



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 97610 - - DE 2015

(16 DIC 2015)

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

Radicación: 12-191859

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades legales, en especial las previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece: "(...) *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades (...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (...)*".

SEGUNDO: Que los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, establecen como función de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante **SIC**), en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, "*velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*" así como "*conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

TERCERO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: "*tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*".

CUARTO: Que mediante memorando interno radicado con el número 12-191859-0 del 26 de octubre de 2012¹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, solicitó a la Coordinación del Grupo Interdisciplinario de Colusiones, apoyar una Averiguación Preliminar con el fin de establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia en los procesos de contratación pública adelantados por la **ALCALDÍA DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** (en adelante "**ALCALDÍA DE CARTAGENA**"), a partir de la recepción de varias noticias que aludían a presuntas irregularidades en el desarrollo de los mismos.

QUINTO: Que el 30 y 31 de octubre de 2012 en desarrollo de las facultades conferidas por los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011², esta Delegatura adelantó visita administrativa

¹ Folios 1 a 2 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 12-191859.

² **ARTÍCULO 1. FUNCIONES GENERALES.**

(...)

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

de inspección en las instalaciones de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** para obtener información de los procesos de contratación adelantados por esta entidad. En el marco de esa actuación administrativa, se analizó entre otros, el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**.

Una vez revisada la documentación atinente con el proceso reseñado y, en el marco de esta visita administrativa, la **SIC** consideró pertinente elevar un requerimiento de información y se solicitó en medio físico la totalidad de las propuestas (con los valores de oferta económica), presentadas por los proponentes en el proceso referido.

SEXTO: Que el 4 de diciembre de 2012, esta Entidad mediante escrito de insistencia requirió³ a la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, que remitiera la totalidad de las propuestas (con los valores de oferta económica), presentadas por los proponentes en el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**.

SÉPTIMO: Que esta Delegatura incorporó al Expediente, la comunicación del 4 de enero de 2013 de radicado número 12-191859-5⁴, remitida por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, en la que se dio respuesta parcial al requerimiento realizado, y se anexó copia de los documentos que a continuación se enuncian:

- Acta de aprobación de la póliza de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual del Contrato 08-134-2012 suscrito entre la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA** (en adelante "**UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**") y la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**⁵.
- Notificación que indicaba el nombramiento a **AMAURY BARBOZA** como supervisor del contrato número 08 -134-2012 suscrito con la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**⁶.
- Póliza de cumplimiento y de responsabilidad civil extracontractual del Contrato número 08-134-2012 suscrito entre la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** y la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**⁷.
- Oferta económica presentada por la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**⁸.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

(...)"

³ Folio 92 a 93 del Expediente.

⁴ Folio 99 a folio 1222 del Expediente.

⁵ Folio 99 a 102 del Expediente.

⁶ Folio 103 del Expediente.

⁷ Folio 104 a folio 111 del Expediente.

⁸ Folio 112 a 118 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

- Contrato número 08-134-2012 suscrito entre la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** y la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**⁹.
- Documentos integrantes del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹⁰.
- Propuesta presentada por **UNIÓN TEMPORAL PROANCIANOS DE CARTAGENA 2012** (en adelante "**UT PROANCIANOS**"), en el marco del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹¹.
- Propuesta presentada por **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTARTE** (en adelante "**UT ALIMENTARTE**"), en el marco del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹².
- Propuesta presentada por la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** (en adelante "**MULTIACTIVA**"), en el marco del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹³.
- Propuesta presentada por la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL** (en adelante "**FUNDESOL**"), en el marco del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹⁴.
- Propuesta parcial presentada por **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**, en el marco del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**¹⁵.

OCTAVO: Que mediante escrito número 12-191859-14¹⁶ del 8 de febrero de 2013, se volvió a requerir a la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, para que allegara al Expediente copia de totalidad de la propuesta presentada por la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**, en el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**, dado que dicha entidad no había remitido la totalidad de documentos que integraban esa propuesta.

NOVENO: Que el 8 de enero de 2013 se llevó a cabo la inspección al **SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA** (en adelante "**SECOP**")¹⁷, actuación en la que se recabaron los documentos integrantes del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**, entre otros.

DÉCIMO: Que el 18 de enero de 2013, se requirió a la Cámara de Comercio de Cartagena y se solicitaron los documentos que a continuación se detallan:

*"1. Constancia de todas las inscripciones realizadas en el registro mercantil o en el registro de entidades sin ánimo de lucro, incluyendo actas de junta directiva, y del Registro Único de Proponentes de la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** con NIT. 806.006.079-2, así como copia digital de las imágenes de las mismas, incluyendo históricos de representación legal desde su creación.*

⁹ Folio 119 a 123 del Expediente.

¹⁰ Folio 124 a 527 del Expediente.

¹¹ Folio 528 a 758 del Expediente.

¹² Folio 759 a 891 del Expediente.

¹³ Folio 892 a folio 990 del Expediente.

¹⁴ Folio 991 a folio 1078 del Expediente.

¹⁵ Folio 1079 a folio 1222 del Expediente.

¹⁶ Folio 1258 a 1259 del Expediente.

¹⁷ Folio 1230 a folio 1236 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

2. Constancia de todas las inscripciones realizadas en el registro mercantil o en el registro de entidades sin ánimo de lucro, incluyendo actas de junta directiva, y del Registro Único de Proponentes de la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD "FUNDESOL"** con NIT. 806.006.013-7, así como copia digital de las imágenes de las mismas, incluyendo históricos de representación legal desde su creación."

Este requerimiento fue atendido el 30 de enero de 2013 a través de comunicación número 12-191859-9¹⁸.

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante radicado número 12-191859-17¹⁹ del 12 de febrero de 2013, la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** allegó la información que se enuncia a continuación relacionada con el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**:

- Propuesta inicialmente presentada por la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**²⁰, en el marco del proceso **SA-UAC-SI-02-2012**.

DÉCIMO SEGUNDO: Que esta Delegatura procedió a revisar el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012** y concluyó lo siguiente:

En el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**, cuyo objeto era el "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS", se presentaron los siguientes proponentes:

Tabla No.1 – Proponentes del proceso No. SA-UAC-SI-02-2012

NÚMERO DEL PROPONENTE	PROPONENTE	
1	UNIÓN TEMPORAL PROANCIANOS DE CARTAGENA	MARÍA HELDA ZULUAGA DE BOTERO FUNDACIÓN ENLACE COOPERATIVA DE SERVICIOS GENERALES LA HEROÍCA
2	FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO - MULTIACTIVA	
3	UNIÓN TEMPORAL ALIMENTARTE	FUNDACIÓN AMIGOS DE LA SALUD ESODE LTDA
4	UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA	DISTRIBUCIONES UNIVERSAL S.A.S ALIRIO OSMA ROJAS
5	FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL	

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folio 1236 del Expediente

Por otra parte se tiene que el valor del presupuesto oficial fue de MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS M/CTE. (\$1.985.530.225) incluido IVA y que el mismo fue adjudicado a **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** por MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.959.000.000) M/CTE.

Ahora, una vez evaluadas por esta Delegatura las ofertas presentadas por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** en el marco del proceso No. **SA-UAC-SI-02-2012**, desarrollado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** arrojaron las siguientes particularidades y similitudes, las cuales permiten inferir la existencia de un posible acuerdo colusorio entre estos proponentes.

¹⁸ Folio 1240 a folio 1254 del Expediente.

¹⁹ Folio 1264 a 1429 del Expediente.

²⁰ Folio 1265 a 1432 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

12.1. SEMEJANZAS EN LOS FORMATOS DE LOS DOCUMENTOS DE LAS OFERTAS PRESENTADAS POR MULTIACTIVA y FUNDESOL

Al respecto, es importante traer a colación la "Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones"²¹, elaborada por la SIC que en su numeral 6.2 del capítulo SEXTO estableció un listado de patrones indicativos de una posible colusión en procesos de contratación estatal como son:

"(...)

Similitud de errores: bajo el entendido de que cada proponente tiene el deber de preparar y presentar su propuesta de forma individual y sin colaboración de otros competidores, resulta sospechoso que dos o más propuestas compartan los mismos errores de ortografía o redacción, tachaduras, correcciones y fallas en cálculos, cuando estos no se justifican en un formato proveído por la entidad contratante.

Similitud de forma y formatos: cuando la entidad contratante no provee los formatos a utilizar o la estructura para la presentación de la propuesta, resulta sospechoso que se utilicen formatos idénticos o muy similares en dos o más propuestas. De igual forma, resulta extraño que dos o más propuestas presenten una estructura de texto, contenido y aplicación de colores y tipografía idéntica o altamente similar.

Identidad de certificaciones, datos y personas: resulta extraño que cuando la entidad contratante no exige certificaciones, las mismas sean utilizadas por dos o más proponentes. De igual modo, la coincidencia en la información presentada por los proponentes en cuanto a direcciones, teléfonos, representantes legales, socios y personal, no resulta común en procesos realmente competitivos.

Documentos consecutivos: cuando se aportan certificaciones de experiencia, de antecedentes, la entidad debe estar alerta en la medida en que estas situaciones tienden a no presentarse en procesos competitivos.

(...)"

En concordancia con lo expuesto, en las propuestas presentadas por FUNDESOL y MULTIACTIVA, se evidenciaron las siguientes identidades:

Imagen No. 1 – Portadas ofertas MULTIACTIVA-FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

<p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>OBJETO: SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.</p> <p>PROponente: FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDEENDO, NIT. 806.006.079-2</p> <p>DIRECCIÓN: CARRERA 3 NO. 36 – 95 OFICINA 112 CARTAGENA (BOLÍVAR)</p> <p style="text-align: center;">ORIGINAL</p> <p>No. DE FOLIOS: _____</p>	<p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>OBJETO: SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.</p> <p>PROponente: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL, NIT. 806.006.013-7</p> <p>DIRECCIÓN: CARRERA 19 No. 22 – 37 OFICINA 21 SANTA MARTA (MAGDALENA)</p> <p style="text-align: center;">ORIGINAL</p> <p>No. DE FOLIOS: _____</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Información obrante a folios 892 y 991 del Expediente.

Una vez revisados los pliegos de condiciones, es palmaria la identidad en la portada (borde y centrado) de las ofertas presentadas por MULTIACTIVA y FUNDESOL, lo que entraña un indicio de asocio entre estas fundaciones, si se tiene en cuenta que en el pliego de condiciones de la Selección Abreviada por Subasta Inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 no se definió un formato anexo al respecto.

