



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 35120** DE 2017

Radicación 12-227731

16 JUN. 2017

VERSIÓN PÚBLICA

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992<sup>1</sup>, el Decreto 4886 de 2011<sup>2</sup> y la Resolución 0797 de 2017, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la presente actuación administrativa se inició a partir de la queja presentada por el Director Administrativo de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL** (en adelante **AEROCIVIL**), mediante comunicación radicada con el No. 12-227731-0 del 17 de diciembre de 2012<sup>3</sup>, en la que se advirtió a la Superintendencia de Industria y Comercio de la posible existencia de una conducta colusoria entre los proponentes **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONSORCIO C Y M**, integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA.**, (en adelante **CONGETER**) evidenciada porque **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** tenía el 90% de la participación del **CONSORCIO C Y M** y, por lo tanto, habría presentado dos propuestas para el proceso de selección contractual No. 12000027 OS de 2012.

Durante el desarrollo del proceso de selección citado, el proponente **ACUATÉCNICA LTDA.** (en adelante **ACUATÉCNICA**) formuló observaciones en las que precisó que, en su concepto, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA** (en adelante **CONSORCIO AEROPLANTAS**), integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA** (en adelante **COOPNAL**), eran un mismo proponente porque en las correspondientes pólizas de seriedad de sus ofertas se indicaron los mismos datos de contacto y, además, en los tres documentos "aparece" **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

**SEGUNDO:** Que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la Delegatura), mediante la Resolución No. 50700 de 2013 señaló que se encontraron elementos de juicio suficientes para iniciar investigación formal e imputar pliego de cargos contra **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, **COOPNAL**, **CONGETER** y **CONSORCIO AEROPLANTAS**, como agentes del mercado, por presuntamente sostener un comportamiento coordinado encaminado a distorsionar la competencia en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, con lo que habrían incurrido en la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) y, en consecuencia, también habrían violado la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En relación con las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado investigados, en el acto administrativo la Delegatura afirmó que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, **CÉSAR JULIO VERA PARADA** y **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos restrictivos de la libre competencia económica ya referidos y que, por lo tanto, habrían incurrido en los comportamientos

<sup>1</sup> Modificado por el Decreto 19 de 2012.

<sup>2</sup> Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

<sup>3</sup> Folio 1 al 7 del Cuaderno Público No. 1.

sancionables previstos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

**TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y, corridos los términos para solicitar y aportar pruebas<sup>4</sup>, dos de los investigados presentaron sus descargos mediante los documentos con radicados con Nos. 12-227731-59<sup>5</sup> del 1 de octubre de 2013 y 12-227731-61<sup>6</sup> del 11 de octubre de 2013.

**CUARTO:** Que mediante la Resolución No. 73030 del 2 de diciembre de 2014<sup>7</sup>, adicionada por las Resoluciones Nos. 7332 del 25 de febrero de 2015<sup>8</sup>, 29622 del 2 de junio de 2015<sup>9</sup> y 52793 del 27 de agosto de 2015<sup>10</sup>, la Delegatura decretó las pruebas solicitadas por los investigados y otras de oficio, que consideró pertinentes y conducentes. Es importante precisar que la totalidad de las pruebas decretadas fueron practicadas, salvo aquellas de las cuales se prescindió o cuyo desistimiento fue aceptado mediante la Resolución No. 52793 del 27 de agosto de 2015 y la Resolución No. 747 del 19 de enero de 2016<sup>11</sup>.

**QUINTO:** Que luego de culminar la etapa probatoria y realizada la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")<sup>12</sup> en el cual recomendó:

(i) Sobre los agentes del mercado:

- Declarar responsable y sancionar a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Declarar responsable y sancionar a **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Declarar responsable y sancionar a **COOPNAL** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Declarar responsable y sancionar a **CONGETER** porque está demostrado que incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Archivar la investigación en favor del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, pues si bien el Consejo de Estado ha precisado que un consorcio está legalmente facultado para concurrir mediante su Representante Legal a procesos judiciales<sup>13</sup>, lo cierto es que al carecer de personalidad jurídica, no es posible atribuirle las consecuencias de las decisiones adoptadas por las personas

<sup>4</sup> Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

<sup>5</sup> Folio 1166 a 1183 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>6</sup> Folio 1188 a 1208 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>7</sup> Folio 1236 a folio 1253 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>8</sup> Folio 1520 a 1522 del Cuaderno Público No. 8.

<sup>9</sup> Folio 1588 a 1590 del Cuaderno Público No. 8.

<sup>10</sup> Folio 1718 a 1721 del Cuaderno Público No. 9.

<sup>11</sup> Folio 1807 a 1810 del Cuaderno Público No. 9.

<sup>12</sup> Mediante memorando No. 12-227731-247-2 del 28 de abril de 2017.

<sup>13</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación No. 19933 del 25 de septiembre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo.

integrantes de ese tipo de estructura plural. Así las cosas, dado que en este caso fueron vinculados como investigados **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**, esto es, los dos miembros del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, y teniendo en cuenta que en relación con esos dos agentes del mercado se ha recomendado la declaración de responsabilidad y la consecuente imposición de multas, es claro que, además de improcedente, no es necesario declarar responsable al consorcio ni imponerle una sanción adicional a las que recaerían sobre sus integrantes individualmente considerados.

(ii) Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado investigados:

- Declarar responsable y sancionar a **SANDRO WALTER CARRILLO TORRES**, Representante Legal de **COOPNAL**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Declarar responsable y sancionar a **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, Representante Legal de **CONGETER**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Archivar la investigación en favor de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** respecto de la imputación que estuvo fundada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### 5.1. Consideraciones de la Delegatura respecto del proceso de selección contractual No. 1200027 OS de 2012 adelantado por la AEROCIVIL

La Delegatura describió el proceso de selección contractual y precisó su objeto, que consistía en lo siguiente:

*"CONTRATAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE, RESIDUAL E INDUSTRIAL DE LOS AEROPUERTOS DE LA REGIONAL CUNDINAMARCA, REGIONAL VALLE, REGIONAL META Y REGIONAL NORTE DE SANTANDER"*<sup>14</sup>.

Para el desarrollo del objeto contractual, la **AEROCIVIL** estableció una disponibilidad presupuestal de \$953.494.424<sup>15</sup> y discriminó en 3 ítems las zonas en las que debía prestarse el servicio contratado. Los ítems son los que se presentan a continuación:

#### Ítems que integran el proceso de selección No. 1200027 OS de 2012

Ítem No. 1	PRESTACION (sic) DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE, RESIDUAL E INDUSTRIAL DE LOS AEROPUERTOS DE LA REGIONAL VALLE.	\$370,173,485
Ítem No. 2	PRESTACION (sic) DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE, RESIDUAL E INDUSTRIAL DE LOS AEROPUERTOS DE LA REGIONAL CUNDINAMARCA	\$365,890,279
Ítem No. 3	PRESTACION (sic) DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE, RESIDUAL E INDUSTRIAL DE LOS AEROPUERTOS DE LA REGIONAL META Y NORTE DE SANTANDER	\$217,430,660

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso<sup>16</sup>.

Los proponentes que participaron en el proceso de selección fueron **SERINGCA LTDA.** (en adelante **SERINGCA**), **ACUATÉCNICA**, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** (integrado por los investigados **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) y **CONSORCIO**

<sup>14</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

<sup>15</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

<sup>16</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

**AEROPLANTAS** (integrado por los investigados **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**).

Dentro del trámite de las observaciones, la **AEROCIVIL** decidió tener en cuenta las ofertas de los proponentes investigados y determinó mantenerlos habilitados para aplicar la ponderación de los factores de escogencia establecidos en el respectivo pliego de condiciones.

Finalmente, como resultado del proceso de selección contractual la **AEROCIVIL** adjudicó los ítems correspondientes de la siguiente forma:

**Adjudicación de los ítems del proceso de selección No. 1200027 OS de 2012**

NUMERO DE ÍTEM	DESCRIPCIÓN DEL ÍTEM	PROPONENTE AL QUE SE LE ADJUDICA	VALOR DE LA ADJUDICACIÓN (INCLUIDO IVA)
ÍTEM NO. 1	REGIONAL VALLE: EN LOS AEROPUERTOS DE ARMENIA, BUENAVENTURA, GUAPI, IPIALES, PASTO Y TUMACÓ.	SERINGCA LTDA	\$357,849,560,00
ÍTEM NO. 2	REGIONAL CUNDINAMARCA: EN LOS AEROPUERTOS DE FLORENCIA, IBAGUÉ, LETICIA, PUERTO ASIS, SAN VICENTE Y VILLAGARZÓN.	CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA	\$338,743,780,00
ÍTEM NO. 3	REGIONAL META Y NORTE DE SANTANDER: EN LOS AEROPUERTOS DE VILLAVICENCIO, YOPAL, ARAUCA Y OCAÑA.	ACUATÉCNICALTDA	\$211,776,560,00

Fuente: Resolución No. 03837 del 13 de julio de 2012 expedida por la **AEROCIVIL**<sup>17</sup>.

**5.2. Consideraciones de la Delegatura respecto del actuar de los investigados en el proceso de selección contractual No. 1200027 OS de 2012 adelantado por la AEROCIVIL**

Una vez descrito el proceso de selección, la Delegatura resaltó una serie de circunstancias que podrían indicar la existencia de un comportamiento coordinado entre los agentes del mercado investigados en el marco del proceso de selección No. 1200027 OS de 2012.

De acuerdo con lo señalado por la Delegatura: (i) **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** (proponente individual e integrante del **CONSORCIO C Y M**) y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** (integrante del **CONSORCIO AEROPLANTAS**) registraron la misma dirección de domicilio en el Registro Único de Proponentes; (ii) existen similitudes en las pólizas de seriedad de las ofertas formuladas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS**; (iii) con fundamento en el formato No. 6 de la oferta de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** –contenido de la certificación de pago de aportes parafiscales y al sistema de seguridad social–, se llamó la atención acerca de que al momento de la presentación de las ofertas **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** (integrante del **CONSORCIO AEROPLANTAS**) tenía una vinculación laboral con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, y (iv) los agentes de mercado investigados actuaron como aparentes competidores en todos los ítems constitutivos del proceso de selección No. 1200027 OS de 2012, objeto de investigación. En el ítem No. 1 aparentaron competir el **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) y el **CONSORCIO AEROPLANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**), mientras que en los ítems No. 2 y 3 este compitió supuestamente con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, quien actuó como proponente individual.

**5.3. Consideraciones de la Delegatura sobre la relación entre BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN y GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**

La Delegatura resaltó que entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** existía un fuerte vínculo comercial que se consolidó con bastante antelación al proceso de selección No. 1200027 OS de 2012 de la **AEROCIVIL** y que se mantuvo durante todo el trámite de ese proceso. En efecto, con base en las declaraciones rendidas por los investigados, estos compartían oficinas, secretaria y asumían conjuntamente los gastos asociados al funcionamiento operativo de la oficina, tales como el arrendamiento y el pago de servicios públicos.

Del mismo modo, señaló la Delegatura que los investigados concurren frecuentemente en varios procesos de selección adelantados por la **AEROCIVIL** como integrantes de las mismas estructuras plurales y participaron, como supuestos competidores en el marco de otros procesos. Lo anterior, fue corroborado a través de varios correos electrónicos que demostraron el fuerte

<sup>17</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

vínculo comercial que existía entre los investigados, el cual no era temporal u ocasional para un proceso de selección específico, sino que tenía vocación de permanencia.

Debido al fuerte vínculo comercial señalado, era frecuente que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** contratara a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** como director de obra en aquellos procesos de selección contractual en los que aquel resultaba adjudicatario.

Adicionalmente, la Delegatura comprobó que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** era la persona encargada de gestionar los negocios de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y que dicha gestión tenía lugar, incluso cuando ellos se presentaban en los procesos de selección como aparentes competidores. En esos casos **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** también era el encargado de gestionar lo necesario para que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** cumpliera los requisitos indispensables para participar en el proceso de selección correspondiente.

En consecuencia, la Delegatura concluyó que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se comportaron igual, tanto en un contexto de colaboración enmarcado en una participación conjunta en la misma estructura plural, como en un contexto de supuesta autonomía derivada de su participación en condición de aparentes competidores.

#### **5.4. Consideraciones de la Delegatura sobre el comportamiento coordinado de los investigados en el marco del proceso de selección No. 1200027 OS de 2012**

Una vez expuestos los vínculos comerciales y la relación que sostenían **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, la Delegatura procedió a exponer las pruebas que demuestran que el comportamiento de los investigados durante todas las etapas del proceso de selección se llevó a cabo de manera coordinada.

Dentro del acervo probatorio que recaudó la Delegatura se encontró:

(i) Que la elaboración de los documentos de conformación del **CONSORCIO C Y M** y del **CONSORCIO AEROPLANTAS** se llevó a cabo de manera coordinada de acuerdo con los correos electrónicos obtenidos y en los que se evidenciaron, en las propiedades de los archivos del programa Microsoft Word de los acuerdos consorciales, varias similitudes relativas a su creación y modificación.

