



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **6 2 2 7 3** DE 2017

(**0 2 OCT 2017**)

Radicación No. 12-227731

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011; y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 35120 del 16 de junio de 2017 (en adelante "Resolución No. 35120 de 2017" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA** (en adelante "**COOPNAL**") y **COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA.**, (en adelante "**CONGETER**"), en su condición de agentes del mercado, 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 **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL** (en adelante "**AEROCIVIL**").

Así mismo, se impusieron **sanciones** a **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** (Representante Legal de **COOPNAL**) y **CÉSAR JULIO VERA PARADA** (Representante Legal de **CONGETER**) en su condición de personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas por incurrir 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 colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

En la misma Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, por la infracción contemplada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por las razones expuestas en la ya referida Resolución No. 35120 de 16 de junio de 2017.

Así mismo, se ordenó **archivar** la actuación administrativa en favor de **CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA** (en adelante "**CONSORCIO AEROPLANTAS**"), por las razones expuestas en la mencionada Resolución Sancionatoria.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto de la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la colusión el licitaciones), la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente probado que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL Y CONGETER**, se coludieron para presentar sus ofertas en el proceso de selección contractual 12000027 OS de 2012.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL** y **CONGETER** por infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) y a dos (2) personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SANCIONES A AGENTES ECONÓMICOS		
1	GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS	\$ 70.083.115.00
2	BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN	\$ 103.280.380.00
3	COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA	\$ 7.377.170.00
4	COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA.	\$40.574.435.00
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON COOPNAL		
1	SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES	\$ 5.164.019.00
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON CONGETER		
1	CÉSAR JULIO VERA PARADA	\$ 3.688.585.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, algunos de los agentes económicos y personas naturales investigadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

2.1. Argumentos presentados por COOPNAL y SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES

- La Superintendencia de Industria y Comercio solo mencionó parte de las observaciones de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** al Informe Motivado y no se pronunció de fondo sobre todos los fundamentos de su defensa.
- Si dos empresas se ponen de acuerdo para crear un consorcio y fijar sus porcentajes de participación no incurren en una práctica restrictiva del mercado, a menos que se acapare el mercado, se especulen precios, se cometa peculado o no se realice la obra. En el presente caso se trata *"simplemente [de] que uno de los participantes del consorcio con la experiencia o los índices financieros con que cuenta no son suficientes para presentar una oferta, entonces le solicita a otro que le preste su experiencia y así lograr los objetivos del contrato y desarrollarlo"*.
- El hecho de conocer los participantes de un mismo mercado o a las empresas que siempre se colaboran o participan en las mismas licitaciones, no quiere decir que efectivamente se unan para cometer prácticas comerciales restrictivas.
- En ninguna de las comunicaciones electrónicas mencionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio se hace referencia al tema de la presente investigación, ni se evidencia la existencia de algún acuerdo dirigido a obtener un beneficio o la adjudicación del proceso licitatorio.
- *"[E]l cruce de información comercial en otros temas entre los investigados no es prueba de la existencia de un acuerdo colutorio (sic)"*.
- El Informe Motivado hace afirmaciones de otros procesos y años que no son materia de investigación y no deberían tenerse en cuenta como pruebas dentro este proceso. Dichas afirmaciones están siendo utilizadas como fundamentos de fondo cuando solo se suman a una serie de indicios que no prueban falta alguna.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las declaraciones de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, en las que afirmó que tenía conocimiento de que se iban a presentar a algunas licitaciones de la **AEROCIVIL**, pero que esto no quiere decir que tenía conocimiento de que se podrían presentar propuestas parecidas ni que tendría lugar alguna clase de práctica comercial restrictiva de la competencia.
- El hecho de que **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** en su calidad de representante de **COOPNAL** haya realizado un acuerdo con **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** para presentarse en consorcio, no quiere decir que de alguna forma hubiese realizado o colaborado en la supuesta colusión, ya que no se demostró que **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** ni **COOPNAL** hayan sido los causantes de la práctica restrictiva.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El aporte de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** se limitó a la entrega de los documentos pertinentes para que el señor **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** adelantara todas las actividades para crear el **CONSORCIO AEROPLANTAS**.
- **COOPNAL** no participó en los preparativos ni en la obtención y elaboración de los documentos, ofertas, propuestas ni en la consecución de pólizas y solamente facilitó su experiencia para la presentación del proceso licitatorio.
- Una relación comercial y de amistad no es suficiente para concluir que la unión se hizo con el objetivo de cometer actos que atentan contra la libre competencia, ni puede ser tampoco prueba indiciaria de algún mal comportamiento.
- La sanción viola el principio de congruencia y proporcionalidad debido a que se impuso una sanción más baja a una de las personas naturales que jamás asistió al proceso ni rindió descargos. Adicionalmente, la conducta de **COOPNAL** y de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** fue marginal al hecho investigado y de todas formas se impuso una sanción máxima.
- La sanción impuesta es casi de 40% del total de los ingresos obtenidos en el año inmediatamente anterior y tanto para **COOPNAL** como para **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** es una suma exorbitante y es casi imposible cancelarla en este momento.