²¹ http://issuu.com/quioscosic/docs/6_final_guia_practica_acuerdos_col, consultada el 4 de junio de 2015.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Imagen No. 2 – Tablas de contenido de la propuesta MULTIACTIVA-FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

empresariando		FUNDESOL	
TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA		TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA	
	Pág.		Pág.
I. CAPACIDAD JURÍDICA		I. CAPACIDAD JURÍDICA	
1.1. Carta de Presentación de la propuesta (Anexo No. 3)		1.1. Carta de Presentación de la propuesta (Anexo No. 3)	
1.2. Certificado de Existencia y representación legal		1.2. Certificado de Existencia y representación legal	
1.3. Autorización para presentar propuesta y contratar		1.3. Autorización para presentar propuesta y contratar	
1.4. Certificado de cumplimiento de obligaciones con los sistemas generales de seguridad social y aportes parafiscales (Anexo 4)		1.4. Certificado de cumplimiento de obligaciones con los sistemas generales de seguridad social y aportes parafiscales (Anexo 4)	
1.5. Garantía de Seriedad de la Propuesta		1.5. Garantía de Seriedad de la Propuesta	
1.6. Registro Único Tributario (RUT)		1.6. Registro Único Tributario (RUT)	
1.7. Certificación de inscripción, clasificación y calificación en el RUP		1.7. Certificación de inscripción, clasificación y calificación en el RUP	
1.8. Fotografía de la cédula de ciudadanía del representante legal		1.8. Fotografía de la cédula de ciudadanía del representante legal	
1.9. Copia del certificado de la Procuraduría General de la Nación		1.9. Copia del certificado de la Procuraduría General de la Nación	
1.10. Copia del certificado de la Contraloría General de la República		1.10. Copia del certificado de la Contraloría General de la República	
1.11. Compromiso de Integridad (Anexo No. 7)		1.11. Compromiso de Integridad (Anexo No. 7)	
II. CAPACIDAD FINANCIERA		II. CAPACIDAD FINANCIERA	
2.1. Registro Único de Proponentes (RUP)		2.1. Registro Único de Proponentes (RUP)	
2.2. Estados Financieros comparativos 2010 – 2011		2.2. Estados Financieros comparativos 2010 – 2011	
2.3. Copia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal		2.3. Copia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal	
2.4. Vigencia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal		2.4. Vigencia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal	
2.5. Declaración de Renta año 2011		2.5. Declaración de Renta año 2011	

Fuente: Información obrante a folios 893 y 992 del Expediente.

Estas imágenes revelan identidades en las propuestas presentadas por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** en ciertos elementos del formato usado en la tabla de contenido de las mismas, como son la numeración usada y el recuadro no diligenciado en la parte derecha de la página con un encabezado que reza "Pág".

Si bien es cierto que los proponentes interesados en ser adjudicatarios de un proceso de contratación estatal, deben aportar todos los documentos exigidos en el pliego de condiciones, esto no conlleva a que el orden en que van a presentarlos sea idéntico.

Por el contrario, es altamente llamativo que dos propuestas relacionen de la misma forma sus documentos, y con el mismo formato, cuando estos proponentes deben presentarse en el mercado como competidores individuales, para la cual se asume que las propuestas entregadas a la entidad contratante se elaboren y presenten de manera independiente.

Igualmente, cabe reiterar que al no haber una disposición expresa en el pliego de condiciones que exigiera llevar a cabo este tipo de presentación y numeración de la tabla de contenido, no son entendibles en principio las similitudes encontradas en este documento contenidas en las propuestas de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**.

Dentro de las señales de alerta expuestas, resulta evidente que en este caso nos encontramos ante un indicio colusorio respecto a la presentación de ofertas de dos proponentes diferentes con papelería y formatos similares, el cual unido a los que a continuación se esbozan, permiten que esta Entidad considere la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el proceso de selección No. **SA-UAC-SI-02-2012** por parte de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

12.2 SIMILITUDES RESPECTO A LOS DOCUMENTOS CONTABLES DE MULTIACTIVA Y FUNDESOL

Imagen No. 3 – Notas a los estados financieros de MULTIACTIVA-FUNDESOL Selección Abreviada NO. SA-UAC-SI-02-2012



NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS 31 DE DICIEMBRE DE 2011



NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS 31 DE DICIEMBRE DE 2011 FUNDESOL

- a) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:

Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrolló actividades como ejecución, administración de los recursos de los siguientes programas: Prestación de servicio de restaurante y comedores escolares, Prestación de servicios de construcción de vivienda de interés social, Desarrollo de programas de capacitación de productores agrícolas, Suministro de alimentos escolares a estudiantes y colegios del Departamento del Boyacá, Proveedoría de alimentos para desayunos de las colegios y escuelas de Sota Norte, proveedoría de alimentos para desayunos de las colegios y escuelas del departamento del Magdalena, Programas sociales financiados por ONG nacionales e internacionales y demás servicios prestados por la fundación.
- b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:

Con estos recursos desarrollamos las acciones que nos fueron asignadas para cumplir con el debido control exigido y los gastos requeridos.
- c) Gastos operacionales de administración:

Debido a la exigencia de los contratantes se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.

- a) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:

Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrolló actividades como ejecución, administración de los recursos de los siguientes programas: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO DE ALIMENTO, SERVICIO DE ALIMENTOS SERVIDOS A EMPRESAS Y PARTICULARES, CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL, CONSTRUCCIÓN DE CULIAS ESCOLARES, CONSTRUCCIÓN DE VÍAS Y OBRAS DE URBANISMO, INTERVENTORIA EN SALUD, EDUCACIÓN Y EN CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES, PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DESARROLLO DE PROGRAMAS SOCIALES, ORGANIZACIÓN Y ASESORIA DE CLUBES JUVENILES Y FEMJUVENILES, ATENCIÓN INTEGRAL A FAMILIAS VULNERABLES, ATENCIÓN A ADULTOS MAYORES Y OTROS PROGRAMAS DESARROLLADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS.
- b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:

Con estos recursos desarrollamos las acciones que nos fueron asignadas para cumplir con el debido control exigido y los gastos requeridos, estos gastos responden al programa anual de inversión aprobado por la Junta Directiva y este personal de los Programas proyectado.
- c) Gastos operacionales de administración:

Debido a la exigencia de las contrataciones se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.
- d) Gastos generales:

Debido a la exigencia de las contrataciones con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de pólizas de cumplimiento y gastos de publicación.

Fuente: Información obrante a folios 946 y 1039 del Expediente.

Imagen No. 4 – Notas a los estados financieros de MULTIACTIVA-FUNDESOL



d) Gastos generales

Debido a la exigencia de las contrataciones con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de pólizas de cumplimiento y gastos de publicación.

d) Gastos financieros

Para la ejecución de los contratos y sus obligaciones, se hacen necesario de estos gastos con las entidades financieras para las transacciones del pago de nuestro personal al frente del funcionamiento de cada programa, a cada zona donde se ejecutan los proyectos.

e) Bancos

Estos hacen parte de las donaciones efectuadas por los aportes de los socios consignados a las entidades financieras.

f) Clientes

Fueron recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas.

g) Equipos de oficina

Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación y satisfacción de los programas pendientes.



d) Gastos financieros

Para la ejecución de los contratos y sus obligaciones, se hacen necesario de estos gastos con las entidades financieras para las transacciones del pago de nuestro personal al frente del funcionamiento de cada programa, a cada zona donde se ejecutan los proyectos.

e) Bancos

Estos hacen parte de las donaciones efectuadas por los aportes de los socios consignados a las entidades financieras, así como los pagos de efectuados por nuestros contratantes por la prestación de los servicios.

f) Clientes

Son recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas, estos recursos son recaudados durante el primer semestre de la próxima vigencia 2012.

g) Equipos de oficina

Este rubro está conformado por los muebles y enseres.

h) Equipos de computación y comunicación

Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación y satisfacción de los programas pendientes.

i) Construcción y Edificaciones

Corresponde a los construcciones y edificaciones de propiedad de la Fundación adquirida como donaciones y/o producto de la reinversión de los excedentes financieros.

m) Depreciación acumulada

Son equipos que han adquirido para la ejecución de las instalaciones dentro laboratorios como organización, tales como Equipos de comunicación y computación, escritorios, archivadores y armarios y se han ido devaluando.

Fuente: Información obrante a folios 947 y 1040 del Expediente.

Imagen No. 5 – Notas a los estados financieros de MULTIACTIVA-FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012



l) Depreciación acumulada

Son equipos que han adquirido para la adecuación de las instalaciones donde laboramos como organización, tales como Equipos de comunicación y computación, escritorios, archivadores y armarios y se han ido devaluando.

m) Proveedores nacionales

Son deudas que corresponden al personal que realiza la ejecución de los programas.

n) Capital Social

Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación Multiactiva Emprendiendo.

o) Excedente del ejercicio

Corresponde al saldo de la consecución y satisfacción de los programas, los cuales serán reinvertidos de conformidad con el plan de inversión presentado por la Directora Ejecutiva y aprobado por la Asamblea General de Socios.



n) Proveedores nacionales

Son deudas que corresponden al personal que realiza la ejecución de los programas, así como a proveedores que suministraron insumos necesarios para el cumplimiento de las actividades y servicios contratados.

o) Capital Social

Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación para el Desarrollo Social FUNDESOL.

p) Excedente del ejercicio

Corresponde al saldo de la consecución y satisfacción de los programas, los cuales serán reinvertidos de conformidad con el plan de inversión presentado por la Directora Ejecutiva y aprobado por la Asamblea General de Socios.

DARLY JOHANA ARS PADILLA Representante legal Fundación Multiactiva Emprendiendo

JHANS VIDES GARRETO Contador Público T.P. No. 33430 - T

JENIFFER AVILA RODRIGUEZ Directora Ejecutiva

GABRIEL MENENDES CATELLON Contador Público T.P. No. 70138 - T

Fuente: Información obrante a folios 948 y 1041 del Expediente.

De las notas a los estados financieros, esta Superintendencia ve con extrañeza que dos proponentes que en teoría actúan independientemente presenten este tipo de soportes contables que supuestamente fueron elaborados por dos contadores públicos diferentes con un mismo formato y un contenido casi idéntico.

Handwritten mark

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Efectivamente, si se tiene en cuenta que la información financiera de un oferente es un requisito habilitante para poder participar en la subasta inversa, no es claro por qué aunque los documentos son suscritos por contadores diferentes, su forma, contenido y estructura es similar.

12.3 SIMILITUDES RESPECTO DE LOS CERTIFICADOS APORTADOS POR MULTIACTIVA Y FUNDESOL SELECCIÓN ABREVIADA NO. SA-UAC-SI-02-2012

Una vez comparadas las propuestas presentadas por FUNDESOL y MULTIACTIVA, se procede a indicar los siguientes hallazgos:

12.3.1. De los certificados de Existencia y Representación Legal y Registro Único De Proponentes -RUP

Como se puede evidenciar en las imágenes relativas a los certificados de existencia y representación legal de MULTIACTIVA y FUNDESOL, es altamente probable que los mismos hayan sido solicitados por la misma persona, ya que tienen números consecutivos, a saber 003135602 y 003135603 respectivamente.

Esta idea, se fortalece por el hecho de presentarse la misma fecha y una hora consecutiva en la expedición de estos certificados de existencia y representación legal, evento que difícilmente podría obedecer a una mera casualidad.

Imagen No. 6 -- Certificados de existencia y representación legal de MULTIACTIVA - FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

The image shows two certificates from the Cámara de Comercio de Cartagena. The top certificate is for 'FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO' with registration number 003135602 and certificate number 8717652. It is dated 2012/06/25 at 8:41:45 AM. The bottom certificate is for 'FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD "FUNDESOL"' with registration number 003135603 and certificate number 8717666. It is dated 2012/06/25 at 8:42:25 AM. Both certificates state that the Secretary of the Chamber of Commerce of Cartagena, in the exercise of powers granted by articles 43 and 144 of Decree 2150 of 1995 and its regulatory Decree 0427 of 1996, certifies the existence and legal representation of the respective entities.

Fuente: Información obrante a folios 900 y 999 del Expediente.

Ahora bien, respecto a los certificados de Registro Único de Proponentes de FUNDESOL²² y MULTIACTIVA²³, se entrevén las mismas semejanzas como son:

- Identidad en la fecha de expedición.
- Horas de expedición consecutivas.
- Números consecutivos de los Registros Únicos de Proponentes, el de FUNDESOL es el 8717657 y el de MULTIACTIVA es el 8717630.

