de un registro fotográfico y las declaraciones de varios de los investigados quienes coinciden de manera inequívoca en indicar que durante la reunión se discutió el valor de la fruta con miras a establecer cuál sería el valor al que la SED debería comprar.

Por otra parte, la Superintendencia le resta valor a las declaraciones de los HUGO NELSON DAZA, STELLA TELLEZ y ANDREA ROSAS que afirmaron que durante esa reunión no se discutieron los precios de la fruta, en efecto el Despacho afirmó que contradicen a ocho declaraciones, las cuales, coinciden exactamente con la información que fue incluida en la fotografía mencionada, en ese sentido, no se ajustaron a la realidad que ha quedado demostrada.

De igual forma, es posible indicar que lo concertado durante la reunión se llevó a cabo puesto que los investigados presentaron observaciones escritas sobre el pliego de condiciones definitivo en el término señalado por CCE, las cuales guardaban relación directa con los temas tratados en la reunión, como por ejemplo: el aumento del precio de las frutas en el valor porcentual acordado en la reunión, la modificación y/o aclaración de ciertas características técnicas de las frutas como; gramaje, análisis bromatológico, multas y descuentos, ejecución de órdenes de compra-; y por supuesto, la inclusión de otras frutas en el grupo de alimentos "frutas y hortalizas".

**4.5.** Además de lo anterior, existe evidencia en el expediente que permite advertir que los investigados vislumbraron la posibilidad de no presentarse al proceso LP-AMP-129-

2016 en caso de que la entidad contratante no incrementara los precios, puesto que así lo determinan las distintas conversaciones de WhatsApp entre los investigados.

En efecto, a través de los chats ubicados en el expediente, la Superintendencia pudo dar cuenta que los investigados se reunieron por segunda vez en el restaurante OMA con posterioridad a la publicación de los pliegos de condiciones definitivos por parte de CCE, pliego que no acogió las observaciones presentadas y que incluyó los precios inicialmente propuestos por la SED.

De hecho, esta reunión se realizó en razón a que de las observaciones realizadas por parte de los investigados no fueron aplicadas, por la SED, por lo tanto, en esta reunión acordaron que ninguno de los asistentes se presentaría como proponente al proceso LP-AMP-129-2016. Con el fin de que la entidad se sintiera presionada para reevaluar los precios y se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a las expectativas de los cartelistas.

En ese sentido lo acordado nuevamente en la reunión se cumplió por los investigados, puesto que, ninguno de los participantes del acuerdo se presentó al proceso LP-AMP-129-2016, por lo que FAC S.A.S resultó siendo, el único proponente, adjudicatario de solo 5 de los 10 segmentos, pero ese comportamiento fue interpretado como una “subversión” a la concertación de no presentar oferta al proceso LP-AMP-129-2016, por lo tanto, los trabajadores de esa sociedad recibieron presiones de varios de los investigados para influir a sus trabajadores sobre la no presentación al proceso de selección. A dicha conclusión llega la Superintendencia por las declaraciones rendidas por LIGIA COBOS y RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO es evidente que las afirmaciones efectuadas por los investigados tuvieron la potencialidad afectar el proceso de contratación.

**4.6.** En otro orden de ideas, el proceso SA-SI-140-AG-2017 fue objeto de la conducta anticompetitiva, así las cosas y de acuerdo con la evidencia recaudada en el expediente, la Autoridad consideró que las personas referidas habrían adoptado un comportamiento coordinado encaminado a incrementar las barreras de entrada al proceso de selección, eliminar la competencia entre ellos mediante un abuso de la figura jurídica de la unión temporal y repartirse los beneficios económicos del contrato según su participación en el mercado.

La Entidad tuvo como sustento de la anterior afirmación, lo declarado por GEIMI DAZA (RL de ALIMENTOS DAZA), quien afirmó que el propósito de conformación de las UT (uniones temporales de alimentos) era limitar la competencia entre sus miembros. También, consideró que el hecho que DISFRUVER presentar observaciones a CCE respecto de aumentos en el capital de trabajo y patrimonio requeridos, tuvieron como propósito

incrementar las barreras de acceso al proceso de selección toda vez que incluso quienes las presentaron estaban descalificándose para poder presentar propuestas de forma individual.