2.2. Argumentos presentados por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**

- El comportamiento del señor **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** no se puede tipificar como una conducta ejecutada por cuanto este no fue *"beneficiado de ninguno de los ítems, del proceso de selección contractual No. 120000 OS de 2012, del pliego licitatorio"* y, en consecuencia, no puede imponérsele una sanción, mucho menos tan onerosa.
- Al comparar el monto de la sanción impuesta al señor **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y la impuesta a **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, se verifica que existe una amplia desigualdad en la decisión de la sanción ya que se les debió aplicar la misma sanción teniendo en cuenta que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** *"no fue beneficiado con la adjudicación por parte del Estado con ningún ítems (sic)"*, mientras que a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se le impuso una sanción menor, lo cual evidencia –para el recurrente– un *"grado de calificación sesgado"*.

2.3. Argumentos presentados por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**

- No existe plena certeza de la existencia de un acuerdo entre investigados para cometer actos colusorios, todo se reduce a un análisis circunstancial de situaciones que no determinan la existencia de un acuerdo.
- La cercanía y colaboración entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, así como las supuestas actuaciones coordinadas durante el proceso de selección, son meros indicios.
- En el expediente no existe ningún medio de prueba *"que acredite que el Investigado acordó con los demás investigados actos colutorios (sic) y cuál era la finalidad de los mismos; ahora bien, tratándose de procesos públicos de selección el "alea" estaba presente y por lo tanto si se tratara de predicar la existencia de un acuerdo colutorio (sic) debería comprometer a la totalidad de los oferentes que acudían al proceso de selección"*.
- Los indicios no constituyen plena prueba y el hecho de que los investigados compartieran un espacio físico, gastos como los de la oficina, secretaría y el adelantar trámites simultáneos, entre otros, no prueban la existencia de la conducta colusiva.
- En este tipo de conductas debe probarse el acto colusorio y su resultado. En el presente caso el resultado no existe y las investigaciones nunca han identificado el daño, solo se identificó el sujeto que no exteriorizó un acuerdo de voluntades para realizar actos de colusión.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El cruce de información comercial entre los investigados no es suficiente para predicar la existencia de un acuerdo colusorio; lo único que prueba es que tenían acuerdos comerciales en temas diferentes. Ninguna de las comunicaciones electrónicas hace referencia al tema ni evidencia acuerdo alguno con el fin de obtener un beneficio o la adjudicación, solo demuestra la existencia de una relación comercial.
- Las pruebas sobre las que se fundamenta el Informe Motivado para concluir que hubo un acuerdo colusorio no tienen la virtualidad de demostrar la existencia de un acuerdo para obtener un resultado favorable a los oferentes.
- El análisis probatorio debe hacerse sobre el proceso de selección de **AEROCIVIL** para la vigencia 2012. Por lo tanto, las afirmaciones respecto de otros procesos o situaciones no pueden incluirse dentro de la decisión sancionatoria pues no hicieron parte de la imputación.
- El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, con base en el cual se impuso la sanción al investigado, establece el monto de las sanciones para las personas jurídicas, pero en este caso, la persona investigada es una persona natural.
- La sanción impuesta no es proporcional ya que el supuesto acto no tuvo incidencia en el mercado ni sobre los posibles interesados en el resultado del proceso. Adicionalmente, la multa es desproporcionada porque se impuso teniendo en cuenta el patrimonio y los ingresos más no la utilidad del año gravable.