²² Folio 1013 a folio 1021 del Expediente.

²³ Folio 918 a folio 928 Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

12.3.2. De los certificados de Antecedentes Disciplinarios

Tabla No. 2 – Certificados de antecedente disciplinarios de MULTIACTIVA - FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN					
CERTIFICADO DE ANTECEDENTES	NOMBRE	NIT	DV	HORA	FECHA
37406056	FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL	806.006.013	7	15:19:50	24/06/2012
37406074	FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO	806.006.079	2	15:22:12	24/06/2012
37406087	DARLY JOHANNA ASIS PADILLA	1.094.246.204		15:23:16	24/06/2012
37406097	JENIFFER AVILA RODRIGUEZ	57.297.688		15:24:06	24/06/2012

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folios 932-933 y 1025-1026 del Expediente.

Obsérvese, como a partir de la información incorporada en la tabla anterior que los antecedentes disciplinarios fueron obtenidos uno tras de otro con intervalos de entre uno (1) y tres (3) minutos aproximadamente, en la misma fecha y con números consecutivos lo que permite inferir que posiblemente fueron obtenidos en una misma gestión para ambos proponentes, situación que no tendría asidero si se trata de proponentes independientes que compiten por un mercado.

12.3.3 De los certificados de Responsabilidad Fiscal

Tabla No. 3 – Certificados de CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA de MULTIACTIVA – FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

CONTRALORIA GENERAL DE LA NACIÓN					
CODIGO DE VERIFICACIÓN	NOMBRE	NIT	DV	HORA	FECHA
1982012	FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO	806.006.079	2	15:08:46	24/06/2012
1782012	FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL	806.006.013	7	15:11:33	24/06/2012
12455754502012	DARLY JOHANNA ASIS PADILLA	1.094.246.204		15:13:29	24/06/2012
2087499342012	JENIFFER AVILA RODRIGUEZ	57.297.688		15:14:52	24/06/2012

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folios 935-936 y 1028-1029 del Expediente.

Además de las anteriores situaciones respecto de los certificados de existencia y representación legal, registro único de proponentes y de antecedentes disciplinarios, inquieta a esta Delegatura cómo aparece la existencia de otros certificados expedidos por una entidad de control como lo es la **CONTRALORÍA GENERAL**, ya que los certificados aportados fueron solicitados con una diferencia horaria de uno (1) a tres (3) minutos y en la misma fecha, lo que reforzaría la idea según la cual, es probable que hayan sido solicitados en una misma actuación para ambos proponentes, lo que podría ser un indicio de un trabajo mancomunado para la confección de las propuestas presentadas por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**.

12.3.4 De los certificados de la JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

Tabla No. 4 – Certificados Junta Central de Contadores de MULTIACTIVA - FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

JUNTA CENTRAL DE CONTADORES					
CERTIFICADO DIGITAL	NOMBRE	NIT	TP	FECHA	CERTIFICADO
785683	GABRIEL MENESES CASTELLON	73157166	70138-T	12/06/2012	1653087 PN:785683
785686	PAOLA MILENA ACUÑA ASTUDILLO	45528734	128682-T	12/06/2012	1653090 PN:785686
785690	JOHNIS VIDEZ BARRETO	73237379	93450-T	12/06/2012	1653094 PN:785690
785691	OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTINEZ	72217785	116135-T	12/06/2012	1653095 PN:785691

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folios 958-959 y 1051-1052 del Expediente.

En este caso, volvemos a encontrar que existe identidad respecto a la fecha de expedición de los certificados de la **JUNTA CENTRAL DE CONTADORES** presentados por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**.





12.4. IDENTIDAD DE PROVEEDORES DE MULTIACTIVA Y FUNDESOL

Que de la comparación de las propuestas de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** sobresalen las siguientes particularidades respecto a los proveedores del servicio de transporte automotor de alimentos y de bodega.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

12.4.1 De los certificados de proveedores de vehículos

Imagen No. 7 – Certificados disponibilidad de bodega de MULTIACTIVA y FUNDESOL Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012

	
Cartagena, 22 de junio de 2012	Cartagena, 22 de junio de 2012
Señores: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad.	Señores: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad.
OBJ: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-UAC-SI-02-2012	OBJ: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-UAC-SI-02-2012
El suscrito YOHAN PINEDO PANETA identificado con cédula de ciudadanía N°55.470.171 expedida en Santa Marta, Representante Legal de la Empresa VIAJEROS S.A., a través de la presente informo a ustedes que contamos con la disponibilidad de cinco (5) vehículos destinados para el transporte y conservación de alimentos (Decreto 3075 de 1997), los cuales están a disposición de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIMIENTO, INI, BOE.006.070-2 en caso de ser adjudicatario del proceso de la referencia, cuyo objeto es: "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS".	El suscrito YOHAN PINEDO PANETA identificado con cédula de ciudadanía N°55.470.171 expedida en Santa Marta, Representante Legal de la Empresa VIAJEROS S.A., a través de la presente informo a ustedes que contamos con la disponibilidad de cinco (5) vehículos destinados para el transporte y conservación de alimentos (Decreto 3075 de 1997), los cuales están a disposición de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL FUNDESOL, INI, BOE.006.013-7 en caso de ser adjudicatario del proceso de la referencia, cuyo objeto es: "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS".
Adjunto: 1. Tarjetas de propiedad de los vehículos 2. SOAT de los vehículos	Adjunto: 1. Tarjetas de propiedad de los vehículos 2. SOAT de los vehículos
Atentamente,  YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 55.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A.	Atentamente,  YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 55.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A.
Of. Principal Calle 19 No. 4-46 Tel: 431 9000 Cel:300 801 5306 + 320 843 9079 / Santa Marta C.I.C.R. e-mail: viajeros_sa@hotmail.com	Of. Principal Calle 19 No. 4-46 Tel: 431 9000 Cel:300 801 5306 + 320 843 9079 / Santa Marta C.I.C.R. e-mail: viajeros_sa@hotmail.com

Fuente: Información obrante a folios 984 y 1076 del Expediente.

Aunado a lo antedicho, se evidencia que los certificados de disponibilidad de vehículos automotores para transportar alimentos perecederos y no perecederos, fueron requeridos al mismo proveedor, esto es, VIAJEROS S.A. (en adelante "VIAJEROS") ubicado en la ciudad de SANTA MARTA.

Analizada esta evidencia junto con los hallazgos enunciados, es llamativo que dos proponentes que se presentan como competidores, tengan el mismo proveedor de vehículos para transportar alimentos, servicio que es prestado por diversas empresas en CARTAGENA.

Adicionalmente, una vez verificadas las propuestas presentadas por los demás proponentes en el marco de la Selección Abreviada No. SA-UAC-SI-02-2012, se encontró que estos presentaban certificaciones de disponibilidad de vehículos para transportar los alimentos, con proveedores diferentes a VIAJEROS lo que demostraría que en el mercado de alquiler de vehículos para el transporte de alimentos existía pluralidad de oferentes, lo cual ratifica el mérito para la imputación de cargos, tal como se detalla a continuación:

Tabla No. 5 – Certificados de disponibilidad de vehículos aportados por la UT ALIMENTOS DE CARTAGENA, UT ALIMENTARTE y UT PROANCIANOS en el marco del proceso No. SA-UAC-SI-02-2012

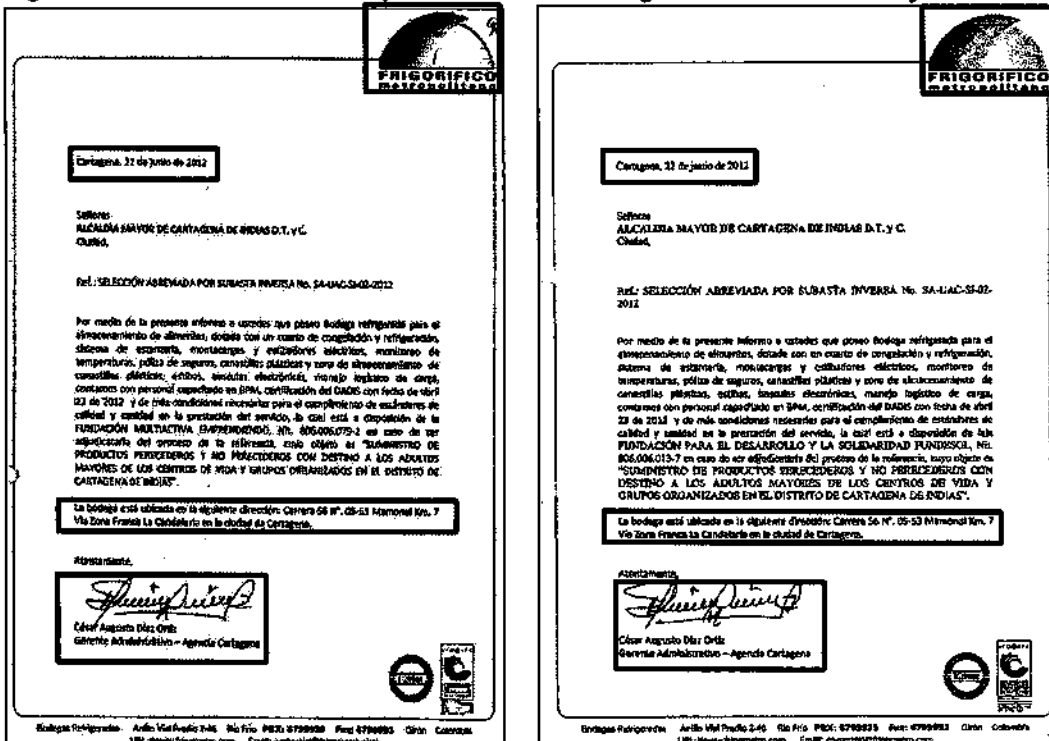
PROPONENTE	PROVEEDOR DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DE ALIMENTOS
UT ALIMENTOS CARTAGENA	JORGE NILO ARRIETA HERNANDEZ
UT ALIMENTARTE	EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA
UT PROANCIANOS	JOSAFETH MANUEL CONSUEGRA
	RAMÓN JOSÉ VARGAS FLORES
	ALBERTO RAMÓN FLOREZ MARTÍNEZ
	LUIS ENRIQUE DÍAZ
	SHOPPIN NET S EN CO
	INVERSIONES CASTILLO PORRAS LTDA
	LA GRAN BODEGA NET LTDA

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folio 717-752 del Expediente, folio 872-873 y folio 1367 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

12.4.2 De los certificados de proveedores de bodega refrigerada para el almacenamiento de alimentos

Imagen No. 8 – Certificados disponibilidad de bodega de MULTIACTIVA y FUNDESOL



Fuente: Información obrante a folios 985 y 1078 del Expediente.