(ii) Que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** adelantaron de manera coordinada la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios para participar y, en particular, la negociación y obtención de las pólizas de seriedad de las ofertas correspondientes.

(iii) Que existió una coordinación propia de un acuerdo colusorio entre los investigados al momento de establecer la forma en que presentarían sus observaciones al informe de evaluación y asumirían la defensa de sus ofertas toda vez que, a pesar de que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** contaba con un correo electrónico propio para esa época, era **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** el encargado de recibir las observaciones que el primero debía realizar.

(iv) Que el cronograma de trabajo de las ofertas y los costos establecidos en las propuestas para varios factores, demuestran que no había manera en que esas ofertas fueran idénticas si no era porque se hicieron simultáneamente o porque ambos proponentes conocían perfectamente el contenido de la oferta del supuesto competidor.

Asimismo, la Delegatura comprobó que las propuestas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** contenían evidentes similitudes en lo relacionado con la tabla índice y que las propuestas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** acreditaron el mismo laboratorio que iba a prestar el servicio de análisis de muestras de aguas, lo cual contrasta con las certificaciones presentadas por otros proponentes como **SERINGCA** y **ACUATÉCNICA**.

(v) Que de la declaración rendida por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, el análisis de la participación de los investigados en los dos procesos de selección con objeto idéntico que adelantó la **AEROCIVIL** los dos años inmediatamente anteriores a aquel en el que tuvo lugar el proceso de selección No. 1200027 OS de 2012 y los valores de las ofertas económicas

presentadas en éste último proceso, evidenciaron que el comportamiento de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** ha estado caracterizado por unos patrones relevantes para la determinación de las ofertas económicas en cada uno de los procesos de selección, representados en contener valores muy cercanos en comparación de los presentados por sus competidores y en turnarse para determinar quién, de entre los dos, presentaría la oferta con un valor inferior, de manera que ese proponente, además de colocar su oferta en un rango en el que podría ubicarse la media elegida, pudiera estar favorecido en caso de que el mecanismo de adjudicación determinado aleatoriamente por la entidad contratante terminara siendo el menor precio calculado.

#### **5.5. Consideraciones de la Delegatura sobre la responsabilidad de BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN y GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**

La Delegatura señaló que el comportamiento coordinado de los agentes del mercado **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en el marco de todas las etapas del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, reunió los elementos de configuración del comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de selección contractual) y, en consecuencia, recomendó que se imponga una sanción en los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

#### **5.6. Consideraciones de la Delegatura respecto del comportamiento de COOPNAL y CONGETER**

En concepto de la Delegatura, **COOPNAL** y **CONGETER** deben ser considerados responsables del mismo comportamiento anticompetitivo realizado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** toda vez que su función, en el marco del **CONSORCIO C Y M** y del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, consistió en aportar su capacidad financiera y su experiencia con el propósito de que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** completaran los requisitos necesarios para participar en el proceso de selección. Una vez garantizada la entrada de las referidas personas naturales al proceso de selección, serían ellas las encargadas de todas las actuaciones en el marco de ese trámite y, de ser el caso, quienes estarían a cargo de la ejecución del contrato correspondiente. A cambio de garantizar la entrada de las personas naturales al proceso de selección, **COOPNAL** y **CONGETER** recibirían una remuneración pactada con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

En ese contexto, la Delegatura considera que **COOPNAL** y **CONGETER** deberían ser declarados responsables por el mismo comportamiento coordinado desarrollado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en la medida que participaron en elementos determinantes para la configuración del acuerdo anticompetitivo y concluye que son responsables por haber desarrollado el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

#### **5.7. Consideraciones de la Delegatura sobre la responsabilidad del CONSORCIO AEROPLANTAS**

La Delegatura acudió a la jurisprudencia<sup>18</sup> para precisar que si bien a un consorcio, a pesar de carecer de personalidad jurídica, se le reconoce capacidad para ser parte, no significa que las consecuencias de las decisiones adoptadas recaigan sobre las personas diferentes a aquellas que lo integran. Por ello, en el entendido que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**, como integrantes del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, fueron vinculados a la investigación y se ha recomendado en su contra la declaración de responsabilidad, la Delegatura considera improcedente declarar responsable al consorcio por la práctica anticompetitiva objeto de la presente investigación.

#### **5.8. Consideraciones de la Delegatura sobre la responsabilidad de las personas vinculadas con los agentes del mercado**

##### **5.8.1. Respecto de GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**

<sup>18</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación No. 19933 del 25 de septiembre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo.

La Delegatura encontró pruebas que expuso en los numerales 4.2 y 4.3 del Informe Motivado que dan cuenta de que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, es responsable por su participación en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en su calidad de agente económico, pero respecto de la segunda imputación contenida en el acto de Apertura, no sucedió lo propio, es decir, no se detectaron pruebas para concluir que el investigado colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró el acuerdo anticompetitivo por lo cual recomendó que no se declare responsable al investigado con base en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### 5.8.2. Respecto de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, Representante Legal de **COOPNAL**

La Delegatura señaló que las pruebas expuestas en el numeral 4.1. del Informe Motivado, el documento de conformación del **CONSORCIO AEROPLANTAS** para el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012<sup>19</sup> y la declaración de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, que afirmó que para conformar un consorcio con **COOPNAL** negocia las condiciones de la participación conjunta con el Representante Legal de la persona jurídica<sup>20</sup>, demuestran que **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** determinó la participación de **COOPNAL** en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica.

Del mismo modo, afirmó la Delegatura que **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** al ser el Representante Legal de **COOPNAL** y al tener conocimiento de la práctica restrictiva cuestionada, tenía la capacidad para impedirla o terminarla y, pese a ello, no solo no lo hizo, sino que dejó que se materializara y se benefició por su resultado, por lo cual toleró el comportamiento ilegal. En consecuencia, la Delegatura recomendó que se le declare responsable con base en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### 5.8.3. Respecto de **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, Representante Legal de **CONGETER**

La Delegatura señaló que las pruebas expuestas en el numeral 4.1. del Informe Motivado, el documento de conformación del **CONSORCIO C Y M** para el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012<sup>21</sup> y la declaración de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, que afirmó que para conformar un consorcio con **CONGETER** negocia las condiciones de la participación conjunta con el "director" o "gerente" de la persona jurídica<sup>22</sup>, demuestran que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** determinó la participación de **CONGETER** en el acuerdo restrictivo de la competencia económica.

Del mismo modo, afirmó la Delegatura que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** al ser el Representante Legal de **CONGETER** y al tener conocimiento de la práctica restrictiva cuestionada, tenía la capacidad para impedirla o terminarla y, pese a ello, no solo no lo hizo, sino que dejó que se materializara y se benefició por su resultado, por lo cual toleró el comportamiento ilegal. En ese sentido, la Delegatura recomendó que se le declare responsable con base en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### 5.9. Consideraciones de la Delegatura sobre los fundamentos de defensa de los investigados

La Delegatura agregó algunas consideraciones respecto de los argumentos de defensa de los investigados y señaló que: (i) el comportamiento de los investigados se realizó con conocimiento de causa y su actuar sí pretendió concretar el acto ilícito; (ii) no se cuestionó la modalidad de estructura plural sino el comportamiento de los investigados, que debía ser independiente y competitivo y además se desvirtuó por la Delegatura la afirmación según la cual se crearía una nueva causal de inhabilidad -la cual sólo deviene de la ley-; (iii) reconoce que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** intentó ganar el proceso de selección pero trató de hacerlo incurriendo en colusión; y, (iv) la facultad sancionatoria no caducó, ya que en el presente caso

<sup>19</sup> Folio 474 a 475 del Cuaderno Público No. 3.

<sup>20</sup> Folio 1329 a 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 9:30, 16:45 y 18:00).

<sup>21</sup> Folio 213 a 214 del Cuaderno Público No. 2.

<sup>22</sup> Folio 1343 y 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 52:00).

aplica lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y no lo previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTO:** Que, en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados y, dentro del término legal, algunos manifestaron sus observaciones al mismo. Los argumentos presentados por los investigados, se resumen a continuación:

#### 6.1. Observaciones planteadas por GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS<sup>23</sup>:

- Señaló que la Delegatura tomó un par de indicios y, con base en ellos, estructuró una teoría sobre la existencia de una falta que nunca tuvo lugar. Adicionalmente, señaló que un hecho "indicado" no constituye una prueba.
- El hecho de compartir un espacio físico, secretaria, gastos y adelantar trámites simultáneos, no prueba una conducta de colusión y tampoco prueba la existencia de un acuerdo al margen de la ley con el fin de obtener la adjudicación del proceso de selección. En ese sentido, se pueden tener relaciones comerciales con terceros y colegas para compartir gastos sin que exista colusión y que para probarla se requieren pruebas directas que generen certeza. En tal virtud, existen indicios citados en la Resolución de Apertura de Investigación que fueron comentados en el Informe Motivado y otros que no lo fueron y que además no fueron objeto de traslado y por ende de contradicción.
- El trabajo de investigación por indicios debe tener un hilo conductor y el análisis de la prueba indiciaria debe ser objetivo y no se puede convertir en un análisis subjetivo sin soporte que puede dar lugar a tomar partido por las apreciaciones igualmente subjetivas. Acudiendo al Código de Procedimiento Penal, afirmó que no existe prueba de la conducta imputada, por lo cual la misma es atípica y señaló que la teoría del caso se ha estructurado en meros y simples indicios.
- El "delito de colusión" que se pretende atribuir es de resultado y precisamente en el presente caso no existe resultado alguno ya que la investigación no ha identificado el daño, sino solo el sujeto que no ha exteriorizado ninguna conducta típica y punible y por ende no existiría un nexo causal.
- Se partió de una serie de eventos que, con la imaginación e impulso del investigador, se quieren presentar como soporte de la existencia del hecho indicado, lo cual no es cierto. Además, los indicios son débiles pues no hablan del conocimiento de los oferentes implicados con miras a hacer el acuerdo restrictivo.
- El cruce de información comercial entre los investigados no es prueba de la existencia del acuerdo colusorio y ninguna de las comunicaciones electrónicas deja al descubierto acuerdo alguno con el fin de obtener la adjudicación de un proceso licitatorio, con lo cual se descarta que la misma se realizara con "artimañas sucias". Las pruebas sobre las cuales se basa el Informe Motivado, solo establecen que los investigados se conocían y habían tenido un vínculo de naturaleza comercial o laboral.
- Respecto de la solicitud conjunta de las pólizas de seriedad, precisó que a menudo las personas que tienen relaciones comerciales se hacen favores, pero eso no prueba un acuerdo para restringir la presentación de los oferentes o direccionar la adjudicación de un proceso y, a partir de un correo electrónico, se hacen elucubraciones y se sacan conclusiones que no son ciertas. Adicionalmente, señaló que en el sector de la construcción las personas que se desempeñan como contratistas ejercen como Directores de Obra en proyectos propios o de terceros, lo que no es delito y sería un caso de subordinación entre empleador y empleado.
- El proceso contractual investigado fue adelantado en 2012 por la AEROCIVIL y es sobre este en el que debe hacerse el trabajo probatorio, por ello las afirmaciones sobre otros procesos no tienen entrada alguna pues no se hizo ninguna imputación y por ende no fueron objeto de controversia.

<sup>23</sup> Folios 1939 al 1946 del Cuaderno Público No. 10.

- Al proceso de selección acudieron otros oferentes que fueron adjudicatarios y con los cuales los investigados no tenían contacto alguno y si fuera a predicarse la existencia de un acuerdo colusorio, tendría que haberse acordado con aquellos la adjudicación, lo que no fue probado. Sostuvo que el proceso de selección tenía un sistema aleatorio de evaluación de la oferta económica por lo que pensar en un acuerdo a ese nivel para obtener un resultado, es una hipótesis de imposible ocurrencia. Por lo tanto, resulta muy complejo advertir la existencia de un acuerdo restrictivo a partir de un tema aleatorio que dependía de la suerte, por lo que consideró que es un *"contrasentido"* la conclusión a la que llegó la Delegatura.
- En el Informe Motivado es errada la percepción al señalar que los mecanismos de adjudicación no son absolutamente imprevisibles ni están sometidos al azar, puesto que sucede todo lo contrario dado que: (i) no es posible predecir el número de proponentes, ya que la entidad contratante antes de abrir el proceso de selección solicita a varios proveedores cotizaciones para realizar un estudio de mercado; (ii) son impredecibles *"los rangos de valores en el que podrían estar ubicadas las propuestas"* citados en el Informe Motivado debido a que existe un presupuesto oficial; (iii) existen tres mecanismos de adjudicación diferentes uno del otro fijados por la entidad contratante; y, (iv) tampoco es posible conocer previamente los valores de las ofertas de los demás oferentes toda vez que las mismas son entregadas en sobres sellados y cerrados a la entidad contratante que es la única que los manipula.
- La entidad contratante elaboró un pliego de condiciones ajustado a las normas de contratación con el fin de evitar que los oferentes realicen alianzas estratégicas que permitan el direccionamiento del proceso. Además, afirmó que en materia de contratación estatal ciertos comportamientos de los competidores y las estrategias estadísticas para la presentación de una oferta, hacen parte fundamental de la razón de ser de los procesos licitatorios y la labor propia de un proveedor de servicios.