2.4. Argumentos presentados por CONGETER

- Dentro del Informe Motivado no se encuentra establecida la participación directa de **CONGETER** ni de su representante legal de la época y el juzgador se basa en indicios e imprecisiones para fundamentar una falta que no se cometió.
- Que el representante legal de **CONGETER** entregara la documentación y suscribiera un documento consorcial con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** para que *"este se presentara en una licitación, no quiere decir que hubiese intención alguna de cometer una supuesta colusión ni ningún tipo de delito ya que en anteriores oportunidades nos habíamos presentado en diferentes licitaciones"*.
- Los hechos descritos por el investigador no cumplen con los presupuestos legales para convertirse en hechos indicados y de ninguna forma pueden llegar a convertirse en plena prueba en contra de **CONGETER** y de su representante legal.
- En el presente caso *"no existe prueba del acto colutorio (sic) ni mucho menos del resultado"* y todo se estructuró en meros y simples indicios ya que **CONGETER** no participó ni en los preparativos, ni en la obtención y elaboración de documentos, ni ofertas, ni propuestas, ni en consecución de pólizas, etc., y *"solamente facilitó su experiencia para la presentación del proceso licitatorio"*.
- Es clara la ausencia de participación de **CONGETER** y de **CÉSAR JULIO VERA PARADA** en todos los momentos previos a la presentación de la oferta en el proceso licitatorio, adicionalmente, no hubo plena prueba de que se hubiere realizado un acto o acuerdo con **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** para presentar varias propuestas sobre el mismo ítem, *"simplemente el representante legal de CONGETER LTDA le facilitara (sic) la experiencia de la sociedad para que cumpliera con los requisitos legales, pero en ningún momento participó en la realización de todo el bagaje que hubo para presentar varias propuestas"*.
- La Superintendencia de Industria y Comercio tiene un desfase en la aplicación de la multa ya que ni **CONGETER** ni su representante legal participaron directamente en la comisión de los hechos.
- La sanción impuesta es ilegal, violatoria de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio. Al respecto, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** aportó con su recurso de reposición unas pruebas documentales que fueron decretadas mediante Resolución No. 49108 de 14 de agosto de 2017.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

Frente a este punto resulta necesario resaltar que varios de los argumentos presentados por los investigados en sus recursos coinciden con aquellos que ya han sido analizados y resueltos de manera íntegra y suficiente tanto en el Informe Motivado¹ como en la Resolución Sancionatoria, por lo que bastaría con remitir a los investigados a dichos actos. Sin embargo, en aras de ser garantistas, el Despacho procederá a analizar uno a uno los argumentos de los investigados.

4.1. Se encuentra demostrado que GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL y CONGETER participaron en la conducta anticompetitiva de colusión en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012.

A través de la investigación administrativa que culminó con la Resolución Sancionatoria, este Despacho logró constatar que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL y CONGETER** incurrieron en la conducta anticompetitiva de colusión dentro del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, según lo demuestra el material probatorio que reposa en el expediente, el cual fue exhaustivamente analizado en la Resolución Sancionatoria.

No obstante lo anterior, los investigados insisten en señalar que no existen medios de prueba suficientes para concluir afirmativamente sobre la existencia de un acto colusorio y que: i) las supuestas actuaciones coordinadas durante el proceso de selección son meros indicios; ii) los indicios no constituyen plena prueba y el hecho de que los investigados compartieran un espacio físico, gastos como los de la oficina, secretaría y el adelantar trámites simultáneos, entre otros, no prueban la existencia de la conducta colusoria, y iii) las pruebas sobre las que se fundamenta el informe para concluir que hubo un acuerdo no tienen la virtualidad de demostrarlo.

Al respecto, debe resaltarse que el actuar conjunto y concertado de los investigados quedó plenamente acreditado a través de pruebas de distinta naturaleza, no solo indiciarias, sino también testimoniales, documentales, entre otras, que fueron exhaustivamente analizadas a lo largo de la Resolución Sancionatoria. Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que aun en el evento en que las pruebas usadas hubieran sido todas ellas indiciarias –que no sucede en la presente actuación– ello no implicaría por sí mismo la inexistencia de pruebas suficientes para adoptar la decisión, pues los indicios son medios de prueba válidos en nuestro ordenamiento jurídico².