Sobresale el hecho de encontrar que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** tengan el mismo proveedor de bodega refrigerada, **FRIGORÍFICO METROPOLITANO S.A.S.** (en adelante "**FRIGORÍFICO METROPOLITANO**"), cuando, se pudo comprobar que los demás proponentes que participaron en el proceso de contratación objeto de análisis, contaban con proveedores diferentes entre ellos o bodegas propias como se puede ver en el cuadro a continuación:

Tabla No. 6 – Certificados de disponibilidad de bodegas aportados por la UT ALIMENTOS DE CARTAGENA, UT ALIMENTARTE y UT PROANCIANOS en el marco del proceso No. SA-UAC-SI-02-2012

PROPONENTE	PROVEEDOR DE BODEGA FRIGORÍFICA
UT ALIMENTOS CARTAGENA	BODEGA PROPIA
	GRUPO EMPRESARIAL UNIVERSAL S.A.S
	COMERCIALIZADORA LA ELITE S.A.S.
	DISTRIBOLIVAR JR S.A.S
UT ALIMENTARTE	MIGUEL GUSART FERNÁNDEZ
UT PROANCIANOS	ALEJANDRO RAFAEL HERNÁNDEZ VIDAL

Fuente: Elaboración SIC de información obrante a folio 753, folio 891 y folio 1391-1405 del Expediente.

DÉCIMO TERCERO: Que ante las semejanzas evidenciadas en las propuestas de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** esta Delegatura ordenó practicar visita administrativa en la sede de **MULTIACTIVA** ubicada en la Calle 2 A de Badillo No. 36-95 Piso No. 1 Barrio Centro, **CARTAGENA DE INDIAS**, mediante credencial de visita radicada con el número. 12-191859-10 del 8 de febrero de 2013²⁴. Dicha actuación se llevó a cabo el 11 de febrero de 2013²⁵, haciéndose presente **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ**, quien se identificó como contador público de **MULTIACTIVA** y le indicó al Despacho que los documentos relacionados con la fundación se encontraban localizados en la Carrera 19 No. 12-37, en el **DISTRITO TURÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO DE SANTA MARTA** (en adelante "**SANTA MARTA**").

²⁴ Folio 1255 del Expediente.

²⁵ Folios 1262 a 1263 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Dicha información, fue obtenida de acuerdo con lo manifestado por **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** quién se comunicó vía telefónica con **JOSÉ GREGORIO OLIVO ORTEGA**, quien se identificó como director ejecutivo de **MULTIACTIVA** y esposo de la representante legal para la época, **LINDY JOHANA VÁSQUEZ SEVERICHE**.

Que de la actuación administrativa reseñada se puede colegir un indicio de la relación estrecha entre **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** ya que, pese a que **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** no estaba inscrito formalmente como contador público de la primera, sí ostentaba dicho cargo en **FUNDESOL** durante el periodo en el que se desarrolló la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, cargo que inclusive, desempeñaba para enero de 2013.

Efectivamente, en los certificados de existencia y representación legal de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** expedidos el 25 de junio de 2012 y el 23 de enero de 2013²⁶, se puede evidenciar lo antedicho, una plausible identidad no declarada entre el personal de estas fundaciones.

Al respecto, es importante indicar que pese a no existir una restricción legal que impida que un revisor fiscal preste sus servicios profesionales en más de una empresa, este hecho refleja que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** podrían haber actuado en la práctica con un esquema colaborativo. Al respecto esta Entidad ha mencionado que:

"De lo anterior se desprende que si bien es claro que un revisor fiscal puede ejercer sus funciones en varias empresas de manera simultánea o en varias empresas a lo largo del tiempo, no es ajeno a esta Delegatura, el hecho de que dicho personal podría tener injerencia en decisiones que tomen los representantes legales, miembros de junta y demás personas con poder decisorio al interior de la empresa, para la toma de decisiones respecto de los cupos de crédito, mecanismos de financiación y otros similares que permitieran apalancar los proyectos a los que se presentaban."²⁷

Asimismo, es llamativo que la dirección (Carrera 19 No. 12-37, en **SANTA MARTA**) en la que según **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** se encontraban los documentos pertenecientes a **MULTIACTIVA**, corresponde a la consignada por **FUNDESOL** en la carta de presentación de la propuesta allegada en el marco del proceso de contratación No. **SA-UAC-SI-02-2012**²⁸.

DÉCIMO CUARTO: Que mediante credencial de visita radicada con el número 12-191859-11-0 del 8 de febrero de 2013²⁹ se ordenó visita administrativa a la oficina de **FUNDESOL** ubicada en la Carrera 19 No. 12 – 37 Oficina 21 en **SANTA MARTA**. Dicha diligencia no pudo practicarse pues de acuerdo con la información suministrada durante la actuación administrativa por dos (2) personas que no se identificaron, en esa dirección funcionaba **CORDIN**³⁰.

DÉCIMO QUINTO: A través de credencial de visita radicada con el número 12-191859-12-0 del 8 de febrero de 2013³¹ se ordenó visita administrativa a la sede de **FUNDESOL** ubicada en la Calle Grande en **SANTA CATALINA BOLÍVAR COLOMBIA**. Dicha diligencia no se llevó a cabo dada la información allegada por **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** respecto de la ubicación real de **FUNDESOL**³².

DÉCIMO SEXTO: Que ante lo constatado en las visitas administrativas adelantadas el 11 de febrero de 2013, por intermedio de credencial radicada con el número 12-191859-22-0 del 14 de

²⁶ Folio 1241 a folio 1250 del Expediente.

²⁷ **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, Resolución No. 61497 de 2012, Radicado 11-1329.

²⁸ Folio 997 del Expediente.

²⁹ Folio 1256 del Expediente.

³⁰ Folios 1260 a 1261 del Expediente.

³¹ Folio 1257 del Expediente.

³² Folios 1430 a 1432 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

mayo de 2013³³ se ordenó visita administrativa a **CORDIN** ubicada en la Carrera 19 No. 12-37 Oficina 21 de **SANTA MARTA**. En el transcurso de la diligencia administrativa, el despacho fue informado por parte de **OSWALDO VILLALOBOS** representante legal de la **UNIÓN TEMPORAL ASEAR** (en adelante **UT ASEAR**) para la época de los hechos, que en esa sede ya no funcionaba **CORDIN**. Sin embargo en dicha actuación se recibieron los siguientes documentos³⁴:

- Resumen General de Pagos a los empleados de la **UT ASEAR**.
- Certificado de existencia y representación legal expedido el 27 de julio de 2012 de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO FINCOME C.T.A.** (en adelante "**FINCOME**").
- Certificado de existencia y representación legal de **MULTIACTIVA** expedido el 28 de julio de 2012.
- Acuerdo de constitución de la unión temporal suscrito entre **CORDIN**, **FINCOME MULTIACTIVA**.
- Contrato de prestación de servicios No. 512 de 2012 suscrito entre el departamento de Magdalena y la **UT ASEAR**.
- Registro Único Tributario de **CORDIN**.
- Certificado de existencia y representación legal de **CORDIN** expedido el 26 de febrero de 2012.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que a través del radicado número 12-191859-23 del 14 de mayo de 2013³⁵, se ordenó visita administrativa a la sede de **FUNDESOL** ubicada en la Carrera 19 No. 12-37 Oficina 21 en **SANTA MARTA**, la cual no se pudo llevar a cabo el 17 de mayo de 2013 pues en esa dirección no funcionaba **FUNDESOL** sino la **UT ASEAR**³⁶, según la información suministrada por el personal de esta última. El Despacho estableció comunicación telefónica con **JOHN ALBERT ARVILLA** representante legal de **FUNDESOL** para la época, quien manifestó que se encontraba en Venezuela por lo que no se pudo determinar un lugar para practicar la visita administrativa.

DÉCIMO OCTAVO: Que por intermedio de credencial de visita administrativa identificada con el radicado número 12-191859-24 del 16 de mayo de 2013³⁷ se ordenó visita administrativa a la **UT ASEAR** ubicada en la Carrera 19 No. 12-37 Oficina 21 en **SANTA MARTA**, la cual se llevó a cabo el 16 de mayo de 2013.³⁸ En dicha diligencia se inspeccionó el computador de **MARGARITA ROMERO** en su calidad de jefe operativa de la **UT ASEAR**. De este equipo no fue posible llevar a cabo la extracción de los archivos relacionados con el título propuesta **FUNDESOL**, con fecha de modificación 23 de junio de 2012, pues **OSWALDO VILLALOBOS** representante legal de la **UT ASEAR** para la época, se opuso, al considerar que no hacían parte de la visita. El archivo en discusión hacía referencia a la convocatoria pública para conformar lista de habilitados y seleccionar operadores para el programa nacional de alimentación para el adulto mayor.

Igualmente, se inspeccionó el equipo de cómputo de **IRIANA FONTALVO** en su calidad de auxiliar administrativa de la **UT ASEAR**. No obstante, de dicho equipo no se pudieron extraer los archivos cuyo contenido hacían alusión a:

³³ Folio 3542 del Expediente.

³⁴ Folios 3561 a 3600 del Expediente.

³⁵ Folio 3544 a 3545 del Expediente.

³⁶ Folios 3557 a 3560 del Expediente.

³⁷ Folio 3546 del Expediente.

³⁸ Folios 3601 a 3646 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

- RUP FUNDESOL, BALANCE CORDIN cuya remitente era JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ³⁹.
- BALANCE COMPARATIVO 2010 – 2011 FUNDESOL cuya remitente era JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ.
- ACTA DE ENTREGA A XIOMARA cuya remitente era JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ.
- COMPROBANTE PAGO DEL LOCAL NO. 28.

Adicionalmente, del computador del OSWALDO VILLALOBOS, no se pudo extraer el archivo denominado **INFORME INTERVENTORÍA MAGDALENA**, relacionado con la UT ASEAR.

En atención a lo encontrado en la visita referenciada, se refuerzan los indicios encontrados respecto a la existencia de un posible accionar anticompetitivo por parte de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el marco de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**.

En efecto, la similitud en los formatos usados por estas dos fundaciones, la aparente identidad del personal vinculado a las mismas y el conocimiento que **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** tenía del lugar en el que se encontraban los documentos de **MULTIACTIVA**⁴⁰, no pueden ser tenidos como una mera coincidencia.

DÉCIMO NOVENO: Que con la finalidad de aclarar lo encontrado en las visitas administrativas realizadas el 15, 16 y 17 de mayo de 2013, esta Delegatura citó para rendir declaración a: **JENNIFER ÁVILA RODRÍGUEZ**⁴¹ representante legal de **FUNDESOL** para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** revisor fiscal de **FUNDESOL**⁴² para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, **GABRIEL MENESES CASTELLÓN**⁴³ contador público de **FUNDESOL** para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, **JOHN ALBERT ARVILLA TORRES** representante legal de **FUNDESOL** desde el 26 de noviembre de 2012⁴⁴, **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**⁴⁵ representante legal de **MULTIACTIVA** para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, **PAOLA MILENA ACUÑA ASTUDILLO**⁴⁶ revisora fiscal de **MULTIACTIVA** para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, **JHONIS VIDEZ BARRETO**⁴⁷ contador público de **MULTIACTIVA** para la época de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012** y **LINDY JOHANA VÁSQUEZ SEVERICHE**⁴⁸ representante legal de **MULTIACTIVA**; pero únicamente comparecieron **LINDY JOHANA VÁSQUEZ SEVERICHE**⁴⁹ y **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ**⁵⁰.

³⁹ Es importante recalcar que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** era la representante legal de **FUNDESOL** para la época en que se llevó a cabo el proceso de contratación estatal **SA-UAC-SI-02-2012**.

⁴⁰ Como ya se mencionó pese a que la visita se desarrolló en la UT ASEAR, no se puede olvidar que esta estaba integrada entre otras por **MULTIACTIVA**.

⁴¹ Folios 3650 y 3694 a 3695 del Expediente.

⁴² Folios 3651, 3696 a 3697, y 3707 a 3709 del Expediente.