## **6.2. Observaciones planteadas por SANDRO WALTER CARRILLO TORRES Y COOPNAL<sup>24</sup>:**

- Afirmó que se pretende tomar una decisión sancionatoria con fundamento solamente en indicios y sin contar con pruebas contundentes que demuestren que ha cometido algún acto en contra de la libre competencia.
- En toda negociación en el mercado, incluidas las licitaciones, suele discutirse entre los proponentes la creación del consorcio y cómo será el porcentaje de participación en el mismo para definir las utilidades y establecer las capacidades de experiencia y financieras que cada uno aportará. Consideró que es imposible que se entere de las *"movidas administrativas"* que realicen otros proponentes en un proceso de selección y que el hecho de conocer a los participantes de un mismo mercado, no significa que se unan con el ánimo de coludir.
- Las evidencias encontradas por la Delegatura y señaladas en el numeral 4.4 del Informe Motivado en cuanto a una *"prolongada relación comercial"* entre **COOPNAL** y **CONGETER** y el cruce de información comercial entre ellos, no son prueba de un acuerdo colusorio ni dejan al descubierto acuerdo alguno con el fin de obtener un beneficio económico o la adjudicación de un proceso licitatorio.
- Precisó que no tiene conocimiento de todos los *"actuales"* de los representantes de otras empresas, pues son personas naturales libres que toman las mejores decisiones para aquellas. El acervo probatorio debe recaer sobre el proceso de selección del año 2012 y no sobre todo su actuar como persona natural y como Gerente de **COOPNAL** y agregó que en el Informe Motivado se citan afirmaciones y procesos que no son materia de investigación.
- No se tuvieron en cuenta sus declaraciones sobre el conocimiento que tenía de presentar propuesta para algunas licitaciones en la **AEROCIVIL** y que el Informe Motivado ha basado sus apreciaciones en *"suposiciones"*, *"oídas, indicios e imprecisiones"* frente a una falta que nunca cometió, que crea *"falsas apreciaciones subjetivas y no hechos probados"* sin un hilo conductor.

<sup>24</sup> Folios 1947 al 1953 del Cuaderno Público No. 10.

## VERSIÓN PÚBLICA

- No se tuvieron en cuenta en la investigación otros oferentes que acudieron al proceso de selección con la **AEROCIVIL** y la Delegatura centró su objetivo en unos pocos oferentes y además que el proceso dependía de un sistema de fórmulas económicas donde era imposible conocer las demás ofertas económicas. Señaló que las entidades contratantes han venido reforzando mecanismos para evitar colusiones y que por los estudios de mercado previos al inicio de todo proceso de selección las empresas ya tienen conocimiento de su apertura.
- Es errada la percepción del Informe Motivado en cuanto a que los mecanismos de adjudicación no son imprevisibles y no están sometidos al azar ya que, en su concepto, es todo lo contrario en la medida en que no es posible predecir el número de proponentes, se cuenta con tres métodos totalmente diferentes de calificación, no es posible conocer previamente los valores de las ofertas por ser entregadas en sobres cerrados y sellados que sólo manipula la entidad contratante y los pliegos de condiciones son elaborados ajustándose a las normas de contratación que pretenden evitar el direccionamiento de los procesos de selección.
- De imponerse una sanción, debe ser la "mínima" toda vez que no han tenido movimientos económicos estables y la empresa se encuentra prácticamente inactiva.

**6.3. Observaciones planteadas por CONGETER<sup>25</sup>:**

- Se pretende tomar una decisión de fondo en la investigación con fundamento en simples indicios que no se acercan a la realidad y sin la existencia de plenas pruebas.
- En toda negociación en el mercado, incluidas las licitaciones, se discute entre los proponentes la creación del consorcio y cómo será el porcentaje de participación en el mismo con el fin de definir las utilidades y establecer las capacidades de experiencia y financieras que cada uno aportará al consorcio. Consideró que es imposible que se entere de las "movidas administrativas" que realicen otros proponentes en un proceso de selección y que el hecho de conocer a los participantes de un mismo mercado, no significa que se unan con el ánimo de coludir.
- Las evidencias encontradas por la Delegatura y señalas en el numeral 4.4 del Informe Motivado en cuanto a una "prolongada relación comercial" entre **COOPNAL** y **CONGETER** y el cruce de información comercial entre ellos, no son prueba de un acuerdo colusorio ni dejan al descubierto acuerdo alguno con el fin de obtener beneficio o la adjudicación de un proceso licitatorio.
- En ninguna de las comunicaciones electrónicas mencionadas en el numeral 4.4.2 literal b) del Informe Motivado se hace referencia al tema que ocupa la investigación ni dejan descubierto acuerdo alguno con el fin de obtener beneficio o la adjudicación de un proceso licitatorio lo cual descarta la posibilidad de "confabulación alguna" pues solo logran evidenciar que existía una relación comercial.
- En ningún momento dentro del Informe Motivado se encuentra plenamente establecida su participación directa en el desarrollo de los motivos materia de investigación y la Delegatura se basa en "oídas, indicios e imprecisiones". Los indicios no tienen un hilo conductor y por ende los hechos descritos en el Informe Motivado, no cumplen con los presupuestos legales para convertirse en hechos indicados.
- El resultado de la adjudicación del proceso de selección de la **AEROCIVIL** fue objetivo y se dio en "franca lid", lo cual es "obviado" por la Delegatura que centra sus objetivos en unos pocos oferentes y no en todos como debería ser el proceder exacto en este caso particular. Señaló que el proceso dependía de un sistema de fórmulas económicas en donde era imposible conocer las demás ofertas económicas y que las entidades contratantes han venido reforzando mecanismos para evitar colusiones y que por los estudios de mercado previos al inicio de todo proceso de selección las empresas ya tienen conocimiento de su apertura.
- Es errada la percepción del Informe Motivado en cuanto a que los mecanismos de adjudicación no son imprevisibles y no están sometidos al azar ya que, en su concepto, es todo lo contrario en la medida en que no es posible predecir el número de proponentes, se cuenta con tres

<sup>25</sup> Folios 1954 al 1959 del Cuaderno Público No. 10.

**VERSIÓN PÚBLICA**

métodos totalmente diferentes de calificación, no es posible conocer previamente los valores de las ofertas por ser entregadas en sobres cerrados y sellados que sólo manipula la entidad contratante y los pliegos de condiciones son elaborados ajustándose a las normas de contratación que pretenden evitar el direccionamiento de los procesos de selección.

**6.4. Observaciones planteadas por BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN<sup>26</sup>:**

- No se entiende por qué en el Informe Motivado se solicita archivar la investigación a favor del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y, por otra parte, se recomienda sancionarlo a él si la queja presentada es contra los dos.
- Consideró que se debe diferenciar entre la participación de dos empresas que se encuentran en una misma dirección de domicilio sin intención de violar una norma y otra es la intención de otros participantes que sí pretenden obtener un beneficio entre el uno y el otro y como conclusión violan las normas de la competencia.
- En los procesos licitatorios se encuentran parámetros que no pueden ser desbordados por los participantes y, por el contrario, todos se ciñen de manera estricta y clara a ellos por lo que, por una *"lógica natural"*, varios de los licitantes coincidirán en una narrativa de lo ofertado que no significa un preacuerdo entre ellos. Por lo tanto, que dos licitantes compartan gastos funcionales administrativos no significa que haya existido un preacuerdo para que alguno haya resultado favorecido en el proceso licitatorio y la Delegatura está *"juzgando con hechos a priori"*, subjetivando la conducta y calificándola con una *"extremada y desproporcionada rigidez más allá de la ortodoxia legal"*.
- No se explica el por qué el **CONSORCIO AEROPLANTAS** no ha sido declarado responsable si debe entenderse que la investigación debe efectuarse con el mismo *"racero"* para ambos en atención al principio universal y garantía constitucional de igualdad.
- No ha ocultado ni mentido en el proceso, puesto que estaba actuando convencido que su comportamiento estaba conforme con los parámetros legales y nunca se ha demostrado en la investigación que las dos partes se prepararon previamente para engañar a la **AEROCIVIL** ni a los demás proponentes, porque no se encontraron escritos dirigidos entre las partes. Agregó que la Delegatura, de manera subjetiva, ha hecho *"una inferencia"* que no resulta *"lógica y razonada ya que se parte de un paralogismo"* en la medida que en el pliego de condiciones no se les exigió a los proponentes adquirir las pólizas a compañías de seguros diferentes y domiciliadas en diferentes direcciones.
- Señaló que su participación en el proceso fue tan *"desprevenida"* que su propuesta fue rechazada y luego habilitada, pero, a pesar de ello, no ganó ni uno solo de los ítems del proceso razón por la cual no obtuvo ningún lucro con lo que quedaría exonerado de los cargos que se le imputan.
- La Delegatura se apartó de hechos y circunstancias reales para, en su lugar, dejar simples expectativas y jamás probar los acuerdos por los cuales lo responsabilizan y concluye afirmando que actuó, junto con el **CONSORCIO AEROPLANTAS**, con toda honestidad y sin ánimo de engañar.

**SÉPTIMO:** Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 8 de junio de 2017 sesionó el Consejo Asesor de Competencia<sup>27</sup>, el cual recomendó sancionar a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL y CONGETER**, como agentes del mercado, y a **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES y CÉSAR JULIO VERA PARADA**, como personas vinculadas con los agentes del mercado investigados.

Adicionalmente, recomendó archivar la investigación en favor del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y en favor de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, como persona natural.

<sup>26</sup> Folios 1960 al 1965 del Cuaderno Público No. 10.

<sup>27</sup> Acta No. 62 del Consejo Asesor de Competencia. Folios 2084 a 2087 del Cuaderno Público No. 10.

**OCTAVO:** Que, habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

### **8.1. Competencia funcional**

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención 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"*.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>28</sup> señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud *"[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal"*.

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

### **8.2. Marco Normativo**

Mediante la Resolución de Apertura la Delegatura abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra **CONGETER, CONSORCIO AEROPANTAS, COOPNAL, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN y GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Dispone el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

*"Artículo 1. Modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963. **Quedan prohibidos** 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, y en general, **toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

(...)" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

De otra parte, señala el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

<sup>28</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

**VERSIÓN PÚBLICA**

*"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

(...)

*9. Los que tengan por objeto la colusión en las 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.*

(...)"

Del mismo modo, la Delegatura abrió investigación contra **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, en su calidad de Representante Legal de **CONGETER** y **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, en su calidad de Representante Legal de **COOPNAL** por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que señala:

*"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 mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio".*

### **8.3. De la conducta investigada**

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas descritas en el numeral anterior, lo que debe determinarse en este caso es si la conducta desplegada por **CONGETER**, **CONSORCIO AEROPLANTAS**, **COOPNAL**, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 configura la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 1253 de 1992.

De encontrar que los investigados incurrieron en las conductas imputadas, se establecerá si **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, en su calidad de Representante Legal de **CONGETER** y **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, en su calidad de Representante Legal de **COOPNAL**, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia adelantadas por **CONGETER**, **CONSORCIO AEROPLANTAS**, **COOPNAL** y **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

### **8.4. De la colusión en la contratación estatal**

Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

La adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permiten el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia por el mercado.

Para que la conducta de un proponente se encuadre en la prohibición contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo para afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual, sin importar la forma jurídica que tome dicho acuerdo. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de "acuerdo" contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153

**VERSIÓN PÚBLICA**

de 1992 como: "[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas".

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering*, y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto debido a que no sólo vulnera ese bien jurídico, sino también los bienes públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo atractivo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado<sup>29</sup>:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."*<sup>30</sup>

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

Así como lo ha reiterado este Despacho en otras ocasiones<sup>31</sup>, la colusión en la contratación estatal produce, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) se pueden incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irreparable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas. Cabe reiterar que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no sólo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal y eventualmente la legislación penal que tipifica el delito de colusión<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, páginas 104 y 105.

<sup>30</sup> Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

<sup>31</sup> Cfr. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>32</sup> **"ARTÍCULO 410-A. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA.** <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual,

Ahora bien, esta Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que cada oferente<sup>33</sup>; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo<sup>34</sup>; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

Otro mecanismo utilizado por colusores consiste en la presentación de dos (2) propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. En este último esquema colusorio, hay dos (2) ofertas que en realidad no compiten entre ellas porque obedecen a los mismos intereses económicos, bien sea porque hacen parte del mismo grupo de interés económico, existe una subordinación entre ellas o existen vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

En línea con lo expresado por la OCDE<sup>35</sup>, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que de presentarse sirven para detectar una posible conducta colusoria<sup>36</sup>:

- Se presentan cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.