Entre las diversas pruebas con base en las cuales se concluyó la existencia de comportamiento colusorio de los investigados se encuentran las siguientes:

a) Pruebas sobre el comportamiento conjunto en la obtención de las pólizas de cumplimiento

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, se acreditó que dentro del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, las pólizas de seriedad presentadas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M y CONSORCIO AEROPANTAS**, fueron gestionadas, recibidas y pagadas de manera conjunta. Dicha circunstancia está demostrada, entre otras, a través del correo electrónico con asunto “Fwd: SOLICITUD PÓLIZAS PLANTAS – AERONÁUTICA CIVIL”³ remitido

¹ Trasladado a este Despacho mediante memorando No 12-227731-247-2 del 28 de abril de 2017.

² En efecto, en el artículo 165 del Código General del Proceso se prevé como uno de los medios de prueba a los indicios.

³ Folio 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el 7 de junio de 2012 por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** a **PROPERTY & RISK** en el que se indicó:

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

CONSORCIO AEROPLANTAS
Gustavo López (95%) + Coopnal (5%) se presenta a los ítems 1, 2, 3

CONSORCIO CyM
Benjamín Méndez (90%) + Congeter (10%) se presenta al ítem 1

BENJAMÍN MÉNDEZ (solo)
Se presente a los ítems 2 y 3

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

(...)" (se resalta).

Este documento es prueba clara de que la gestión para la obtención de las pólizas se hizo de manera conjunta. En efecto, en el mismo correo enviado por uno de los competidores se refiere a dos proponentes más y se anuncia la remisión de documentos de uno de sus competidores. Como se advierte, no puede bajo ningún punto de vista considerarse este comportamiento como de dos agentes competidores, sino más bien propio de falsos rivales que se ponen de acuerdo para presentar sus propuestas y gestionar de manera amañada incluso los requisitos habilitantes.

Además de la evidente gestión conjunta en su obtención, el pago de 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**⁴:

821 840

Tramo de seriedad para digitalizar el cheque 24/07/12. \$ 363.136.

Jorge Terreros. Property & Risk. \$ 251.195

Trescientos sesenta y tres mil
ciento treinta y seis pesos m/cte.

COMPROBANTE DE EGRESO
No.

CODIGO	CONCEPTO	VALOR
	Pago pólizas de planta J-seriedad	
	Benjamin Mendez	\$ 111.938
	Consorcio AeroPlantas	\$ 176.348
	Consorcio CyM	\$ 74.850
	Entregado en efectivo en oficina DIF	\$ 363.136.00

Disque No. _____ Función Firma y sello del beneficiario

Banco _____

Debitese a. _____

Elaborado _____ Revisado _____ Aprobado _____ Contabilizado _____

C.R. / M.L. 79374648, 24/07/12.

⁴ Folio 821 del cuaderno público No. 5.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Esta prueba documental acreditó una vez más el actuar conjunto de los investigados, al gestionar y pagar, como si se tratara de un mismo competidor, las pólizas de cumplimiento que son requisitos necesarios para postular las propuestas. Esta circunstancia está corroborada –como se indicó en la Resolución Sancionatoria– con las coincidencias en las pólizas que se exponen a continuación:

Verificación pólizas de proponentes⁵

NÚMERO	SIMILITUDES DE LAS PROPUESTAS	BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN	CONSORCIO C Y M	CONSORCIO AEROPLANTAS 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







Tal como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, las similitudes anteriormente identificadas, no son normales entre proponentes que compitan efectivamente en un mismo proceso de selección contractual y por lo tanto, constituyen evidencia del comportamiento colusivo entre los investigados. En efecto, que las tres solicitudes compartan dirección y teléfono del afianzado, fueran expedidas por la misma agencia y además, las pólizas de los dos consorcios "competidores" fueran expedidas el mismo día con consecutivos continuos, se explica perfectamente en un escenario de colusión.

b) Pruebas relativas a los documentos de constitución de los consorcios C Y M y AEROPLANTAS

El Despacho encontró probado que los documentos de constitución del **CONSORCIO C Y M** (integrado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **CONGETER**) y del **CONSORCIO AEROPLANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**) se elaboraron de forma coordinada.

En efecto, en la visita administrativa de inspección practicada el 29 de enero de 2013, se encontró el documento de constitución del **CONSORCIO C Y M** en el equipo de cómputo de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, integrante del **CONSORCIO AEROPLANTAS**.