⁴³ Folios 3652 y 3676 a 3677 del Expediente.

⁴⁴ Folios 3653 y 3680 a 3681 del Expediente.

⁴⁵ Folios 3654 del Expediente.

⁴⁶ Folios 3655 del Expediente.

⁴⁷ Folios 3656 del Expediente.

⁴⁸ Folios 3657 del Expediente.

⁴⁹ Folios 3689 a 3690 del Expediente.

⁵⁰ Folios 3712 a 3713 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

De la declaración rendida por OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ,⁵¹ revisor fiscal de FUNDESOL para la época de los hechos⁵², el 27 de noviembre de 2013 en las instalaciones de esta Superintendencia, se resalta lo siguiente:

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Desde hace cuánto conoce la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO?

Respuesta: Tengo aproximadamente de 6 a 7 años.

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Qué funciones ha desempeñado dentro de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO?

Respuesta: Osea años anteriores yo era revisor fiscal

Pregunta del Despacho: ¿Me podría especificar los periodos?

Respuesta: No los tengo exacto.

Pregunta del Despacho: ¿Aproximado?

Respuesta: Aproximadamente como de dos a tres años y ahora revisor fiscal pero pasé a ser asesor porque ya cumplí el ciclo.

(...)

Pregunta del Despacho: Aproximadamente, ¿Desde qué momento se vincula por primera vez con esta fundación?

Respuesta: Yo me vinculo desde un 1 de enero del 96, del 2006 perdón.

(...)

Pregunta del Despacho: Durante este periodo que ha trabajado para la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO desde 2006 hasta la fecha, ¿en que otras fundaciones ha trabajado?

Respuesta: Con CORPORACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDER ONG, FUNDACIÓN MILAGROS, ORGANIZACIÓN TIEMPO DE PAZ, CORPORACIÓN ALIANZA CARIBE, FUNCOLDES que es FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL EN COLOMBIA, CORPORACIÓN REVIVE TU ESPERANZA COMULRED, E ASPELCO LTDA, UEPS SEGUROS Y COMPAÑÍA LIMITADA, la ACCIÓN SOCIAL NAVAL DE COVEÑAS, FUNDACIÓN CAMINO A LA PROSPERIDAD, FUNDACIÓN SOCIAL CONFUTURO entre otras, otras varias. Puras fundaciones.

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Conoce usted la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL?

Respuesta: Sí

Pregunta del Despacho: ¿Desde cuando conoce dicha Fundación?

Respuesta: Ella la conocí cuando se llamaba FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA CONSTRUCCIÓN FUNDAESCUN.

Pregunta del Despacho: ¿Más o menos en tiempo hace cuánto?

Respuesta: De 4 a 5 años.

⁵¹ Folio 3712 a 3713 del Expediente.

⁵² Folio 1002 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Pregunta del Despacho: ¿Por qué la conoce?

Respuesta: Me recomendaron

Pregunta del Despacho: ¿Trabajó en ella?

Respuesta: Para que los asesorara

Pregunta del Despacho: ¿En que periodos los asesoró?

Respuesta: Desde el instante en que la conocí fui asesor con ellos.

Pregunta del Despacho: ¿Hasta cuándo?

Respuesta: No, a la fecha yo les presto la asesoría.

(...)

Pregunta del Despacho: Usted nos quiere explicar como revisor fiscal, ¿Qué funciones desempeña para FUNDESOL?

Respuesta: Las mismas funciones que desempeñaba con **EMPRENDIENDO** cuando era revisor fiscal, son las mismas que yo desempeño.

(...)

Pregunta del Despacho: Entre las dos fundaciones, lo que es FUNDESOL y **MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, ¿Sabe si ha habido intercambio de formatos para posibles propuestas?

Respuesta: A ver yo te explico, en la cuestión de lo que me compete a mí, en una como asesor y en la otra como revisor fiscal que estoy ahora, actualmente, los formatos son los mismos porque yo soy el que los elaboro. Yo soy el que elaboro la información financiera, los balances, los estados de resultados al principio de año, soy yo el que hago eso con fecha a 31 de diciembre. Por ende tienen que ser iguales porque yo soy la misma persona.

(...)"

Si bien, no cabría hacer reproche a que un mismo contador prepare la información contable para dos agentes económicos diferentes, no deja de extrañar que en su declaración reconozca ser autor de esta información para las fundaciones investigadas y, sin embargo, no las suscriba como contador público en relación con una de ellas (**MULTIACTIVA**). En esas circunstancias, la explicación que ahora se ofrece en la declaración, a juicio del Despacho, es deliberadamente conveniente para explicar lo que, en conjunto con otras pruebas que obran dentro del presente expediente, en realidad es indiciario de un esquema colaborativo para la presentación de las ofertas dentro de la licitación pública.

En efecto, pese a que **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** sostuvo que era él la persona encargada de realizar el componente financiero de las propuestas de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, como se puede visualizar en la mayoría de las certificaciones contables incorporadas en la ofertas de **MULTIACTIVA**, estas fueron firmadas por **PAOLA MILENA ACUÑA ASTUDILLO** como revisor fiscal y **JHONIS VIDES BARRETO** como contador público.

Lo mismo sucede con los estados financieros comparativos 2010 – 2011 de **FUNDESOL** que fueron firmados por **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** como revisor fiscal y **GABRIEL MENESES CATELLON** como contador público; por lo que continúan siendo incomprensibles las igualdades constatadas en el acápite de las propuestas de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** denominado "Estados Financieros Comparativos 2010-2011"

VIGÉSIMO: Que con radicado número 12-191859-106⁵³ del 5 de agosto de 2015, se requirió a la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** copia de las propuestas económicas de las propuestas

⁵³ Folio 3850 a 3851 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

presentadas por FUNDESOL y la UT PROANCIANOS, en el marco de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012, pero mediante oficio radicado con el número 12-191859-108⁵⁴ la SECRETARÍA DE PARTICIPACIÓN Y DESARROLLO SOCIAL de la ALCALDÍA DE CARTAGENA indicó que los estos documentos no reposaban en sus archivos.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que con el objetivo de aclarar las coincidencias en los certificados de disponibilidad de vehículos automotores para transportar alimentos perecederos y no perecederos de FUNDESOL y MULTIACTIVA, se ordenó visita administrativa en la sede de VIAJEROS ubicada en la Calle 19 No. 6-86 Centro en SANTA MARTA, que se desarrolló el 14 de septiembre de 2015⁵⁵. En el transcurso de esta actuación administrativa se llevó a cabo el testimonio de YOHAN ALFONSO PINEDO PANETTA, representante legal suplente de VIAJEROS para la época de los hechos y quien manifestó lo siguiente respecto a la certificación supuestamente expedida el 22 de junio de 2012 por VIAJEROS a MULTIACTIVA y FUNDESOL:

(...)

Pregunta del Despacho: *¿De qué años exactamente Usted ejerció la función de representante legal?*

Respuesta: *No estoy seguro pero en alguna cámara de comercio debe estar esa, en la Cámara de Comercio está la misma fecha en que ÓSCAR SOTO empezó como gerente en esa misma fecha inicie yo como representante legal suplente, hasta septiembre del año pasado, septiembre 15 del 2014, creo que fue el 2 de febrero del 2002 o 2004, déjame reviso aquí un momento. No tengo la fecha exacta aquí.*

(...)

Pregunta del Despacho: *¿Nos puede explicar, cuales son las principales actividades que hace Viajeros S.A?*

Respuesta: *Viajeros S.A. es una empresa de servicio especial habilitada por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, la cual como su objeto lo indica es la prestación del servicio de transporte especial, en la modalidad terrestre*

(...)

Pregunta del Despacho: *(...) ¿Tiene Usted conocimiento del proceso de selección abreviada por subasta número SA-UAC-SI-02 de 2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA, cuyo objeto fue "el suministro de productos perecederos y no perecederos con destino a los adultos mayores de los centros de vida y grupos organizados en el distrito de Cartagena de Indias"?*

Respuesta: *No tengo conocimiento.*

(...)

Pregunta del Despacho: *¿Conoce Usted a la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD -FUNDESOL?*

(...)

Respuesta: *No.*

Pregunta del Despacho: *¿FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO - MULTIACTIVA?*

(...)

Respuesta: *FUNDESOL no, ni FUNDESOL ni MULTIACTIVA*

(...)

⁵⁴ Folio 3856 del Expediente.

⁵⁵ Folio 3866 a 3883 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Pregunta del Despacho: Señor YOHAN en este estado de la diligencia el Despacho le va a exhibir un documento y usted le va indicar al mismo si lo reconoce como propio y pues si no lo reconoce pues no. En este estado de la diligencia se le va a exhibir el documento que obra en el expediente de la referencia entonces pues ya se está realizando el procedimiento. ¿Señor YOHAN usted reconoce este documento del 22 de junio de 2012 expedido por Viajeros S.A. y en el cual aparece una firma que es de su nombre (...)?

(...)

Respuesta: No.

Pregunta del Despacho: ¿Por qué no lo reconoce?

Respuesta: Porque no está firmado por mí.

Pregunta del Despacho: ¿Usted cómo podría explicarle al Despacho, que obre este documento, o sea cuales son las razones que usted podría inicialmente o preliminarmente explicarle al Despacho?

Respuesta: No, eso me está dando a mí que ahí hay una falsedad, pero no podría decirte. Lo único que te garantizo es que esa no es mi firma, eso sí lo tengo claro, ese documento no lo he emitido yo.

Así, de manera preliminar, es llamativo que YOHAN PINEDO PANETA quien fungía como representante legal suplente de VIAJEROS haya manifestado que las certificaciones aportadas por FUNDESOL y MULTIACTIVA en sus propuestas no fueron suscritas por él.

Lo anterior, refuerza la idea de un posible diligenciamiento coordinado de las propuestas y MULTIACTIVA pues no es usual que dos proponentes que se presentan a un mismo proceso de contratación estatal, presenten exactamente la misma certificación y que la misma sea desconocida o rehusada en su autoría por quien supuestamente la expidió.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que por intermedio de credencial número 12-191859-119⁵⁶, se practicó visita administrativa en las nuevas instalaciones de MULTIACTIVA ubicadas en la Calle la Paz, calle 48 No. 13-133 barrio Torrices en CARTAGENA. Durante esta diligencia se pudo determinar que FUNDESOL y MULTIACTIVA tenían una oficina en SANTA MARTA en la Calle 18 No 20 - 115 en el barrio Jardín como consta en el acta de visita.

Igualmente, durante la práctica de la declaración de OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ este explicó de nuevo cuál era su participación como contador de MULTIACTIVA y FUNDESOL en los procesos de contratación estatal en los que estas fundaciones se habían presentado en el año 2012:

(...)

Pregunta del Despacho: Cuál era su función cuando laboraba para la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO en el año 2012 en los procesos de contratación estatal a los que se presentó la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO.

Respuesta: En los procesos de contratación estatal, yo no hacía parte, simple y llanamente suministraba la información contable que son los estados financieros con sus respectivas notas y los certificados de antecedentes disciplinarios. Más nada.

(...)

Pregunta del Despacho: Le voy solicitar por favor que nuevamente le diga al Despacho específicamente un listado de los documentos que Usted se encargaba de suministrar y de tramitar en los procesos de contratación estatal adelantados en el año 2012 y en particular el de subasta inversa número SASI 002 DE 2012-UAC

⁵⁶ Folio 3863 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Respuesta: Para todos los procesos de contratación que tiene la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** simple y llanamente yo cumpla con suministrarle los estados financieros y los certificados y las copias de la tarjeta profesional tanto del contador como del revisor fiscal.