---

*incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.*

**PARÁGRAFO.** *El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años".*

<sup>33</sup> Cfr. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>34</sup> Cfr. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>35</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

<sup>36</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación<sup>37</sup>:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.
- Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.
- Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual<sup>38</sup>:

- Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.
- Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.
- Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.
- La inexistencia o poco cambio tecnológico.
- Estabilidad en formatos y formas de evaluación.
- Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.
- Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales-.
- Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasa a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

### **8.5. El caso concreto**

Una vez adelantada la investigación correspondiente y presentado ante este Despacho el Informe Motivado por parte de la Delegatura, se procederá a realizar el análisis del caso destacando: **(i)** el mercado relevante afectado; **(ii)** la conducta desplegada por los agentes del mercado y por las

<sup>37</sup> *Ibidem*, página 13.

<sup>38</sup> *Ibidem*, páginas 14 a 15.

personas vinculadas a ellos con base en el contexto y las pruebas de cargo recaudadas por la Delegatura y, (iii) las responsabilidades que se derivan de las conductas ejecutadas y probadas en el curso de la investigación.

### 8.5.1. Mercado relevante afectado

El mercado relevante presuntamente afectado en el presente caso, se circunscribe al proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 adelantado por la **AEROCIVIL** y cuyo objeto consistió en "CONTRATAR LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN DE LOS SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE, RESIDUAL E INDUSTRIAL DE LOS AEROPUERTOS DE LA REGIONAL CUNDINAMARCA, REGIONAL VALLE, REGIONAL META Y REGIONAL NORTE DE SANTANDER".

Es necesario precisar por parte de este Despacho que el proceso de selección discriminó en 3 ítems las zonas en las que debía prestarse el servicio contratado y que cada una de dichas zonas estaba integrada por los aeropuertos circunscritos a cada regional de la **AEROCIVIL**.

En efecto, con la adjudicación del proceso de selección se contrataría el servicio requerido para las regionales Valle (ítem No. 1), Cundinamarca (ítem No. 2), Meta y Norte de Santander (ítem No. 3) por lo que, el análisis de competencia, se realizará para las regionales en las que los investigados tuvieron interés y en la medida en que las reglas del proceso de selección permitieron la presentación de propuestas parciales para uno o más ítems. Los investigados se presentaron de la siguiente forma:

#### Ítems a los que se presentaron los proponentes dentro del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012

PROPONENTE	ÍTEM EN LOS QUE PARTICIPO		
	1	2	3
SERINGCA LTDA.	✓	✓	✓
ACUATÉCNICA LTDA.	✓	✓	✓
BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN		✓	✓
CONSORCIO CYM	✓		
CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA	✓	✓	✓

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso<sup>39</sup>.

### 8.5.2. Análisis de la conducta

Según lo indicado en el Informe Motivado, se demostró la existencia de comportamientos coordinados entre varios de los agentes del mercado investigados en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 que, a partir de las pruebas recaudadas, serán analizados por este Despacho.

Lo primero que analizará este Despacho es el ejercicio realizado por la Delegatura en el sentido de estructurar el Informe Motivado en dos segmentos como fundamento para la recomendación, así: (i) el contexto de la relación comercial sostenida entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**; y, (ii) el comportamiento coordinado de los investigados y las pruebas recaudadas que lo evidencian en el marco de todas las etapas del proceso de selección materia de investigación.

En efecto, este Despacho constató que existe información en el expediente que da cuenta de la existencia de vínculos comerciales entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y que se concreta en los siguientes aspectos: (i) compartir, desde el año 2009, la misma oficina, ubicada en la calle 7A No. 73B – 98, torre 9, oficina 102, de Bogotá, que corresponde a la dirección que ambos reportaron en el Registro Único de Proponentes, la secretaria y asumir conjuntamente gastos tales como el arrendamiento y el pago de servicios públicos; (ii) concurrir en varios procesos de selección adelantados por la **AEROCIVIL** como integrantes de las mismas estructuras plurales; (iii) los dos investigados eran accionistas de la sociedad **ALZATO CONSTRUCCIONES S.A.S.** sociedad mercantil que funcionaba en la misma dirección de la oficina que compartían sus accionistas; (iv) cuando **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**

<sup>39</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

**VERSIÓN PÚBLICA**

participaba en procesos de selección contractual de manera independiente y si resultaba adjudicatario del contrato correspondiente, era frecuente que contratara a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** como director de sus obras; (v) **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** era la persona encargada de gestionar los negocios de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** en algunos casos, (vi) en este contexto de colaboración, los investigados se presentaron en varios procesos de selección con objetos similares al que origina el presente caso, en condición de competidores; y, (vii) el comportamiento de los dos investigados era el mismo en los procesos de selección cuando concurrían como miembros de la misma estructura plural así como en las ocasiones que actuaban en condición de aparentes competidores.

El panorama expuesto por la Delegatura que confirmó un fuerte vínculo comercial entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, aportó en la elaboración del Informe Motivado importantes elementos de juicio de las conductas investigadas y, encontró su razón de ser en la investigación, en la medida que fue comparado con el acervo probatorio directo de las conductas anticompetitivas desplegadas en el proceso de selección del año 2012, por lo cual en este último material probatorio se concentrará este Despacho.

Teniendo claro el fuerte vínculo comercial que existe entre dos de los investigados, este Despacho enfocará ahora su atención en el análisis de las pruebas que dan cuenta de la ocurrencia de la práctica anticompetitiva en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012.

Así, corroboró este Despacho que en el expediente obran pruebas que acreditan que las pólizas de seriedad presentadas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPANTAS** presentaban las siguientes similitudes:

**Verificación pólizas de proponentes**

NÚMERO	SIMILITUDES DE LAS PROPUESTAS	BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN	CONSORCIO C Y M	CONSORCIO AEROPANTAS DE COLOMBIA
1	DIRECCIÓN DEL AFIANZADO	Calle 7ª N. 73B-98	Calle 7ª N. 73B-98 TORRE 9 OFICINA 102	Calle 7ª N. 73B-98 TORRE 9 OFICINA 102
2	TELÉFONO DEL AFIANZADO	4129074	4129074	4129074
3	AGENCIA ASEGURADORA	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA
4	FECHA DE EXPEDICIÓN DE LA PÓLIZA	08/06/2012	12/06/2012	12/06/2012
5	CONSECUTIVO DE PÓLIZAS	875-47-994000002338	875-47-994000002342	875-47-994000002341
6	FECHA DE CERTIFICACIÓN DE PAGO DE LA PÓLIZA	08/06/2012	12/06/2012	12/06/2012

Fuente: Elaboración Superintendencia a partir de ofertas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPANTAS**<sup>40</sup>.

Con base en lo anterior, este Despacho comparte la posición de la Delegatura en el sentido de precisar que tales similitudes no son normales entre proponentes que son competidores en un mismo proceso de selección contractual e indican un comportamiento coordinado entre ellos.

Los investigados en su defensa invocaron que las considerables semejanzas en las condiciones de las pólizas de seriedad de las ofertas y en los datos de contacto incorporados en los documentos, respondieron a que la secretaria común de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, fue la persona encargada de adelantar la gestión de tales documentos. En este sentido, el Despacho considera importante el ejercicio realizado por la Delegatura tendiente a desvirtuar el anterior argumento planteado por los investigados.

Con fundamento en la declaración de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, la labor orientada a la obtención de una póliza de seriedad de una oferta para un proceso de selección contractual no consiste exclusivamente en ejercicios operativos que normalmente estarían asignados a personal administrativo. Esa tarea, de hecho, tiene un considerable contenido sustancial que exige la negociación con los intermediarios de seguro, la organización estratégica de la carga de trabajo del proponente para efectos de no agotar la disponibilidad de cupo ante las aseguradoras, la concertación de las condiciones y la gestión de los aspectos particulares de cada proceso de selección contractual.

<sup>40</sup> Folio 1132 del Cuaderno Público No.6.

**VERSIÓN PÚBLICA**

En relación con lo anterior, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** afirmó, en el curso de su declaración, que la obtención de la póliza de seriedad de la oferta es una labor difícil, en tanto que no todas las aseguradoras están dispuestas a expedir ese tipo de garantía. Expresó el investigado:

*"(...) De unos años para acá no ha sido fácil la consecución de las pólizas porque las compañías de seguros a raíz de los problemas de seguridad le han pedido a uno una serie de exigencias, entonces hay zonas en donde le piden a uno si tiene experiencia en esa zona en la contratación y si no, no la expiden. (...) [u]no tiene que empezar a buscar, cada vez que uno va a presentarse a una licitación, lo primero que busca es quién me puede expedir la póliza, lo otro es que le dan a uno un cupo para expedir pólizas. Entonces pues uno recurre a las personas que conoce quién le puede conseguir la póliza"<sup>41</sup>.*

Adicionalmente, se resalta que incluso en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, objeto de investigación, fue **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** el encargado de negociar la liberación del cupo de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** para efectos de la expedición de la garantía que se viene comentando, para lo cual anexó los documentos que acreditaban que este último había sido adjudicatario de algunos contratos. Esta circunstancia se aprecia en el mensaje que el 7 de junio de 2012 remitió **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** a **PROPERTY & RISK**, denominado correo electrónico No. 15 y titulado: "Fwd: SOLICITUD PÓLIZAS PLANTAS –AERONÁUTICA CIVIL". El contenido del mensaje es el siguiente:

*"Don Jorge muchas gracias por la información, adjunto nueva conformación de consorcios así:*

*(...)*

*Para la liberación del cupo de Benjamín Méndez anexo adjudicación de Nuquí y Madroño inicialmente para ir adelantando, nos faltaría enviar Barranquilla y Neiva.*

*(...)" (subrayado fuera del texto original)<sup>42</sup>.*

En este correo electrónico se verificó que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** fue la persona encargada de desarrollar las gestiones para que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y el **CONSORCIO C Y M** cumplieran los requisitos indispensables para tomar parte del proceso de selección, con lo cual queda claro que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se encargaba de desarrollar, de manera conjunta y en beneficio suyo, de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y de las estructuras plurales de las que hacían parte, los aspectos de contenido sustancial de esa labor.

Evidencia este Despacho que quedó demostrado que en el marco del proceso de selección materia de la investigación, el monto pagado por las pólizas de seriedad para el **CONSORCIO AEROPLANTAS**, el **CONSORCIO C Y M** y **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** fue registrado en un mismo comprobante de egreso, a cargo de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**. El documento en cuestión se aprecia en seguida:

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>41</sup> Folio 1343 a 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minuto 27:16).

<sup>42</sup> Folio 827 del Cuaderno Reservado No. 1.



**CONSORCIO AEROPLANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**) se llevó a cabo de manera coordinada.

En efecto, durante la visita administrativa de inspección practicada el 29 de enero de 2013<sup>47</sup> el documento de conformación del **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) se encontró en el equipo de cómputo de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, integrante del consorcio **AEROPLANTAS**. Dicho documento fue creado el 4 de junio de 2012 y modificado el día 6 de junio de 2012, fechas previas a la entrega de propuestas en el proceso de selección objeto de investigación.

En las propiedades de los documentos atinentes al Formato No. 3 del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y del **CONSORCIO C Y M**, se observa que tienen un contenido idéntico en muchos aspectos, como se muestra en la siguiente imagen:

**Propiedades del archivo Microsoft Word del documento consorcial de CONSORCIO AEROPLANTAS y CONSORCIO C Y M**

Título	Armenia, 23 de N...	Título	Armenia, 23 de N...
Etiquetas	Agregar etiqueta	Etiquetas	Agregar etiqueta
Comentarios	Agregar comenta...	Comentarios	Agregar comenta...
Plantilla	Normal	Plantilla	Normal
Estado	Agregar texto	Estado	Agregar texto
Categorías	Agregar categoría	Categorías	Agregar categoría
Asunto	Especificar el asu...	Asunto	Especificar el asu...
Base de hipervínculo	Agregar texto	Base de hipervínculo	Agregar texto
Compañía	PERSONAL	Compañía	PERSONAL
<b>Fechas relacionadas</b>		<b>Fechas relacionadas</b>	
Última modificación	06/06/2012 10:16	Última modificación	06/06/2012 10:34
Fecha de creación	04/06/2012 16:19	Fecha de creación	04/06/2012 16:23
Última impresión	06/06/2012 10:16	Última impresión	06/06/2012 10:22
<b>Personas relacionadas</b>		<b>Personas relacionadas</b>	
Administrador	Especificar el ad...	Administrador	Especificar el ad...
Autor	 USUARIO	Autor	 USUARIO
	Agregar un autor		Agregar un autor
Última modificación realizada por	 Luffi	Última modificación realizada por	 Luffi
<b>Documentos relacionados</b>		<b>Documentos relacionados</b>	
 Abrir ubicación de archivos		 Abrir ubicación de archivos	
<a href="#">Mostrar menos propiedades</a>		<a href="#">Mostrar menos propiedades</a>	

Fuente: Visita administrativa al **CONSORCIO AEROPLANTAS** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>48</sup>.