Además se encontró que las propiedades de los documentos atinentes al Formato No. 3 del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y del **CONSORCIO C Y M** coincidía en elementos fundamentales⁶:

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
Fechas relacionadas		Fechas relacionadas	
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
Personas relacionadas		Personas relacionadas	
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
Documentos relacionados		Documentos relacionados	
 Abrir ubicación de archivos		 Abrir ubicación de archivos	
Mostrar menos propiedades		Mostrar menos propiedades	

⁵ Folio 1132 del Cuaderno Público No.6.

⁶ Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No. 1.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, los documentos son creados por el mismo usuario; modificados por el mismo usuario; creados en la misma fecha y hora (con diferencia de 4 minutos); modificados por última vez en la misma fecha y hora (con una diferencia de 18 minutos), e impresos por última vez en la misma fecha y hora (con una diferencia de 6 minutos).

Así, la prueba de inspección y las pruebas documentales halladas en esa oportunidad dan cuenta de un hecho inaceptable entre competidores, concerniente a la creación conjunta de los documentos constitutivos de los consorcios con los que participarían en el proceso de selección. Comportamiento propio de un escenario de colusión.

c) Pruebas sobre la presentación coordinada de las observaciones al informe de evaluación que rindió la AEROCIVIL

Tal y como se destaca en la Resolución Sancionatoria, se encontró en el acervo probatorio el correo electrónico con asunto *"RE: OBSERVACIÓN ACTA DE INFORME CONSORCIO AEROPLANTAS"*⁷, remitido por **ANDRÉS ZAMBRANO** a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**:

"Buenos días.

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

Andres Zambrano". (Negrillas y subrayado fuera del texto)

Esta prueba documental demuestra, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, que los investigados actuaron de manera conjunta. De hecho, resulta irregular e inadmisibles que se envíe un proyecto de observaciones de un proponente, en este caso **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, a uno de sus competidores **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, por lo que resulta clara su actuación concertada.

En este punto es de destacar que, si bien no se hizo alusión a ello en la Resolución Sancionatoria, el contenido del documento adjunto se dirige justamente a realizar observaciones sobre los comentarios de un tercero que habría indicado una posible confabulación entre los aquí investigados.

En el mismo sentido se encontró el correo electrónico con asunto *"AERONÁUTICA OBSERVACIONES AL ÚLTIMO INFORME"*⁸ remitido por **MARITZA QUINTERO** y *"andres gran Colombia"* a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en el que se indicó:

"Como esta arquitecto, y Doctor Andres, cuando me puse a escribir el documento, he llegado a la conclusión (sic) que no nos pronunciemos sobre la colusión (sic), sino dedicarnos a desvirtuar la causal de rechazo y demostrar que no es el mismo proponente.

SIN EMBARGO ENVIO EL PROYECTO DE DOCUMENTO Y AL FINAL ESTA LO DE LA COLUSION (sic) PARA QUE LO ESTUDIEN EN EL DESAYUNO DE TRABAJO QUE VAN A TENER HOY A LAS 8 AM, Y NOS ESTAMOS HABLANDO EN EL TRANSCURSO DE LA MAÑANA."

Adjunto al correo electrónico se remitió un documento en el que pretendía justificar que las propuestas no se habían presentado de manera coordinada, aludiendo a la "inexistencia" de la colusión. No obstante, es evidente que incluso se coludieron para responder los argumentos de sus competidores que habrían puesto de presente la actuación conjunta de los aquí investigados, pues ambos documentos, el que presentaría **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y el presentado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, fueron coordinados por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

d) Pruebas sobre las similitudes en las propuestas de los investigados

⁷ Folio 827 del Cuaderno Reservado No. 1. "Correo6".

⁸ Folio 827 del Cuaderno Reservado No. 1. Correo5.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Tal y como lo demostró el Despacho a partir de las pruebas que obran en el expediente, en las propuestas presentadas por los investigados se encontraron diversas similitudes. En primer lugar, los cronogramas de actividades de trabajo que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN⁹**, **CONSORCIO C Y M¹⁰** y **CONSORCIO AEROPLANTAS¹¹** presentaron en el proceso de selección objeto de investigación son idénticos, al punto de establecer fechas exactamente iguales para desarrollar las mismas actividades.