(...)

Pregunta del Despacho: Podría Usted indicarle a este Despacho, ¿Cuáles eran las funciones como contador que usted desempeñaba en los procesos de contratación estatal y en particular en el proceso de subasta inversa número SASI 002 de 2012 en los que se presentó la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL**?

Respuesta: Mi papel era simple y llanamente suministrar la información contable, nada más, yo no participaba más nada, yo suministraba la información contable y ya, no hacía más nada.

(...)

Las respuestas dadas por **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** quien aparentemente era el vínculo entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, no permiten descartar la suspicacia que generaban las identidades en los documentos contables de las propuestas de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, pues pese a que este afirma que suministraba los documentos contables de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, los únicos que firmó en el marco del proceso de contratación No. **SA-UAC-SI-02-2012** fueron los de **FUNDESOL**. Así mismo, el resto de similitudes en la documentación contenida en las propuestas de estas fundaciones tampoco encuentran de manera preliminar una explicación diferente a un posible accionar coordinado por parte de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** al momento de diligenciar sus propuestas, si se tiene en cuenta que la persona que aparentemente trabajaba como contador para estas dos durante la época de los hechos manifestó no haber participado en la elaboración del resto de la propuesta.

VIGÉSIMO TERCERO: Que a través de credencial de visita número 12-191859-121, se ordenó visita administrativa en las instalaciones del **FRIGORÍFICO METROPOLITANO** ubicadas en la Carrera 56 No. 05-53 Mamonal km 7 en **CARTAGENA DE INDIAS**, que se realizó el 15 de septiembre de 2015. En el transcurso de la misma, se pudo determinar que la certificación expedida por el **FRIGORÍFICO METROPOLITANO** en la que se acreditaba la disponibilidad de bodega refrigerada de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, en caso de ser adjudicatarias de la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, había sido solicitada por **ROBERTO PALACIOS GALOFRE** representante legal de **PRODUCTOS ALIMENTICIOS DUNIA LTDA**.

Esto permite reforzar la idea de un actuar coordinado entre **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** pues es poco probable que dos proponentes que diligencian sus propuestas de manera independiente, le soliciten a una misma persona que adelante la solicitud de una certificación a un mismo proveedor de bodega refrigerada.

VIGÉSIMO CUARTO: Que mediante credencial número 12-191859-118⁵⁷, se ordenó una visita administrativa en la calle 26 No. 22-139 en **CARTAGENA DE INDIAS** dirección registrada por **FUNDESOL** en el Registro Único Empresarial. Sin embargo, esta visita no pudo practicarse pues en esa dirección operaba la **FUNDACIÓN MILAGROS** de la cual **OSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** figura como su revisor fiscal⁵⁸ y la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA ONG**.

VIGÉSIMO QUINTO: Una vez expuestos los hallazgos encontrados en las propuesta de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**, procede esta Entidad a analizar si a partir de las particularidades del mercado en el que se cursó el proceso No. **SA-UAC-SI-02-2012** por parte de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, era factible que los anteriores proponentes pudieran fraguar un acuerdo colusorio y si existían elementos que lo facilitarían. Para lo anterior procede a revisar el mecanismo de adjudicación y los comportamientos implementados por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**, en el mercado relevante presuntamente afectado.

⁵⁷ Folio 3862 del Expediente.

⁵⁸ Folio 3927 a 3941 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

25.1. MERCADO RELEVANTE PRESUNTAMENTE AFECTADO

El mercado relevante para los casos de colusión en procesos de selección contractual con el Estado, se origina de la interacción que surge de la decisión de la entidad contratante de iniciar dichos procesos y los agentes participantes en ese mercado en generación, conocidos como proponentes. En esta dinámica de mercado generada para la adquisición de bienes y servicios, los proponentes que deciden actuar, en ejercicio de su actividad comercial, son entendidos en términos de la normatividad de competencia como empresas; mientras la entidad contratante, actúa como demandante de bienes y servicios para ejecutar sus fines misionales.

Si se tiene en cuenta lo anterior, este mercado se caracteriza por tener las siguientes condiciones especiales:

- i) *Temporal*: por cuanto nace con la intención de la entidad contratante, la cual es puesta en conocimiento de los interesados, y termina ya sea con la liquidación del contrato en que deviene, o con la terminación anormal del proceso de selección.
- ii) *Excluyente*: por cuanto una vez definido, no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo (barrera artificial absoluta a la entrada), lo cual excluye cualquier futura competencia por la adjudicación del contrato.
- iii) *Independiente*: por cuanto el escenario de contienda que se genera es completamente ajeno a los demás mercados en los que los agentes participantes pueden competir, además de otros procesos de contratación pública o mercados económicos tradicionales o típicos; sin que con ello se excluya la existencia de acuerdos que apalanquen el éxito en un mercado con los beneficios obtenidos en otro.

Vale la pena mencionar que la expresión de proponente, empleada en la definición de las partes del mercado, no es limitativa a quienes efectivamente presentan de una u otra forma su interés de participar en el proceso competitivo que se genera, sino que la misma incluye a aquellos que dentro de un escenario colusorio deciden no participar, a través de la supresión de su oferta o intención de ofertar.

En estos términos, el mercado afectado en el presente caso se circunscribe únicamente al generado en el proceso de selección **SA-UAC-SI-02-2012** cursado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

25.2. CRITERIOS DE EVALUACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA NO. SA-UAC-SI-02-2012

En el pliego de condiciones en su Capítulo 1, sección 1.11. "PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS", y el Capítulo 3 del Pliego de Condiciones Definitivo del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012**⁵⁹, esta Delegatura encontró que para el desarrollo de la subasta inversa los proponentes interesados presentaron dos sobres: el primero, contendría los documentos habilitantes, como lo son documentos técnicos, jurídicos y financieros de soporte; el segundo, contendría la propuesta inicial de precio de conformidad con el Anexo 5 del Pliego de Condiciones Definitivo.

Para la apertura de los dos sobres la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** estableció dos fases que se describen a continuación:

25.2.1. Primera fase: periodo de evaluación de las propuestas

En esta fase, las ofertas serían evaluadas a partir de los siguientes criterios habilitantes presentados por los proponentes en el sobre No. 1: i) análisis de capacidad jurídica, ii) análisis de capacidad técnica y, iii) análisis de capacidad financiera. Posterior a la publicación del informe de evaluación y a la definición de propuestas habilitadas, la entidad procedería a cursar la segunda fase, si había un mínimo de dos (2) proponentes habilitados. En caso de que resultase un único proponente habilitado para participar en la subasta, la entidad adjudicaría el

⁵⁹ Folio 1236 del Expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

contrato al proponente habilitado. En caso de no resultar proponentes habilitados, el proceso sería declarado desierto.

25.2.2. Segunda fase: subasta inversa presencial

Para esta fase, en la cual se elegiría la mejor propuesta se procedió a realizar la correspondiente subasta inversa, la cual sería presencial. Dicha subasta se inició después de la apertura del sobre No. 2 que allegó cada proponente habilitado y que contenía la oferta económica inicial. Lo anterior, de conformidad con el Anexo No. 5 del Pliego de Condiciones Definitivo.

Si bien, la propuesta económica abarca un número considerable de productos a proveer, la entidad estableció que la subasta tendría lugar por el lote único, es decir, *"como un conjunto de bienes agrupados con el fin de adquirirlos como un todo."*⁶⁰

Se tiene que la subasta inversa se efectuaría mediante la reducción sucesiva de precios de oferta bajo las siguientes condiciones:

- El margen válido de mejora de las ofertas sería aquel equivalente *"al 1% del menor valor ofertado o del menor lance de la ronda anterior."*⁶¹
- En cada ronda, la entidad revisaría las propuestas y haría saber el monto mínimo que es la señal para presentar ofertas en los lances subsiguientes.

Igualmente, se dispuso que *"La Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias repetirá el anterior procedimiento, en rondas sucesivas, hasta que no se reciba ningún lance que mejore el menor precio ofertado en la última ronda, por el lote único."*⁶²

25.3. RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN DE LOS PROPONENTES HABILITADOS

La Tabla No. 7 presenta la verificación de requisitos habilitantes definitivos para los proponentes que concurren a la primera fase del proceso:

Tabla No. 7
Verificación de requisitos habilitantes previo a la audiencia pública de subasta inversa

PROPONENTE	REQUISITOS HABILITANTES			CONSOLIDADO
	JURÍDICOS	TÉCNICOS	FINANCIEROS	
Unión Temporal Proancianos de Cartagena (María Helda Zuluaga de Botero, Fundación Enlace, Cooperativa de servicios generales La Heróica).	Cumple	No cumple	Cumple	RECHAZADO
Fundación Multiactiva Emprendiendo	Cumple	Cumple	Cumple	HABILITADO
Unión Temporal Alimentarte (Fundación Amigos de la Salud-Esode Ltda).	Cumple	No cumple	No cumple	RECHAZADO
Unión Temporal Alimentos de Cartagena	Cumple	Cumple	Cumple	HABILITADO
Fundesol	No cumple	No cumple	No cumple	RECHAZADO

Fuente: Elaboración SIC con información obrante a 1236 del Expediente.

Una vez cursadas las diferentes etapas del proceso de selección abreviada mediante subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012, previstas en el pliego de condiciones y sus adendas respectivas, la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** expidió la Resolución No. 1574 de 25 de julio de 2012, mediante la cual adjudicó el contrato al proponente **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**, por un valor de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.959.000.000) M/CTE.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

De acuerdo al acto administrativo en mención, se presentaron un total de cinco (5) proponentes, de los cuales tres (3) no superaron la etapa de evaluación de los criterios habilitantes y por tanto quedaron inhabilitados para la segunda fase de evaluación económica.

25.3.1. Análisis de las propuestas presentadas y resultado del proceso de subasta inversa.

La Averiguación Preliminar adelantada por esta Delegatura respecto del proceso de selección abreviada mediante subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012, en el que posiblemente se habrían presentado prácticas anticompetitivas por parte de los proponentes **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**, se fundamenta en las identidades contenidas en la documentación que integra las ofertas presentadas por estas fundaciones.

Como se ha mencionado, esta Delegatura encontró que se presentaron un total de cinco (5) proponentes, de los cuales tres (3) no superaron la etapa de evaluación de los criterios habilitantes y por tanto quedaron inhabilitados para la segunda fase de evaluación económica. De los oferentes cuyas propuestas presentan coincidencias, **MULTIACTIVA** resultó habilitado para participar en la segunda fase, sin embargo, este Despacho no encuentra explicación de por qué **MULTIACTIVA** no procedió a realizar lance alguno en la subasta, sustrayéndose de la competencia. Por este hecho el contrato finalmente fue adjudicado a la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA**.

25.3.2. Del comportamiento de los investigados respecto de sus propuestas económicas

En relación con el comportamiento de los lances en la subasta, esta Delegatura encontró que **MULTIACTIVA** (cuyo seudónimo en la subasta era "CARNE") no realizó lance alguno, como si lo hizo **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** (cuyo seudónimo en la subasta era "POLLO"), quien pujó en primera ronda por la suma de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$1.959.000.000) y resultó adjudicatario del contrato⁶³.