Como lo expuso la Delegatura, los documentos de constitución del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y del **CONSORCIO C Y M** presentan similitudes significativas, que se resumen en la siguiente tabla:

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>47</sup> Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

<sup>48</sup> Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

**Semejanzas entre las propiedades de los archivos que corresponden al formato 3 del CONSORCIO AEROPANTAS y del CONSORCIO C Y M**

No.	SIMILITUDES DE LAS PROPIEDADES DE LOS ARCHIVOS WORD FORMATO 3	CONSORCIO AEROPANTAS	CONSORCIO C Y M
1	FECHA DE CREACIÓN	04/06/2012	04/06/2012
2	HORA DE CREACIÓN	16:19	16:23
3	FECHA DE ÚLTIMA MODIFICACIÓN	06/06/2012	06/06/2012
4	HORA DE LA ÚLTIMA MODIFICACIÓN	10:16	10:34
5	ÚLTIMA IMPRESIÓN	06/06/2012	06/06/2012
6	FECHA DE CERTIFICACIÓN HORA ÚLTIMA IMPRESIÓN	10:16	10:22
7	AUTOR	USUARIO	USUARIO
8	ÚLTIMA MODIFICACIÓN REALIZADA POR	LUFFI	LUFFI

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en archivos acopiados en la visita administrativa a **CONSORCIO AEROPANTAS** y a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>49</sup>.

De lo anterior se desprende que, tanto el documento de constitución del **CONSORCIO AEROPANTAS** como el del **CONSORCIO C Y M**, fueron creados en la misma fecha, en horas subsiguientes y fueron modificados e impresos el mismo día por el mismo usuario (LUFFI) con una diferencia de tan solo 18 minutos con lo cual se configura una probabilidad alta en que la elaboración e impresión de los documentos en cuestión se llevó a cabo de manera coordinada, ya sea por una misma persona o conjuntamente por los proponentes que tenían la obligación de actuar como competidores.

Este Despacho considera que los investigados no lograron desvirtuar que en el computador que empleó **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se haya elaborado el documento de constitución del consorcio competidor en el que participó **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, circunstancia que constituye una clara evidencia del actuar coordinado de los investigados.

Es así como en el material probatorio recaudado, se corroboró la validez de la afirmación realizada por la Delegatura y contenida en el Informe Motivado, en cuanto a que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** coordinaron todas las actuaciones que ejercieron en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, objeto de investigación.

En efecto, en relación con la presentación de las observaciones al informe de evaluación que realizó la **AEROCIVIL**, se destaca que en la cuenta de correo que empleaba **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se encontró un mensaje denominado correo electrónico No. 6 titulado: "Re: **OBSERVACIÓN ACTA DE INFORME CONSORCIO AEROPANTAS**"<sup>50</sup>, mediante el cual los asesores de los investigados propusieron un proyecto para el pronunciamiento que debía hacer **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** respecto de dicho informe.

En el documento comentado, que el asesor envió como respuesta a un mensaje en el que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** no incorporó contenido distinto a un saludo y a un archivo adjunto, se indicó lo siguiente:

*"Buenos días.*

<sup>49</sup> Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

<sup>50</sup> Folio 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

*Envío para su revisión y comentarios documento de respuesta de Benjamín Méndez dentro del proceso de la aeronáutica, quedo atento, saludos.*

*Andrea Zambrano".*

El Despacho advierte que si bien el contenido del documento adjunto a este mensaje de datos no correspondió con la respuesta definitiva que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** rindió ante la **AEROCIVIL**, sí corrobora que existió una coordinación propia de un acuerdo colusorio entre estos investigados al momento de establecer la forma en que presentarían sus observaciones al informe de evaluación y asumirían la defensa de sus ofertas. Lo anterior, a pesar que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** contaba con un correo electrónico propio para esa época, como se aprecia en el Registro Único de Proponentes<sup>51</sup>, era **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** el encargado de recibir las observaciones que el primero debía realizar.

Del mismo modo, obran en el expediente una serie de pruebas que refuerzan la afirmación según la cual, el contenido de las ofertas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** solo puede explicarse por un comportamiento coordinado entre los proponentes.

En efecto, el contenido de los cronogramas de trabajo que en el proceso de selección objeto de investigación ofrecieron **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**<sup>52</sup>, **CONSORCIO C Y M**<sup>53</sup> y **CONSORCIO AEROPLANTAS**<sup>54</sup> es idéntico, como lo demuestran las pruebas que obran en el expediente.

Se desprende de lo anterior, que los cronogramas de actividades presentados por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS**, determinan fechas idénticas en las que proponen desarrollar exactamente las mismas actividades. La Delegatura pone de presente como ejemplo, que del 19 al 21 de julio de 2012, los proponentes planearon tramitar permisos ante autoridades y adelantar una *"revisión y operación rutinaria del sistema"*. Este tipo de coincidencias se repiten de forma exacta para todos los meses en que se ejecutaría el contrato.

El Despacho comparte la apreciación de la Delegatura, al señalar que existen elementos de juicio que evidenciaron que no se trató de actividades que tuvieran que ejecutarse, necesariamente, en las condiciones que plantearon los proponentes **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** en la medida que las propuestas de **SERINGCA**<sup>55</sup> y **ACUATÉCNICA**<sup>56</sup> –proponentes competidores dentro del mismo proceso de selección– no contienen las identidades en las fechas y las actividades referidas en los cronogramas toda vez que las mismas son una coincidencia que únicamente se presenta en las propuestas de los mencionados investigados.

Para este Despacho es procedente señalar que, en la medida en que los cronogramas presentados por **SERINGCA** y **ACUATÉCNICA** difieren claramente de los propuestos por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS**, la única circunstancia que podría explicar razonablemente esas identidades consiste en que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** plantearon el contenido de sus ofertas de manera coordinada tal y como lo señaló la Delegatura en su Informe Motivado.

El argumento de los investigados consistente en señalar que la secretaria común de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** era la persona que determinó el contenido de las propuestas en aspectos sustanciales como el tipo de actividades

<sup>51</sup> Folio 20 del Cuaderno Público No. 1.

<sup>52</sup> Folio 182 del Cuaderno Público No. 1.

<sup>53</sup> Folio 442 del Cuaderno Público No. 3.

<sup>54</sup> Folio 661 del Cuaderno Público No.4.

<sup>55</sup> Folio 756 a 757 del Cuaderno Público No. 4.

<sup>56</sup> Folio 756 a 757 del Cuaderno Público No. 4.

## VERSIÓN PÚBLICA

que desarrollarían y los momentos en que se llevarían a cabo, no tiene respaldo en la realidad, toda vez que esa es una tarea compleja que orienta la forma en la que se ejecutará el contrato y que requiere conocimientos específicos, pues no se trata simplemente de aspectos operativos que pudieran dejarse a la elaboración del personal asistencial.

No encuentra el Despacho una razón jurídicamente atendible para que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** concluyeran lo mismo en aspectos sustanciales en la confección de sus ofrecimientos en razón de la diferencia en sus perfiles profesionales.

Por otra parte, para reforzar la coordinación de los investigados en el proceso de selección adelantado por la **AEROCIVIL**, este Despacho evidenció que de las pruebas practicadas por la Delegatura **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** reportaron costos idénticos en varios factores de sus ofertas económicas.

El Despacho comparte el ejercicio realizado por la Delegatura que consistió en considerar los valores de precios unitarios y el factor multiplicador, los cuales fundamentan la estructura de costos declarada en la oferta económica por cada proponente. A partir de estos dos conjuntos de valores, se realizaron dos ejercicios de comparación: el primero consistió en contrastar los valores de costos de cada proponente en relación con el proponente que finalmente resultó adjudicado en cada ítem y, el segundo, en comparar los valores de costos de cada proponente frente al presupuesto oficial de cada ítem.

Los hallazgos del ejercicio en lo que atañe al ítem No. 1 se exponen a continuación con la advertencia que parte de las identidades encontradas existieron también en los ítems No. 2 y 3:

**Identidades en los componentes del factor multiplicador para los proponentes investigados en el ítem No. 1.**

	AEROPLANTAS	CONSORCIO CYM	SERINGCA	ACUATÉCNICA
<b>Costo Base</b>	100%	100%	100%	100%
<b>Costos Sociales</b>	59%	59%	66%	59%
<b>Costos Indirectos</b>	158,79%	158,79%	165,55%	158,79%
<b>COSTOS DIRECTOS</b>				
a. Arriendo oficinas y administración	12,00%	12,00%	5,50%	8,50%
b. Pólizas de seguros y legalización	3,26%	3,26%	4,00%	2,00%
c. Servicios Públicos	5,00%	5,00%	8,00%	5,00%
d. Operación oficina	8,00%	8,00%	13,00%	5,00%
e. Personal administrativo	20,00%	20,00%	17,00%	5,00%
f. Impuestos	12,00%	12,00%	5,00%	10,00%
<b>SUBTOTAL COSTOS DIRECTOS</b>	<b>60,26%</b>	<b>60,26%</b>	<b>52,50%</b>	<b>35,50%</b>
<b>Costos Totales</b>	<b>219,05%</b>	<b>219,05%</b>	<b>218,05%</b>	<b>194,29%</b>
<b>F. HONORARIOS (Utilidad del Consultor) %E</b>	5,00%	5,00%	10,00%	15,00%
	10,95%	10,95%	21,81%	29,14%
<b>Costos Totales con Honorarios</b>	<b>230,00%</b>	<b>230,00%</b>	<b>239,86%</b>	<b>223,43%</b>
<b>Costo Final</b>	<b>2,3%</b>	<b>2,3%</b>	<b>2,4%</b>	<b>2,2%</b>
<b>Similitudes encontradas</b>				

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso<sup>57</sup>.

Como se desprende de lo anterior, los valores presentados en los costos de **CONSORCIO AEROPLANTAS** y **CONSORCIO C Y M** son totalmente idénticos y resultaron disímiles de aquellos establecidos por los otros dos proponentes que presentaron oferta en el ítem No. 1.

Para este Despacho no es creíble que la exactitud en los diferentes valores que integran el factor multiplicador de las ofertas de **CONSORCIO AEROPLANTAS** y **CONSORCIO C Y M** se justifique a través de la repartición de costos derivados de compartir secretaria o de usar una misma oficina.

Lo anterior, en concepto de este Despacho, evidencia que las ofertas económicas fueron elaboradas de forma coordinada y sin tener en cuenta en la estructuración de las mismas, elementos exógenos a los proponentes que indefectiblemente habrían generado que identidades como las señaladas, fueran difíciles de compartir entre ellos si hubiera existido una verdadera

<sup>57</sup> Folio 756 a 757 del Cuaderno Público No. 4, folio 1516 a 1517 del Cuaderno Público No. 8 y folio 1732 a 1733 del Cuaderno Público No. 9.

voluntad de competir por la adjudicación del contrato y no un escenario de coordinación en la elaboración de las ofertas.

Además, en la medida que los costos hacen parte del ítem No. 1, que corresponde a la Regional Valle, y la oficina compartida entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN (CONSORCIO C Y M)** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS (CONSORCIO AEROPLANTAS)** se encontraba en Bogotá, no es coherente el argumento de defensa de los investigados.

Del mismo modo, este Despacho corroboró que las propuestas de los investigados contienen similitudes formales relacionadas con su tabla índice que se encuentran en las propuestas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** así como identidades en cuanto a la acreditación del laboratorio que iba a prestar el servicio de análisis de muestras de aguas.

Por otra parte, para continuar acreditando el comportamiento coordinado de los investigados en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, la Delegatura señaló que las ofertas que los investigados presentaron en dicho proceso pueden explicarse razonablemente en un escenario de coordinación en la medida en que se demostró que todos los aspectos del proceso de selección que son relevantes para formular una oferta –tales como el número de competidores, el rango dentro del cual estarán ubicadas las ofertas y el rango de valores que podrían resultar más adecuados para cada uno de los mecanismos de adjudicación que se elegirán por sorteo– no son imprevisibles ni están completamente sometidos al azar.

Es así como **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**<sup>58</sup> y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>59</sup>, durante las declaraciones que rindieron ante esta Superintendencia, admitieron que es posible determinar, con un grado razonable de aproximación y mediante estudios de mercado, análisis de procesos anteriores, verificación del comportamiento de sus competidores y realización de ejercicios de estadística, entre otras actividades, determinados aspectos relevantes para la fijación de sus ofertas. Los declarantes se refirieron, entre otros aspectos, al número de proponentes que probablemente se presentarán, el rango en el que esos proponentes establecerían sus ofertas económicas y el comportamiento histórico de esos competidores.

Además, en su declaración **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>60</sup> precisó que es posible determinar un rango de valores adecuado para cada uno de los mecanismos de adjudicación del proceso de selección de que se trate (en este caso: menor valor calculado, media aritmética y media geométrica). Elegido, por parte del proponente, el mecanismo de selección de su preferencia, lo utilizará para determinar el rango de su oferta. Hecho esto, el proponente contará con mayores probabilidades de obtener la adjudicación del contrato si el mecanismo de adjudicación determinado –de manera aleatoria– por la entidad contratante, corresponde con el que el proponente utilizó para fijar su oferta.