Asimismo, llama la atención de la Superintendencia que al menos DISFRUVER y ALIMENTOS DAZA, tenían la capacidad y disposición de presentarse individualmente al proceso de selección pero que decidieron formar parte de las UT y presionar a CCE para aumentar los requisitos habilitantes obligando que los habilitantes solo pudieran presentarse a través de la estructura plural. Todo lo anterior, significó para la Delegatura la configuración de un acuerdo competitivo y un abuso de la figura jurídica de la UT.

Sin embargo, para la Superintendencia las tres situaciones antes descritas no prueban inequívocamente que entre los investigados hubo un acuerdo anticompetitivo. En primer lugar, porque no existen pruebas que demuestren que los investigados se reunieron o discutieron entre ellos la conformación de la UT o la presentación de observaciones dentro del proceso SA-SI-140-AG-2017 como una estrategia para limitar la competencia. Así, del análisis del presente caso y de las diferentes razones que llevaron a la conformación de la Unión Temporal, para el Despacho no se encuentra acreditado en el expediente, más allá de la duda razonable, que la conformación de las UT haya sido un mecanismo anticompetitivo creado por los investigados mediante un abuso de la figura jurídica para restringir la libre competencia económica y no que haya obedecido a otros motivos como compartir riesgos. Por todo lo anterior, el Despacho procederá a archivar la investigación respecto de una posible colusión en el marco del proceso de contratación SA-SI-140-AG-2017, dada la falta de suficiencia probatoria. Como resultado, todas las observaciones efectuadas por los investigados en relación con el referido proceso no serán examinadas.

## **5. Decisión de la Superintendencia**

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

***“ARTÍCULO DECLARAR. que INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.; HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ; COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.; ALIMENTOS SPRESS S.A.S; NAMASTÉ FOOD S.A.S. y BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S. violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el proceso de selección LP-AMP-129-2016.***

(...)

***ARTÍCULO TERCERO. ARCHIVAR. la investigación en favor de NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, por no haber infringido lo***



*dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016.*

**ARTÍCULO CUARTO. DECLARAR.** *que JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ; ANDREA ROSAS DÍAZ; NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA; STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, y GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, incurrieron en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016*

*(...)*

**ARTÍCULO SEXTO. ARCHIVAR.** *la investigación en favor de HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

**ARTÍCULO SÉPTIMO. ARCHIVAR.** *la investigación en favor de INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S; HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ; COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S; ALIMENTOS SPRESS S.A.S.; STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ,; NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, respecto del proceso de selección SA-SI-AG- 140-2017, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.*

**ARTÍCULO OCTAVO. ARCHIVAR.** *la investigación en favor de ANDREA ROSAS DÍAZ;; JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ; GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR; STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, respecto del proceso de selección SA-SI-AG-140-2017, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

*(...)\**

## **6. Análisis y conclusiones**

En el caso concreto la Superintendencia encontró que los investigados sancionados, gestaron y llevaron a cabo un esquema anticompetitivo basado en acordar no presentarse

y generar un esquema de presión tanto a las entidades publicas como a los demás agentes del mercado con el fin de que se cambien los lineamientos del proceso de selección y los determinantes como el precio de compra de las frutas y hortalizas, con el fin de beneficiar a los agentes coludidos.

Es importante aclarar que el mercado afectado en colusiones públicas es muy particular, dado que la oferta y la demanda se forma por la entidad contratante y la oferta se forma solo con quienes efectivamente se involucran en el proceso contractual y no los que tienen eventualmente la capacidad de involucrarse en ese mercado.

En definitiva, el mercado es el contrato en si mismo. Motivo por el cual se conoce como una competencia “por el mercado” y no competencia “en el mercado”, porque solo quien se gana el proceso contractual es quien participa en ese mercado determinado, por tal razón es tan común que los participantes, realicen conductas que alteran la competencia en el mercado.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.