Imagen No 9. Acta de subasta pública del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 de la ALCALDIA DE CARTAGENA

Se deja constancia que para la primera ronda el valor mínimo a ofertar corresponde a la suma de \$1.978.794.398,70.

RONDA N° 1

CONTRASEÑA LANCE 1

POLLO	1.959.000.000
CARNE	No realiza lance. (\$1.978.794.398,70 - Valor propuesta inicial)

Una vez desarrollada la ronda número Uno se deja constancia que los proponentes habilitados manifestaron que no deseaban realizar lances de mejora de precios, por consiguiente el menor precio ofertado para el lote único es el correspondiente a la contraseña POLLO por valor de \$1.959.000.000.

Fuente: Información obrante a 1236 del Expediente.

64

El análisis que esta Delegatura desarrolla a continuación, respecto del comportamiento de los proponentes investigados en el curso del proceso, se realizó, a través de una simulación mediante el método de Montecarlo⁶⁵ a partir del cual sin importar el mecanismo de selección, dos agentes en colusión aumentarían sus posibilidades de adjudicación respecto de un escenario en el que todas las ofertas son independientes. Para tal efecto, se simularon los

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ El método de Montecarlo es implementado en variedad de problemas matemáticos, ya que proporciona soluciones que permiten realizar de experimentos con muestreos de números pseudoaleatorios en una computadora. El método es aplicable a problemas estocásticos o determinísticos que para su solución emplea la simulación de variables aleatorias. Véase: Peña Sánchez de Rivera, D. (1989). Estadística: modelos y métodos. Vol. 1. Alianza. Pág. 135 y Pérez-López, C. (2005). Muestreo estadístico. Conceptos y problemas resueltos. Madrid España: Editorial Pearson Prentice Hall. Pág. 62.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

resultados de 6.000⁶⁶ procesos de subasta inversa hipotéticos con 3, 4 y 5 proponentes y en donde dos de ellos se valen de un acuerdo colusorio.

Así pues, una vez aplicado el método de Montecarlo, con el propósito de aproximar la probabilidad de éxito que tendrían dos grupos de agentes en una subasta inversa, se encontró que aquellos agentes que presentan oferta individual frente a aquellos que desarrollan colusión tienen una menor probabilidad de éxito de ser los adjudicatarios en un proceso de selección.

El cuadro siguiente reporta el diferencial de probabilidad de éxito de los proponentes individuales frente a los que se comportan bajo un esquema colusorio:

Tabla No. 13

Diferencial de la probabilidad de adjudicación. Escenarios de competencia (ofertas individuales) Vs. Escenarios con dos agentes en colusión, con 3, 4 y 5 proponentes.

Probabilidad de dominar el proceso con oferta individual	19.95%	24.86%	33.10%
Probabilidad de dominar el proceso con dos propuestas en colusión	40.13%	50,26%	66.89%

Fuente: Elaboración SIC a partir de los resultados de simulación por método de Montecarlo.

Como se puede observar, los resultados de la simulación son concluyentes para afirmar que los agentes que coluden presentan una probabilidad mayor de ser adjudicatarios respecto a aquellos agentes que se presentan de forma individual en un proceso.

Si bien, una de las características principales de una subasta competitiva es la información incompleta que poseen los oferentes respecto de los precios de oferta de sus competidores, esta particularidad permite que en un proceso mediante subasta, los oferentes participen en igualdad de condiciones y que la selección sea altamente objetiva. Ahora, en un escenario en colusión, los proponentes cuya oferta es conjunta, buscan: i) por un lado, reducir la brecha de información acerca de las ofertas de sus competidores, su precio de reserva, estructura de costos, composición financiera, capacidades de suministro, stocks entre otras y, ii) eliminar ofertas rivales para lograr un incremento de posibilidades de adjudicación.

Por lo anterior, el análisis económico permite demostrar que existían incentivos para falsear la competencia, independientemente de cuál hubiese sido el resultado del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012.

VIGÉSIMO SEXTO: Que de todos los aspectos presentados en los considerandos precedentes y en concordancia con lo expuesto en la guía práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal elaborada por la SIC y los lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas elaborada por la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONOMICO - OCDE⁶⁷, se puede concluir que se cuenta con un conjunto suficiente de indicios que permiten de manera razonable inferir que en la Selección Abreviada por Subasta Inversa No. SA-UAC-SI-02-2012, se pudo configurar una práctica anticompetitiva, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Efectivamente, el análisis efectuado por esta Delegatura respecto de la participación de FUNDESOL y MULTIACTIVA en el curso del mencionado proceso de contratación estatal desarrollado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA, arrojó las siguientes conclusiones preliminares:

- Similitudes en los formatos usados por FUNDESOL y MULTIACTIVA para la elaboración de sus documentos contables y en las páginas separadoras de los diferentes acápite de sus propuestas.

⁶⁶ Para obtener los valores simulados de cada escenario, esta Delegatura asumió la distribución de probabilidad uniforme para describir el comportamiento de la variable aleatoria: "precio de oferta del proponente i"

⁶⁷ <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> consultado el 10/08/2015

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

- El certificado de existencia y representación legal, registro único de proponentes, el certificado de antecedentes disciplinarios, el certificado de antecedentes de responsabilidad fiscal y los certificados expedidos por la Junta Central de Contadores presentados por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, presentan números consecutivos, fueron expedidos el mismo día y presentan diferencias horarias mínimas en su expedición.
- Identidad en los proveedores de la bodega frigorífica y los vehículos automotores requeridos en el pliego de condiciones dentro del proceso de Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012**, con la particularidad de que la persona que supuestamente expidió la certificación de disponibilidad de vehículos automotores negó haber firmado el documento aportado por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, al proceso referido.

Del mismo modo, no puede perderse de vista que como se explicó, no es descartable que en la Selección Abreviada No. **SA-UAC-SI-02-2012** como mercado independiente, se presentaran acuerdos contrarios a libre competencia por las características propias del proceso de contratación.

De esta manera, las coincidencias denotadas en las ofertas de los proponentes **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, revisten las características propias de las señales de advertencia catalogadas por esta Entidad como indicativas de colusión y al no tener en principio justificación razonable, apreciadas en conjunto son suficientemente significativas para abrir una investigación formal y formular pliego de cargos, al considerar que la falta de independencia entre los participantes en un proceso de selección adelantado por el Estado lesiona los postulados básicos de las normas de competencia.

En tal sentido procederá esta Delegatura a abrir investigación formal y a formular pliego de cargos para establecer si las conductas descritas durante el proceso de selección No. **SA-UAC-SI-02-2012** de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** afectaron la libre competencia, para lo cual procede a determinar las disposiciones normativas que pudieron ser infringidas por parte de los investigados.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que esta Delegatura se permite señalar que conforme lo disponen los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, corresponde a la **SIC** en ejercicio de sus funciones, vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales respecto de todo agente que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica; y en el presente caso las dos fundaciones reseñadas, son posibles infractores al régimen de competencia, y actúan en el mercado en calidad de comerciantes, que ofrecen sus bienes y/o servicios a Entidades estatales.

Dado lo expuesto en el presente acto y, a partir del análisis de la información recaudada en desarrollo de la actuación administrativa que nos ocupa, esta Delegatura considera que existen elementos de prueba suficientes para imputar la posible realización de conductas anticompetitivas, y que las circunstancias referidas en los considerandos anteriores prestan mérito suficiente para iniciar una investigación formal y formular pliego de cargos, por las siguientes conductas:

27.1. DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS PRESUNTAMENTE REALIZADAS

De la descripción de los hechos encontrados en la etapa de averiguación preliminar, así como de las pruebas acopiadas en la misma es posible establecer la posible realización de conductas anticompetitivas.

Específicamente, deberá investigarse la posible realización de acuerdos anticompetitivos en la modalidad de colusión en procesos de selección contractual, previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Igualmente considera esta Delegatura que, de contera, se pudo haber infringido la cláusula general de competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por último y en cuanto a la participación de las personas naturales que pudieron haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas endilgadas, deberá para

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

cada una de las que resulten vinculadas, establecerse su grado de responsabilidad de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

27.1.1. La prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

La Constitución Política Colombiana en su artículo 333 dispone, "la libre competencia económica" como un derecho cuya guarda corresponde al Estado. El régimen de protección de la competencia tiene su primer desarrollo, aún vigente, en el artículo 1 de la Ley 155 del 14 de diciembre de 1959 modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963⁶⁸, que constituye a su vez una prohibición general, cuya finalidad no es otra que servir de fundamento legal para tipificar aquellas conductas o prácticas que no se encuentren descritas en otros preceptos normativos del régimen general de protección de la libre competencia, pero que, por su naturaleza, características, contexto y otras particularidades, tiendan a limitar o ciertamente afecten la libre competencia.

Así, al ser esta una disposición que no tiene una descripción detallada de la conducta sancionable, la Autoridad de Competencia cuenta con un amplio margen al momento de efectuar la adecuación tipifica de la misma, que deberá tener en cuenta la intención ilegítima del presunto infractor y la idoneidad de la conducta para limitar la libre competencia; o, por otro lado, acreditar la generación de efectos nocivos para la competencia en los mercados.

Ahora bien, de lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se desprenden tres (3) prohibiciones:

- a) Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros.
- b) Las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.
- c) Prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Sobre el particular, esta Delegatura considera necesario establecer el alcance que tiene el término "tendientes" dentro del texto de la norma en comento. Pues bien, la expresión "tendientes" implica que son sancionables aquellas conductas que tengan como fin o propósito limitar la libre competencia en los mercados, así como también aquellas que sean idóneas, por su naturaleza y/o características para limitar la libre competencia.

La disposición normativa explicada es consistente con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 conforme al cual "están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."

Cabe resaltar que cualquier infracción constitutiva de acuerdo, abuso o acto anticompetitivo, según las descripciones específicas previstas en el Decreto 2153 de 1992, trae por consecuencia la infracción de la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; al tiempo que se podrán identificar conductas que sin estar descritas en el Decreto 2153 de 1992, infrinjan la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por tener como fin o propósito el limitar la libre competencia en los mercados y ser idóneas para ello.

Ahora bien, frente a los hechos e indicios descritos en los acápite anteriores, considera este Despacho que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** habrían incurrido en la infracción al realizar diferentes actuaciones encaminadas a falsear el juego de la libre competencia, en el proceso Selección Abreviada por Subasta Inversa No. **SA- SI-002 de 2012**, cursado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, ya que al parecer, fueron utilizados de manera indebida los mecanismos propios del sistema de contratación estatal colombiano, con el fin de lograr de manera anticompetitiva, la adjudicación de dicho proceso.

⁶⁸Este artículo fue modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

6

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

27.1.2. De la colusión en las licitaciones públicas

El régimen de protección de la libre competencia tiene como objetivo velar por el interés general y la estabilidad de los mercados, para fomentar entre otros, la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado, en razón de los bienes y servicios que éste demanda para el cumplimiento de sus fines.

En particular, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, prohibió aquellas conductas 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."*

Tal como indica el lenguaje usado por el legislador, dicha disposición normativa describe dos tipos de conductas anticompetitivas, bajo el mismo artículo. En primer lugar, 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) la distribución de concursos o; iii) la fijación de términos de las propuestas.

En este orden de ideas, para que la conducta adelantada por los agentes que participan en un mismo proceso de selección sea considerada anticompetitiva, reprochable y contraria a la libre competencia, y de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es necesario que exista un comportamiento de dos o más sujetos que lleguen a un acuerdo encaminado a afectar el proceso competitivo de selección contractual adelantado por el Estado en su condición de consumidor de bienes y servicios.