Sobre el particular **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** afirmó lo siguiente:

*"En el momento de la calificación son tres fórmulas totalmente diferentes. Una es una fórmula alta, o sea, quien decide irse por la fórmula alta presentará sus precios de mercado altos. Quien decide irse por una fórmula media presentará sus precios de mercado medios, y la baja también. Yo me fui, mi fórmula fue yéndome más o menos a una media y creo que en la adjudicación cayó dos veces la fórmula C y una vez la fórmula B. Creo que yo me la gané por la fórmula B, o sea, por la media. Aclaro: yo decido irme, yo no sé cómo se van a presentar los demás, no sé qué balota va a caer (...) ya es un criterio personal que digo me voy con este presupuesto para ver cómo me va"<sup>61</sup>.*

Ahora bien, como lo señaló este Despacho en apartes anteriores, el ejercicio realizado por la Delegatura relacionado con el comportamiento de los investigados en procesos de selección

<sup>58</sup> Folio 1343 al 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 31:00, 52:00, 56:00 y 57:00).

<sup>59</sup> Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 55:00, 58:00, 59:00, 1:05:00, 1:15:00 y 1:17:00).

<sup>60</sup> Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 1:05:00 y 1:15:00).

<sup>61</sup> Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 1:15:30 en adelante).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

**VERSIÓN PÚBLICA**

anteriores con objeto idéntico adelantados por la AEROCIVIL tales como la Licitación Pública No. 10000008 OL de 2010<sup>62</sup> y el proceso de selección No. 11000048 OS de 2011<sup>63</sup>, brinda elementos de juicio que fortalecieron sus conclusiones.

Al respecto, este Despacho considera relevante recordar: (i) las estructuras plurales en las que participaron **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** propusieron ofertas económicas que, invariablemente, tuvieron valores muy cercanos, que es una característica que también se verifica en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012; (ii) al ser **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** profesionales con considerable experiencia en el desarrollo de este tipo de actividades económicas están en capacidad de establecer las condiciones del mercado y, en consecuencia, tienen la posibilidad de determinar, con un razonable grado de aproximación, el rango en el que podrán estar las ofertas de los proponentes que podrían participar en cada uno de los procesos de selección; y, (iii) según lo declaró **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>64</sup>, todos los proponentes saben que sus ofertas no podrán superar el 5% del presupuesto oficial.

Por esta razón, como lo concluyó la Delegatura, es que los aspectos de algunos procesos de selección contractual que son relevantes para formular una oferta no son absolutamente imprevisibles ni están completamente sometidos al azar.

De otro lado, el análisis económico de las ofertas permite reforzar la conclusión de que los investigados se coludieron en el proceso de selección contractual bajo investigación, y que las mismas se formularon con el propósito de incrementar las probabilidades de adjudicación en un escenario de coordinación.

La evaluación de las ofertas económicas por cada ítem del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, es la siguiente:

**Evaluación económica ítem No. 1**

<b>ÍTEM 1 REGIONAL VALLE</b>					
<b>Presupuesto oficial (incluido IVA): \$370.173.485</b>					
<b>ORDEN</b>	<b>PROponente</b>	<b>VALOR DE OFERTA</b>	<b>PUNTAJE Factor técnico de calidad</b>	<b>PUNTAJE Propuesta Económica (MEDIA GEOMÉTRICA)</b>	<b>PUNTAJE TOTAL</b>
1	SERINGCA LTDA.	\$357.849.560,0	250	750,00	1000,0
2	ACUATÉCNICA LTDA.	\$357.102.520,0	250	748,43	998,4
3	CONSORCIO C Y M	\$346.273.699,6	250	725,74	975,7
4	CONSORCIO AEROPLANTAS	\$342.431.536,0	250	717,69	967,7

Fuente: Elaboración Superintendencia<sup>65</sup>.

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>62</sup> Folio 1103 a 1127 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>63</sup> Folio 1518 del Cuaderno Público No. 8.

<sup>64</sup> Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto 57:00).

<sup>65</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

**VERSIÓN PÚBLICA****Evaluación económica ítem No. 2**

ÍTEM 2. REGIONAL CUNDINAMARCA Presupuesto oficial (incluido IVA): \$365.890.279					
ORDEN	PROPONENTE	VALOR DE OFERTA	PUNTAJE Factor técnico de calidad	PUNTAJE Propuesta Económica (MEDIA ARITMÉTICA)	PUNTAJE TOTAL
1	CONSORCIO AEROPANTAS DE COLOMBIA	\$338.743.780,0	250	750,00	1000
2	BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN	\$342.600.432,0	250	741,56	991,6
3	SERINGCA LTDA.	\$347.750.020,0	250	730,58	980,6
4	ACUATECNICA LTDA.	\$352.653.920,0	250	720,42	970,4

Fuente: Elaboración Superintendencia<sup>66</sup>.**Evaluación económica ítem 3**

ÍTEM 3. REGIONAL NORTE DE SANTANDER Presupuesto oficial (incluido IVA): \$217.430.660					
ORDEN	PROPONENTE	VALOR DE OFERTA	PUNTAJE Factor técnico de calidad	PUNTAJE Propuesta Económica (MEDIA GEOMÉTRICA)	PUNTAJE TOTAL
1	ACUATECNICA LTDA.	\$211.776.560,0	250	750,00	1000
2	SERINGCA LTDA.	\$209.304.600,0	250	741,25	991,2
3	BENJAMÍN MÉNDEZ	\$204.012.123,2	250	722,50	972,5
4	CONSORCIO AEROPANTAS DE COLOMBIA	\$201.939.226,4	250	715,16	965,2

Fuente: Elaboración Superintendencia<sup>67</sup>.

Realizada una comparación del comportamiento que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** –y las estructuras plurales de las que hicieron parte– desarrollaron en los 3 procesos de selección adelantados por la **AEROCIVIL** incluido el No. 12000027 OS de 2012, objeto de investigación, el Despacho advierte que el comportamiento de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** ha estado caracterizado por unos patrones, relevantes para la determinación de las ofertas económicas, que también aparecen en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 y que contienen dos características recurrentes:

(i) Las ofertas que proponen las estructuras plurales de las que hacen parte **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** invariablemente tienen valores que son muy cercanos, sobre todo si se las compara con las propuestas que en cada proceso de selección presentaron sus competidores.

Así, a manera de ejemplo, para el ítem No. 4 del proceso de selección No. 10000008 OL de 2010 el **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) presentó una oferta por valor de \$114.415.440, mientras que el **CONSORCIO OBRAS 10000** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**) presentó la suya por valor de \$114.732.578. Así mismo, para el ítem No. 1 del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, objeto de esta investigación, la oferta del **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) fue por \$346.273.699,6, mientras que la formulada por el **CONSORCIO AEROPANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**) fue por \$342.431.536.

Lo anterior demuestra para este Despacho, con base en la declaración de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**<sup>68</sup>, que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ**

<sup>66</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.<sup>67</sup> Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.<sup>68</sup> Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 1:15:30 en adelante).

**BALLESTEROS** y las estructuras plurales de las que hicieron parte, pretendían que sus ofertas estuvieran dentro del mismo rango de valores, lo que, en consecuencia, supone que también habían elegido un mismo mecanismo de adjudicación (una media) en el que pretendían tener mejores probabilidades de éxito.

Con base en ello se configuró un fuerte indicio de la estructuración coordinada de las ofertas en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 toda vez que, como lo afirmó **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** durante su declaración, la elección del rango de valores en el que estará la oferta de cada proponente para incrementar sus probabilidades en alguno de los mecanismos de adjudicación es una decisión que corresponde a un "*criterio personal*" de cada uno de los proponentes.

(ii) La segunda de las características recurrentes que también se presentaron en el proceso de selección objeto de esta investigación, consiste en que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, que presentaban ofertas con valores muy cercanos, también se turnaban para determinar quién, de entre los dos proponentes, presentaría la oferta con un valor inferior.

En efecto, este Despacho verificó que en el proceso de selección No. 10000008 OL de 2010 fue la estructura plural de la que hizo parte **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** la que presentó la oferta con menor valor relativo entre los investigados. En el proceso de selección No. 11000048 OS de 2011, fue a la estructura plural de la que hizo parte **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** a quien le correspondió presentar la oferta de menor valor relativo. Finalmente, en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, objeto de investigación, volvió a ser el turno para que la estructura plural de la que hizo parte **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** presentara la oferta de valor inferior, quien resultó adjudicatario de uno de los ítems del contrato.

Para el Despacho lo anterior demuestra que, al contexto de cercanía y colaboración entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, y a las pruebas de un comportamiento coordinado entre los investigados en el marco del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, se sumó una práctica reprochable consistente en que entre los investigados existió un sistema de turnos para la formulación de los valores de sus propuestas.

En conclusión, se evidenció que el comportamiento de los investigados en el marco de todas las etapas del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 –esto es, desde la conformación de los consorcios, pasando por la presentación de las ofertas correspondientes y hasta la formulación de las observaciones al informe de evaluación–, se llevó a cabo de manera coordinada y en ese sentido infringieron el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

### **8.5.3. Análisis del Despacho sobre la responsabilidad de CONGETER y COOPNAL**

Conforme se ha indicado, al proceso de selección contractual objeto de esta investigación concurrieron el **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) y el **CONSORCIO AEROPANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**). Según lo acordado, la participación consorcial de **CONGETER** era del 10%<sup>69</sup>, mientras que en el caso de **COOPNAL**, su participación ascendió al 5%<sup>70</sup>.

Habiendo sido notificada en debida forma la Resolución de Apertura de Investigación y una vez vencido el plazo legalmente previsto para la presentación de los descargos y pruebas, **CONGETER** guardó silencio; sin embargo, en la audiencia de alegaciones prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, su actual Representante Legal afirmó en diligencia de testimonio que para la época de los hechos no lo era, razón por la cual: "(...) el conocimiento de las actuaciones que tengo no me consta ya que en ese periodo no fui gerente. Se le pidió documentación al anterior gerente, pero no fue localizado (...) por lo tanto no puedo decir mayor cosa"<sup>71</sup>. Por su parte **COOPNAL** tampoco presentó descargos

<sup>69</sup> Folio 214 del Cuaderno Público No. 2.

<sup>70</sup> Folio 475 del Cuaderno Público No. 3.

<sup>71</sup> Folios 1856 a 1857 del Cuaderno Público No. 9 (minuto 31:02).

ni solicitó pruebas, y en la referida audiencia del Decreto 019, reiteró los mismos argumentos expuestos por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

En cuanto a la responsabilidad de **COOPNAL** en los hechos investigados, su Representante Legal **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** afirmó en la audiencia especial del Decreto 019 de 2012, que la decisión de consorciarse con **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se debió a que en el pasado ya habían trabajado juntos en contratos con la **AEROCIVIL** y con otras entidades. Del mismo modo, afirmó que los sujetos consorciados carecían de los requisitos para participar individualmente en el proceso contractual. Adicionalmente, **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** señaló que su participación en el trámite contractual se limitó a entregarle la documentación pertinente a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, quien fue el que adelantó todas las actividades para que participara el **CONSORCIO AEROPLANTAS**.

Dicho lo anterior, advierte el Despacho que en el curso de la presente investigación administrativa se acreditó que el rol desempeñado por **COOPNAL** y **CONGETER**, consistió en aportar su capacidad financiera y su experiencia para que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** cumplieran con los requisitos para participar en el proceso de selección contractual objeto de esta actuación y, de resultar adjudicatarios, ejecutar el contrato.

Como contraprestación por coadyuvar en el cumplimiento de los requisitos exigidos y de esa manera garantizar la entrada de las personas naturales al proceso de selección contractual, **CONGETER** y **COOPNAL** recibirían una remuneración pactada con **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**. Sobre el particular, este último investigado afirmó lo siguiente en su declaración rendida ante esta Superintendencia:

*"Pregunta: ¿Alguien en **CONGETER** le ayudó a estructurar esta propuesta? o ¿Hubo alguien de **CONGETER** que le pudiese ayudar a elaborar la propuesta para el ítem 1?"*

*Respuesta: No, no como se hace el consorcio. Pues yo ya había hecho otros consorcios con **CONGETER**. Cuando uno necesita del apoyo llama a la persona que ha sido el contacto en **CONGETER**. Necesito el apoyo para presentarme en un ítem de tal entidad que salió una licitación, por tanto las condiciones son estas, necesito apoyo en tal cosa. Si ellos tienen un compromiso con otra persona le dicen: "lo siento, ya tengo un compromiso", entonces no tiene uno nada más que hacer, tocaría recurrir a otro amigo o a otra situación. Si le dicen a uno que sí, pues simplemente lo que ellos hacen es que la persona, el director o el gerente le firme a uno el consorcio con las condiciones y aportarle los documentos necesarios para la oferta y del resto se encarga uno porque el manejo lo va a tener uno. Eso es lo que se trabaja. Y con ellos uno hace un arreglo económico"<sup>72</sup>.*

En el mismo sentido se pronunció en su declaración **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** cuando afirmó:

*"Pregunta: ¿Cuáles fueron los porcentajes de participación en caso de resultar adjudicados, de alguno de los ítems de utilidades que establecieron ustedes al conformar el consorcio?"*

*Respuesta: En el consorcio como tal, como yo soy el que voy a estar al frente del consorcio, porque básicamente lo que hace **COOPNAL** es prestarme la empresa como tal en la parte de experiencia, en la parte financiera, de acuerdo al estudio que se hace para tratar de cumplir con los requerimientos de ellos, yo me voy con un 90% teniendo en cuenta que voy a estar al frente totalmente del contrato, ya, voy a estar al frente totalmente del contrato, y ellos se van con 10%. Le propongo eso al representante legal y él me dice que, pues no hay ningún tipo de limitación, me dijo que, mejor dicho lo aceptó"<sup>73</sup>.*

Según se evidenció del material probatorio obrante en el expediente, la participación de **COOPNAL** y **CONGETER** fue determinante para que el acuerdo colusorio pudiera llevarse a cabo, en la medida en que sin su concurso no hubiera sido posible que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, participaran en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012. Sin la participación de las empresas referidas, **GUSTAVO DE JESÚS**

<sup>72</sup> Folio 1343 y 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 52:00).

<sup>73</sup> Folio 1329 a 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 9:30, 16:45 y 18:00).

**LÓPEZ BALLESTEROS** no habría cumplido con los requisitos para concursar en ninguno de los ítems del proceso de selección contractual; y, en cuanto a **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, solo habría podido participar para los ítems Nos. 2 y 3.

Así las cosas, el comportamiento desplegado por **COOPNAL** y **CONGETER** fue determinante para la configuración del acuerdo anticompetitivo objeto de sanción en la presente actuación administrativa, por lo que su responsabilidad está acreditada en la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir, acuerdos de colusión en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad estatal. Y es que la evidencia acredita que incluso, en algún momento, **COOPNAL** y **CONGETER** fueron proponentes en varios procesos contractuales en compañía de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, de lo cual se infiere que estas empresas investigadas tenían un trato previo que facilitó la concertación para la celebración del acuerdo anticompetitivo investigado.

Como puede advertirse, el rol desempeñado por **COOPNAL** y **CONGETER** en el acuerdo colusorio es lo que se conoce en el derecho común como "prestanombre", esto es, facilitar su empresa para la consecución de otra, que en este caso se concretó en un convenio ilegal en la forma de acuerdo anticompetitivo.

Ahora bien, en el curso de la visita administrativa practicada en las oficinas de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se encontró en el computador de este investigado, múltiples documentos que evidenciaron aquella relación comercial<sup>74</sup>. Más aun, en su declaración rendida ante esta Superintendencia, el investigado afirmó que:

*"Cuando veo que no cumplo con la cuantía relacionada en la licitación, ahí es donde viene la figura de un consorcio. He trabajado con COOPNAL desde hace aproximadamente unos cinco o seis años, desde que comencé mi vida de manera independiente"<sup>75</sup>.*

Para el Despacho, **COOPNAL** y **CONGETER** aportaron elementos indispensables para garantizar la participación de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** a pesar de que tenían sólidos elementos de juicio para saber que esa participación se desarrollaría de manera coordinada. De lo anterior da cuenta, entre otras cosas, el informe de evaluación elaborado por la **AEROCIVIL** el 20 de junio de 2012, contenido en el acta No. 085<sup>76</sup>, así como con las observaciones que de dicho informe presentó **ACUATÉCNICA**<sup>77</sup>.

En el proceso contractual objeto de esta investigación, se trató expresamente el problema de la coordinación entre las empresas de las que hacían parte **COOPNAL** y **CONGETER**. A pesar de ello, estas compañías mantuvieron su compromiso inicial con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, siguieron prestando su apoyo para la participación en el proceso contractual y se abstuvieron de adoptar las medidas tendientes a impedir la materialización del comportamiento anticompetitivo objeto de reproche.

Por lo demás, si al **CONSORCIO C Y M** (del que hizo parte **CONGETER**) se le hubiera adjudicado el contrato respectivo, esta investigada habría recibido la remuneración pactada en detrimento del erario público, de los restantes agentes del mercado que participaron en el mismo y del propio mercado en su conjunto. En el caso de **COOPNAL**, se probó que sí obtuvo el beneficio esperado por haber participado con **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en el proceso de selección contractual, específicamente respecto del ítem No. 2, el cual le fue adjudicado al **CONSORCIO AEROPLANTAS** lo cual será tenido en consideración por esta Superintendencia al momento de imponer las respectivas sanciones.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio, el comportamiento desplegado por los administradores de **COOPNAL** y **CONGETER** se refleja en un quebrantamiento de los deberes

<sup>74</sup> Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No.1.

<sup>75</sup> Folio 1329 a 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 9:30).

<sup>76</sup> Folio 686 a 711 del Cuaderno Público No. 4.

<sup>77</sup> Folio 712 a 723 del Cuaderno Público No. 4.

**VERSIÓN PÚBLICA**

fiduciarios<sup>78</sup>, ya que evitaron deliberadamente adoptar los mecanismos de control que permitieran garantizar que dichas compañías no fueran un vehículo idóneo para la materialización de la práctica anticompetitiva colusoria investigada. En efecto, el deber fiduciario le impone a una persona (administrador) actuar para el beneficio de otra (compañía), mediante la subordinación del interés propio y constituye la pauta más estricta de deberes consagrada en el derecho.

Dentro de los deberes fiduciarios se encuentra el *deber de cuidado*, por cuya virtud surge la obligación de actuar con diligencia en la gestión de los negocios societarios, con el mismo cuidado con el que actuaría una persona prudente puesta en una posición semejante y bajo las mismas circunstancias. En tal virtud, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplirse con una particular diligencia que representa una forma de actuar, propia de las personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador al tomar las respectivas determinaciones, en este caso, de asociarse bajo la figura de consorcio a fin de participar en un proceso contractual adelantado por la **AEROCIVIL**.

Así las cosas, la existencia de una relación fiduciaria entre las compañías y sus administradores, justamente implica que las personas naturales actúen en el tráfico comercial con la máxima cautela para no afectar los intereses de la empresa, y de contera, ver comprometida su responsabilidad personal. Por todo lo dicho, esta Superintendencia encuentra probado que **COOPNAL** y **CONGETER** infringieron las normas de protección de la libre competencia, razón por la cual, habrán de imponerse las respectivas sanciones legales.

**8.5.4. Responsabilidad de CONSORCIO AEROPLANTAS**

Según se dijo en líneas precedentes, el Consejo de Estado ha precisado que un consorcio está legalmente facultado para concurrir, mediante su Representante Legal, a procesos judiciales<sup>79</sup>. Sin embargo, el que a un consorcio, a pesar de carecer de personalidad jurídica, le sea reconocida capacidad para ser parte, no significa que las consecuencias de la decisión recaigan sobre personas diferentes a aquellas que son integrantes de ese tipo de estructura plural.

Así las cosas, dado que en este caso fueron vinculados como investigados **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**, esto es, los dos miembros del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, y teniendo en cuenta que en relación con esos dos agentes del mercado habrá de declararse su responsabilidad administrativa por la violación de las normas de competencia y, en consecuencia imponer las respectivas sanciones, es claro que, además de improcedente, no es necesario declarar responsable al consorcio ni imponerle una sanción adicional.

En razón de lo anterior, el Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de no declarar responsable por la violación de las normas de competencia y, en consecuencia, ordenar el archivo de a presente investigación en favor del **CONSORCIO AEROPLANTAS**.

**8.5.5. Responsabilidad de las personas naturales investigadas**

Según el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

**"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.*

<sup>78</sup> En relación con el tema de los deberes fiduciarios en el marco del derecho corporativo, puede verse a Francisco Reyes Villamizar. *Derecho societario*, t. I, Bogotá, Temis, 2016.

<sup>79</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación No. 19933 del 25 de septiembre de 2013. C.P. Mauricio Fajardo.

(...)"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

16. 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.

(...)"

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción<sup>80</sup>.

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar en el curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

En relación con este último escenario, cobra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio<sup>81</sup> y la Ley 222 de 1995<sup>82</sup>, recaen unos deberes fiduciarios; y, (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, la Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran

<sup>80</sup> Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

<sup>81</sup> El artículo 196 del Código de Comercio dispone: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (...)"

<sup>82</sup> El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece 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". Por su parte el artículo 23 *ibídem* dispone lo siguiente: "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. (...)".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

VERSIÓN PÚBLICA

conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a analizar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la actuación administrativa en la Resolución de Apertura de Investigación.

#### **8.5.5.1. GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, Representante Legal del CONSORCIO AEROPLANTAS**

En el curso de la investigación se acreditó que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se desempeñó como Representante Legal del **CONSORCIO AEROPLANTAS**, y en tal virtud, se le investigó por la posible infracción de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Dicho lo anterior, el Despacho advierte que no se encontraron evidencias que permitan concluir que este investigado, además de los actos que ejecutó para participar en el comportamiento ya referido, es decir, como agente del mercado que participó activamente en el acuerdo anticompetitivo en el proceso de selección investigado, hubiera ejecutado actuaciones de naturaleza diferente que pudieran ser calificadas como actos de colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia del acuerdo en cuestión en su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO AEROPLANTAS**. Por esa razón, se acogerá la recomendación hecha por la Delegatura en el sentido de no declararlo responsable y, en tal virtud, ordenar el archivo de la investigación en su favor

Dicho lo anterior, es oportuno indicar que este investigado en su escrito de observaciones al Informe Motivado dejó entrever que esta Superintendencia le habría atribuido la presunta comisión del "delito de colusión".

Sobre el particular, vale mencionar que el artículo 410A del Código Penal dispone lo siguiente:

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

**PARÁGRAFO.** El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.

Visto lo anterior, cabe mencionar que de conformidad con lo previsto en el artículo 250 de la Constitución Política:

**Artículo 250.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (...) (subrayado fuera del texto original).

Bajo este panorama normativo, es claro que la entidad encargada para ejercer la acción penal en relación con la comisión de las conductas punibles es la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual, será dicha entidad la encargada de investigar y, de encontrar mérito para ello, acusar ante los jueces competentes para que se pueda determinar la infracción de las normas penales.

#### **8.5.5.2. SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES, Representante Legal de COOPNAL.**

**VERSIÓN PÚBLICA**

En el curso de la investigación se acreditó que **SANDRO WALTER CARRILLO TORRES** se desempeñó como Representante Legal de **COOPNAL**, y en tal calidad, se le investigó por la posible infracción de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Las pruebas recogidas en el curso de la presente investigación administrativa dan cuenta de la responsabilidad este investigado, en particular, el documento de conformación del **CONSORCIO AEROPLANTAS** para el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012<sup>83</sup> y la declaración de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, quien afirmó que para conformar un consorcio con **COOPNAL** negoció las condiciones de la participación conjunta con el Representante Legal de la persona jurídica<sup>84</sup>. Todo esto da cuenta de que **SANDRO WALTER CARRILLO TORRES** determinó la participación de **COOPNAL** en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica que en este caso está probado.

Así mismo, dado que **SANDRO WALTER CARRILLO TORRES** tiene la calidad de Representante Legal de **COOPNAL** y que, con fundamento en lo que se ha expuesto en líneas precedentes, resulta válido afirmar que tuvo conocimiento de la práctica restrictiva en cuestión, que tuvo la capacidad para impedirla o terminarla y que, en lugar de ello, dejó que se materializara y se benefició por su resultado, así las cosas, es claro que también toleró el comportamiento ilegal objeto de investigación.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **SANDRO WALTER CARRILLO TORRES** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, autorizado y tolerado la práctica comercial restrictiva de la competencia económica prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en la contratación estatal) desarrollada por **COOPNAL**.

Dicho lo anterior, vale mencionar que este investigado en su escrito de observaciones al Informe Motivado solicitó que, de imponérsele una sanción, sea la "mínima" toda vez que la empresa en la cual está vinculado no ha tenido movimientos económicos estables y se encuentra prácticamente inactiva.

En relación con este argumento, debe indicar el Despacho que las autoridades internacionales de competencia han considerado que una difícil situación económica o financiera del sancionado no puede dar lugar a tener un trato preferencial, en la medida que generaría un incentivo perverso en relación con otros agentes del mercado que no han infringido las normas de competencia y que también atraviesan una situación semejante. En este sentido se pronunció la Comisión Europea:

*"La Comisión no está obligada, al determinar el importe de la multa, a tener en cuenta la situación financiera de una empresa, puesto que el reconocimiento de esa obligación sería equivalente a dar injustificadas ventajas competitivas a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado"*<sup>85</sup>.

Por lo demás, frente a la posible situación económica que enfrentaría el sancionado con ocasión de la multa impuesta de salir del mercado, debe tenerse en consideración que:

*"El hecho de que una medida adoptada por una autoridad comunitaria traiga consigo la insolvencia o la liquidación de una empresa determinada no está prohibido como tal por el derecho comunitario. Aunque la liquidación de una empresa en su actual forma jurídica puede afectar negativamente los intereses financieros de los propietarios, inversionistas o accionistas, no quiere decir que los elementos personales, tangibles e intangibles, representados por la empresa, perderían también su valor"*<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Folio 474 a 475 del Cuaderno Público No. 3.

<sup>84</sup> Folio 1329 a 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 9:30, 16:45 y 18:00).