Al respecto vale la pena detenerse en la definición de acuerdo, aplicada en el contexto normativo del régimen de protección de la competencia. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae las definiciones aplicables a la materia, y en su numeral 1 expone:

"Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas".

Así pues, en el marco de las normas de protección de la competencia, resulta palmario que tanto el objeto, como el efecto producido por los acuerdos restrictivos de la competencia son reprochables y por lo tanto sancionables. Es por esto que aquellos acuerdos en los que se busque alterar la libre competencia y no se logre concretar dicho cometido, serán sancionados por objeto y la misma suerte tendrán aquellos en los que independientemente de la voluntad de las partes, se afecte la competencia en el mercado, siempre que la conducta sea idónea para ello.

En concordancia con lo anterior, dado que es la norma por sí misma la que imprime la vocación de afectación de las conductas anticompetitivas por objeto, no es necesaria la producción definitiva del efecto distorsionador puesto que el aspecto volitivo claramente manifestado y probado ya se erige como un comportamiento censurable sujeto de sanción.

Frente a lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que:

"Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios -sea cual sea su naturaleza- es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios."

*Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"*⁶⁹. (Subrayado fuera de texto).

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 00365-01.

W

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

En consecuencia, cualquier forma de acuerdo que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de contratación estatal para que los mismos sean iguales y transparentes para todos los participantes al momento de la asignación de las licitaciones, resulta no solo violatoria de las normas sobre libre competencia, sino que también se encuentra en contravía de los principios fundamentales de la contratación estatal: transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad.

Ahora, para el caso en concreto y a partir de la información y los análisis presentados en los acápites anteriores, entiende esta Delegatura que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** presuntamente, concertaron y ejecutaron un acuerdo colusorio mediante la presentación simultánea de dos (2) propuestas aparentemente independientes, cuando en realidad buscaban falsear la competencia en el mercado, por cuanto actuaban como un mismo proponente. Lo anterior, con el aparente fin de manipular el proceso de selección acreditándose como proponentes ciertos y potenciales adjudicatarios del proceso, y alterar el ejercicio competitivo que debía darse en razón de la subasta inversa que cursaría la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** como mecanismo de adjudicación.

27.1.3. Colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de las conductas anticompetitivas

En primera instancia, es importante recordar que la **SIC** se encuentra plenamente facultada para imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal administrativa, multas hasta por un equivalente a DOS MIL (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción.

En efecto, el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley."

De igual manera, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala que:

"ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. (...) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)."

Como se puede apreciar, las normas trascritas permiten establecer que la responsabilidad personal que se encuentra legalmente establecida en cabeza de las personas naturales, puede originarse tanto en un hecho positivo como en un hecho negativo, es decir, que una manifestación externa, así como un comportamiento omisivo del agente presuntamente implicado en la conducta anticompetitiva, es susceptible de ser sancionada en cumplimiento de las facultades otorgadas a la **SIC**. Al respecto, esta Superintendencia ya se ha manifestado en los siguientes términos:

*"Es claro, entonces, la posición doctrinaria de esta Entidad cuando reconoce que la conducta endilgada a las personas naturales en su calidad de representantes legales, puede basarse en la omisión, entendida como el no intervenir para evitar, prevenir o corregir la conducta principal, conociendo de su realización."*⁷⁰

⁷⁰ Resolución No. 46111 de 2011.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Ahora bien, y si se analiza el tipo objetivo contemplado en las normas citadas, lo que es susceptible de generar una posible sanción es la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de una conducta restrictiva; así, se puede concluir que la responsabilidad de las personas naturales puede derivarse de la comisión de cualquiera de los comportamientos expresados en los citados verbos rectores.

De esta forma, la Delegatura considera procedente explicar de manera sucinta en qué consiste cada uno de los verbos rectores que conforman el tipo objetivo previamente citado.

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española colaborar significa *"trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra."* De la anterior definición es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o una determinada labor.

Facilitar significa *"hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin"*. Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción.

Autorizar significa *"dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo"*. Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción.

Ejecutar significa *"poner por obra algo"*. La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material de un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea.

Tolerar significa *"permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente"*. Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento.

Así, al observar las múltiples posibilidades que ofrece la tipología descrita, y que la persona jurídica no se encuentra en la posibilidad fáctica para determinar sus decisiones por sí misma sino a través de sus administradores, es válido indicar que si los agentes económicos han incurrido en la transgresión de las normas sobre protección de la competencia, los representantes legales, así como los demás administradores, también podrían estar involucrados en las infracciones, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las mismas.

En este contexto, la responsabilidad de las personas naturales se circunscribe al margen de acción delimitado por las funciones de administración de una empresa. Así las cosas, colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar una conducta, son comportamientos que generalmente provienen de aquellos sujetos con facultades directivas y/o a funcionarios con la calidad de administradores.

En el presente caso, y con base en la información recaudada por esta Delegatura, se considera que existe mérito para abrir investigación y formular pliego de cargos contra los representantes legales de las fundaciones investigadas de conformidad con el acervo probatorio recaudado a la fecha y que hayan, presuntamente, colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas contempladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De manera puntual se tiene que conforme con lo señalado en el presente acto administrativo las siguientes personas naturales aparentemente fueron partícipes de la realización de prácticas restrictivas de la competencia: **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** y **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** en su calidad de representantes legales de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

respectivamente, y sobre las cuales recaen unos deberes fiduciarios⁷¹, pudieron haber infringido la norma citada anteriormente al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar los comportamientos descritos a lo largo del presente acto en el proceso No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que con fundamento en lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009⁷² y el Decreto 1523 de 2015 las personas vinculadas por medio de este acto administrativo, cuentan con la posibilidad de acceder a los beneficios por colaboración previstos en dichas normas.

VIGÉSIMO NOVENO: Que de conformidad con lo previsto los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados respectivamente por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, se procede a indicar las posibles sanciones y medidas a que podrían verse sometidos los investigados, así:

29.1. SANCIONES PARA LOS AGENTES DE MERCADO

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, los agentes del mercado, en este caso, la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL** identificada con NIT: 806.006.013-7 y la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** identificada con el NIT: 806.006.079-2, a quienes se les demuestre la realización de conductas contrarias a la libre competencia, conforme con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, podrán ser sancionados con multas hasta de CIENTO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV) o, si resulta ser mayor, hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta.

⁷¹ El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones." y el artículo 23 de la misma Ley estipula que

"Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. "

⁷² **ARTÍCULO 14. BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD.** La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.

2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

29.2. SANCIONES A PERSONAS NATURALES EN CALIDAD DE ADMINISTRADORES

Las señoras **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.094.246.204 y **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** identificada con la cédula de ciudadanía No. 57.297.688, como personas naturales podrán ser sancionadas con multas hasta por el equivalente a DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV), en caso de demostrarse que colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las infracciones objeto de investigación.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS para determinar si los siguientes agentes del mercado actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y en el numeral 9 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el proceso de selección abreviada subasta inversa No. **SA- SI-002 de 2012:**

NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	IDENTIFICACIÓN
FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL	NIT: 806.006.013-7
FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO	NIT: 806.006.079-2

ARTÍCULO 2: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS para determinar si las siguientes personas naturales actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el proceso de selección abreviada subasta inversa No. **SA- SI-002 de 2012:**

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN	CONDICIÓN
JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ	CC: 57.297.688	REPRESENTANTE LEGAL DE LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD PARA LA ÉPOCA EN QUE SE DESARROLLO LA SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA NO. SA-UAC-SI-02-2012
DARLY JOHANA ASIS PADILLA	CC: 1.094.246.204	REPRESENTANTE LEGAL DE LA FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO PARA LA ÉPOCA EN QUE SE DESARROLLO LA SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA NO. SA-UAC-SI-02-2012

ARTÍCULO 3: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a las siguientes personas, entregándole copia de la misma para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto, soliciten o aporten las pruebas que pretendan hacer valer dentro de la investigación:

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL	NIT: 806.006.013-7
FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO	NIT: 806.006.079-2
JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ	CC: 57.297.688
DARLY JOHANA ASIS PADILLA	CC: 1.094.246.204

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por artículo 158 el Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO 4: ORDENAR a la Dirección de Tecnología e Informática de la Superintendencia de Industria y Comercio, la publicación en la página web de la Entidad el siguiente aviso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, las personas naturales y jurídicas, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ, DARLY JOHANA ASIS PADILLA, FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL** y la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** informan que: Mediante Resolución _____ expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra de las personas naturales y jurídicas arriba enlistadas, por presuntas infracciones al régimen sobre protección de la competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Según la decisión de la autoridad, se les investiga por presuntamente haber realizado un acuerdo colusorio encaminado a obtener la adjudicación del contrato resultante del proceso de Selección Abreviada por Subasta Inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012** adelantado por la **ALCALDÍA DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**.*

Por lo tanto, en los términos previstos por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 157 del Decreto 09 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer, al expediente radicado con el número 12-191859, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio."

ARTÍCULO 5: ORDENAR a los investigados que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por artículo 156 el Decreto 019 de 2012, la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación regional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, las personas naturales y jurídicas, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ, DARLY JOHANA ASIS PADILLA, FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL** y la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** informan que Mediante Resolución _____ expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra de las personas naturales y jurídicas arriba enlistadas, por presuntas infracciones al régimen sobre protección de la competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Según la decisión de la autoridad, se les investiga por presuntamente haber realizado un acuerdo colusorio encaminado a obtener la adjudicación del contrato resultante del proceso de Selección Abreviada por Subasta Inversa No. **SA-UAC-SI-02-2012** adelantado por la **ALCALDÍA DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**.*

Por lo tanto, en los términos previstos por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 157 del Decreto 09 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer, al expediente radicado con el número 12-191859, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio."

ARTÍCULO 6: COMUNICAR el presente acto administrativo a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para que en virtud de lo consagrado en el artículo 410 A del Código Penal, examine lo de su competencia.

ARTÍCULO 7: COMUNICAR el presente acto administrativo a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

ARTÍCULO 8: En contra de la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, concordante con el 20 de la Ley 1340 de 2009.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

16 DIC 2015

Dada en Bogotá, D.C., a los

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

NOTIFICAR:

Señora
JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ
CC: 57.297.688
Manzana 7 S C 6 Barrio Garagoa
SANTA MARTA - MAGDALENA

Señora
DARLY JOHANA ASIS PADILLA
CC: 1.094.246.204
Barrio la Pajuela Calle 23 No. 30-31
SINCELEJO - SUCRE

Señores
FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL
NIT: 806.006.013-7
osyce@hotmail.com
Calle 26 No. 22-139
CARTAGENA DE INDIAS - BOLÍVAR
Representante Legal
JOHN ALBERT ARVILLA TORRES

Señores
FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO
NIT: 806.006.079-2
fundaemprendiendo@hotmail.com
Calle 2da de Badillo No. 36-95 Edificio Comibol Oficina 112 Barrio Centro.
CARTAGENA DE INDIAS - BOLÍVAR
Representante Legal
DARWIN JOSÉ DURANGO MURILLO

COMUNICAR:

Señores
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Diagonal 22 B No. 52 - 01 Ciudad Salitre
BOGOTÁ D.C.

Señores
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Carrera 9 No. 12C-10
BOGOTÁ D.C.

Elaboró: D.S. / J.P.
Revisó: M.R. *Mecoz*
Aprobó: J.S.