<sup>85</sup> SGL Carbon AG Vs. Commission of the European Communities, Case C-328/05 [10/05/2007] párrafo 100.

<sup>86</sup> Union Pigments Vs. Commission of the European Communities, Case T-62/02 [29/11/2005] párrafo 177.

**VERSIÓN PÚBLICA**

Por lo anteriormente dicho, para efectos de tasar e imponer la sanción respectiva esta Superintendencia debe atenerse a los criterios de dosificación legalmente previstos.

**8.5.5.3. CÉSAR JULIO VERA PARADA, Representante Legal de CONGETER**

En el curso de la investigación se acreditó que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** se desempeñó como Representante Legal de **CONGETER**, y en tal virtud, se le investigó por la posible infracción de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

La evidencia recogida en el curso de la presente investigación da cuenta de la responsabilidad de este investigado en los hechos objeto de la presente actuación administrativa, en particular, el documento de conformación del **CONSORCIO C Y M** para el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012<sup>87</sup> y la declaración de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, quien afirmó que para conformar un consorcio con **CONGETER** negoció las condiciones de la participación conjunta con el "director" o "gerente" de la persona jurídica<sup>88</sup>. Esto permite observar, que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** determinó la participación de **CONGETER** en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica que se ha probado.

Así mismo, dado que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** tuvo la calidad de Representante Legal de **CONGETER** durante el proceso de selección que interesa en este caso y que, con fundamento en lo que quedó explicado en la presente Resolución, puede afirmarse que tuvo conocimiento de la práctica restrictiva en cuestión, tuvo la capacidad para impedirla o terminarla y que, en lugar de hacerlo, dejó que se materializara, por ello, también toleró el comportamiento anticompetitivo investigado.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **CÉSAR JULIO VERA PARADA** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, autorizado y tolerado la práctica comercial restrictiva de la competencia económica prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en la contratación estatal) desarrollada por **CONGETER**.

**8.5.6. Análisis del Despacho sobre la imputación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

Un aspecto final a considerar, tiene que ver con la imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación, frente a la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 el cual establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 1. Quedan prohibidos 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 y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".*

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que conlleve a restringir la competencia en un mercado<sup>89</sup>. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino que, por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante, no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando

<sup>87</sup> Folio 213 a 214 del Cuaderno Público No. 2.

<sup>88</sup> Folio 1343 y 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 52:00).

<sup>89</sup> Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**VERSIÓN PÚBLICA**

la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre en los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra en las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadra en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que ésta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley.

Esto no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia, pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992.

**NOVENO: Monto de las sanciones**

En relación con las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"<sup>90</sup>.*

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer a las personas jurídicas, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (**100.000 SMLMV**) al momento de la imposición de la sanción, es decir **SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$73.771.700.000)**, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

En efecto, numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, señala que:

**"Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas.** El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

*"Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.*

*Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003, Exp. Rad. D-4059.

3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

**Parágrafo.** Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.

De otra parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala que esta Superintendencia podrá imponer a las personas naturales, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (**2.000 SMLMV**) al momento de la imposición de la sanción, es decir **MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1.475.434.000.00.)**, por colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar una conducta violatoria de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas las normas sobre competencia desleal.

En efecto, numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala que:

**"Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales.** El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

*"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.*

*Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:*

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

**Parágrafo.** Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella".

De acuerdo con lo anterior, la Autoridad de Competencia debe asegurar que los efectos de prevención general y prevención especial de la sanción se realicen en forma efectiva, esto es, que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley pero ejerciendo su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada de modo que, como se precisó en un aparte anterior, logre el equilibrio entre la sanción y la

finalidad perseguida con la norma, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Frente al criterio de persistencia de la conducta infractora, el Despacho tendrá en cuenta que, durante todas las etapas del proceso de selección investigado, como mercado relevante afectado, los agentes del mercado investigados y las personas vinculadas a ellos, actuaron con el fin de concretar y tolerar el acuerdo anticompetitivo.

El impacto de la conducta en el mercado relevante afectado, esto es, el proceso de selección contractual investigado, se tendrá en cuenta por este Despacho en la medida que se trataba de un proceso de selección contractual adelantado con recursos públicos y cuyo objeto pretendió cumplir los cometidos estatales involucrados en la contratación.

En relación con la reiteración de la conducta prohibida, el Despacho encontró que los investigados no presentan antecedentes por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

La aplicación del criterio de conducta procesal de los investigados genera un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que los investigados ejercieron su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Sobre los criterios relacionados con el grado participación de las personas implicadas, al momento de dosificar la sanción, se valorará la participación que las personas jurídicas y naturales a sancionar tuvieron en el mercado relevante circunscrito al proceso de selección investigado.

Ahora bien, para la dosificación de la sanción que se impondrá a **COOPNAL** y **CONGETER**, este Despacho tendrá en cuenta que, si bien estos agentes del mercado participaron en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, su grado de participación no es comparable con el de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**. También este Despacho tendrá en cuenta que **CONGETER** únicamente participó en el **CONSORCIO C Y M** para uno de los 3 ítems que hacían parte del proceso de selección y no resultó adjudicataria, por lo que su grado de participación tampoco puede ser equiparado al de **COOPNAL**, que garantizó el acceso de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en los 3 ítems y, además, ganó uno de ellos como integrante del **CONSORCIO AEROPLANTAS**.

Para la dosificación de las sanciones se tendrán en cuenta el patrimonio y los ingresos de las personas naturales y jurídicas y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria como se mencionó por este Despacho anteriormente.

En el caso concreto, se ha establecido por este Despacho que, serán declarados responsables y serán sancionados **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **COOPNAL** y **CONGETER**, en calidad de agentes del mercado, porque está demostrado que incurrieron en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al coludirse en el proceso de selección contractual No. 12000027 OS de 2012 adelantado por la **AEROCIVIL**.

Del mismo modo, se ha establecido por este Despacho que, **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** y **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, en calidad de representantes legales de **COOPNAL** y **CONGETER**, respectivamente y, en calidad de personas vinculadas con los citados agentes del mercado investigados, serán declarados responsables y serán sancionados porque está demostrado que incurrieron en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por todo lo anterior, este Despacho encuentra procedente en este caso imponer las siguientes sanciones:

#### **9.1. Sanción a pagar por GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**

**VERSIÓN PÚBLICA**

Para el investigado **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** procede la imposición de una multa de **SETENTA MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CIENTO QUINCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$70.083.115.00)**, equivalentes a **NOVENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (95 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido en 2013 y el [REDACTED] aprox. de sus ingresos reportados en 2016, y al 0,10% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

**9.2. Sanción a pagar por BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**

Para el investigado **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** procede la imposición de una multa de **CIENTO TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$103.280.380.00)**, equivalentes a **CIENTO CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (140 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido en 2013 y el [REDACTED] aprox. de sus ingresos reportados en 2013, y al 0,14% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

**9.3. Sanción a pagar por COOPNAL**

Para el investigado **COOPNAL** procede la imposición de una multa de **SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.377.170.00)**, equivalentes a **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (10 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido en 2016 y el [REDACTED] aprox. de sus ingresos reportados en 2016, y al 0,01% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

**9.4. Sanción a pagar por CONGETER**

Para el investigado **CONGETER** procede la imposición de una multa de **CUARENTA MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$40.574.435.00)**, equivalentes a **CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (55 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido en 2016 y el [REDACTED] aprox. de sus ingresos reportados en 2016, y al 0,10% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Personas naturales:**9.5. Sanción a pagar por SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**

Para el investigado **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** procede la imposición de una multa de **CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL DIECINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.164.019.00)**, equivalentes a **SIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (7 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido en 2013, al [REDACTED] aprox. de sus ingresos reportados en 2016 y al 0,35% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

**9.6. Sanción a pagar por CÉSAR JULIO VERA PARADA**

**VERSIÓN PÚBLICA**

Para el investigado **CÉSAR JULIO VERA PARADA** procede la imposición de una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.688.585.00)**, equivalentes a **CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 0,25% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** responsables a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.434.824, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 332.859, **COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)**, identificada con NIT 830.105.738-1 y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**, identificada con NIT 820.003.319-2, por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al coludirse en el proceso de selección contractual No. 12000027 OS de 2012 adelantado por la **AEROCIVIL**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** las siguientes sanciones:

**1.1. A GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.434.824, una multa de **SETENTA MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CIENTO QUINCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$70.083.115.00)**, equivalentes a **NOVENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (95 SMMLV)**.

**1.2. A BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 332.859, una multa de **CIENTO TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$103.280.380.00)**, equivalentes a **CIENTO CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (140 SMMLV)**.

**1.3. A COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)**, identificada con NIT 830.105.738-1, una multa de **SIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL CIENTO SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.377.170.00)**, equivalentes a **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (10 SMMLV)**.

**1.4. A COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**, identificada con NIT 820.003.319-2, una multa de **CUARENTA MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$40.574.435.00)**, equivalentes a **CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (55 SMMLV)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

**Vencido el término aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.**

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"*

**VERSIÓN PÚBLICA**

**ARTÍCULO SEGUNDO:** ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor del **CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA (CONSORCIO AEROPLANTAS)**, identificado con NIT 900.459.122-6, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO TERCERO:** DECLARAR responsables a **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.616.221, Representante Legal de **COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)** y **CÉSAR JULIO VERA PARADA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.164.580, Representante Legal de **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**, por incurrir en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** las siguientes sanciones:

**3.1. A SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.616.221, una multa de **CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL DIECINUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.164.019.00)**, equivalentes a **SIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (7 SMMLV)**.

**3.2. A CÉSAR JULIO VERA PARADA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.164.580, una multa de **TRES MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.688.585.00)**, equivalentes a **CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5 SMMLV)**.

**ARTÍCULO CUARTO:** ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.434.824, respecto de la imputación que estuvo fundada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO QUINTO:** ORDENAR a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)** y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)** y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **35120** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)** y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)** por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al coludirse en el proceso de selección contractual No. 12000027 OS de 2012 adelantado por la **AEROCIVIL***

*Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."*

**PARÁGRAFO PRIMERO.** La publicación deberá realizarse en un lugar visible de un diario de amplia circulación nacional y remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia, dentro de los siguientes diez (10) días siguientes a la fecha de la publicación.

**VERSIÓN PÚBLICA**

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** La ausencia de publicación o la no remisión de la constancia de la misma dentro de los términos indicados, podrá ocasionar la responsabilidad tipificada en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en cabeza de las personas o entidades a quienes se les impuso dicha carga, en cuanto se considerará una omisión en acatar en debida forma las órdenes impartidas por esta Superintendencia.

**ARTÍCULO SEXTO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL), COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER), CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA, SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES y CÉSAR JULIO VERA PARADA**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** COMUNICAR la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para lo de su competencia.

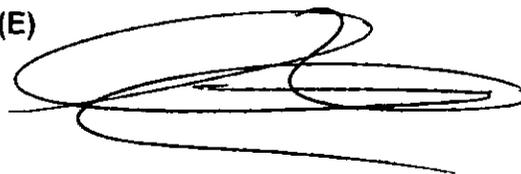
**ARTÍCULO OCTAVO:** COMUNICAR la presente Resolución a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL (AEROCIVIL)**, para lo de su competencia.

**ARTÍCULO NOVENO:** PUBLICAR una vez en firme la presente decisión en la página Web de la Entidad 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.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **16 JUN. 2017**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)**



**FELIPE GARCÍA PINEDA**

**NOTIFICAR**

Doctor  
**JUAN DIEGO ARAQUE DURAN**  
C.C. 80.097.855  
Carrera 7 No. 34 - 22 Oficina 101  
Bogotá D.C. - Colombia  
Apoderado  
**GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**  
C.C. 91.434.824

Doctora  
**MYRIAM EDITH MICHELLE MUÑOZ ALTAMAR**  
C.C. 41.561.606  
Calle 17 No. 8 - 49 Torre A Oficina 401  
Bogotá D.C. - Colombia  
Apoderada  
**BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**  
C.C. 332.859

Señores  
**COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)**  
NIT 830.105.738-1  
Calle 93B No. 15 - 34 Oficina 302  
Bogotá D.C. - Colombia

**VERSIÓN PÚBLICA**

Señores

**COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN  
GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. (CONGETER)**

NIT 820.003.319-2

Calle 74 No. 15 – 80 Oficina 413

Bogotá D.C. – Colombia

Doctor

**JUAN DIEGO ARAQUE DURAN**

C.C. 80.097.855

Carrera 7 No. 34 - 22 Oficina 101

Bogotá D.C. – Colombia

Apoderado

**CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA**

NIT 900.459.122-6

Señor

**SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**

C.C. 79.616.221

Calle 93B No. 15 – 34 Oficina 302

Bogotá D.C. - Colombia

Señor

**CÉSAR JULIO VERA PARADA**

C.C. 4.164.580

**COMUNICAR**

Señores

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre)

Bogotá D.C. – Colombia

Señores

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL (AEROCIVIL)**

Avenida El Dorado No. 103 – 15 (Nuevo Edificio Aerocivil)

Bogotá D.C. – Colombia