Como se estableció en la Resolución Sancionatoria, las similitudes entre los cronogramas de trabajo de los investigados se repiten de forma exacta para todos los meses en que se ejecutaría el contrato. A continuación se expone, sólo a manera de ejemplo, una de las coincidencias en los cronogramas presentados por **AEROPLANTAS** y **C Y M¹²**:

Tareas desbordadas			
Identificador	Nombre	Comienzo	Fin
14	Suministro de Químicos	vie 20/07/12	mié 14/11/12
16	Revisión y operación rutinaria	vie 20/07/12	jue 20/12/12
20	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	vie 20/07/12	jue 20/12/12
22	Revisión y Operación rutinaria del sistema	vie 20/07/12	jue 20/12/12
23	Limpieza general planta de tratamiento	vie 20/07/12	jue 02/08/12
27	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	vie 20/07/12	jue 20/12/12
28	Suministro de Químicos	vie 20/07/12	mar 13/11/12
8	Limpieza y desinfección de tanque de almacenamiento	mar 24/07/12	jue 13/12/12
9	Limpieza general planta de tratamiento	mar 24/07/12	mar 18/12/12
12	Reveria en la zona de planta y tanques	mar 31/07/12	vie 09/11/12
13	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	mar 31/07/12	jue 20/12/12

Tareas desbordadas			
Identificador	Nombre	Comienzo	Fin
14	Suministro de Químicos	vie 20/07/12	mié 14/11/12
16	Revisión y operación rutinaria	vie 20/07/12	jue 20/12/12
20	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	vie 20/07/12	jue 20/12/12
22	Revisión y Operación rutinaria del sistema	vie 20/07/12	jue 20/12/12
23	Limpieza general planta de tratamiento	vie 20/07/12	jue 20/12/12
27	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	vie 20/07/12	mar 13/11/12
28	Suministro de Químicos	mar 24/07/12	jue 13/12/12
8	Limpieza y desinfección de tanque de almacenamiento	mar 24/07/12	mar 18/12/12
9	Limpieza general planta de tratamiento	mar 31/07/12	vie 09/11/12
12	Reveria en la zona de planta y tanques	mar 31/07/12	jue 20/12/12
13	Reparaciones y cambio de accesorios defectuosos	mar 31/07/12	mié 26/09/12

Al respecto, se reitera que el elemento de juicio que evidencia que lo anterior no es una simple coincidencia es que, no se trataba de actividades que tuvieran que ejecutarse en los tiempos y condiciones planteadas en sus cronogramas de trabajo. Por el contrario, al analizar las propuestas de **SERINGCA¹³** y **ACUATÉCNICA¹⁴** –proponentes competidores dentro del mismo proceso de selección– se encontró que estas últimas no contenían las identidades en las fechas y las actividades referidas en los cronogramas.

⁹ Folio 182 del Cuaderno Público No. 1.

¹⁰ Folio 442 del Cuaderno Público No. 3.

¹¹ Folio 661 del Cuaderno Público No.4.

¹² Folio 443 del Cuaderno Público No. 3.

¹³ Folio 756 a 757 del Cuaderno Público No. 4.

¹⁴ Folio 756 a 757 del Cuaderno Público No. 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, es claro que las coincidencias hacen pensar incluso en que las propuestas las hizo una sola persona (que se explica sólo en un escenario de colusión) o se hizo por un número plural de personas que concertaron para presentar las propuestas (que también evidencia un claro escenario de colusión).

En segundo lugar, el Despacho encontró probado que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C y M y CONSORCIO AEROPLANTAS** reportaron costos idénticos en varios factores de sus ofertas económicas. Como ejemplo se presenta el siguiente cuadro en el que se hace evidente la identidad de los costos de las propuestas respecto del ítem No. 1:

Identities in the components of the multiplier factor for the proposers investigated in item No. 1¹⁵

	AEROPLANTAS	CONSORCIO CYM	SERINGCA	ACUATÉCNICA
A. SUELDO	100%	100%	100%	100%
B. PRESTACIONES SOCIALES	59%	59%	66%	59%
C. SUMA (A+B)	158,79%	158,79%	165,55%	158,79%
D. COSTOS DIRECTOS				
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%
SUBTOTAL COSTOS DIRECTOS	60,26%	60,26%	52,50%	35,50%
E. SUMA (C+D)	219,05%	219,05%	218,05%	194,29%
F. HONORARIOS (Utilidad del Consultor) %E	5,00%	5,00%	10,00%	15,00%
	10,95%	10,95%	21,81%	29,14%
TOTAL FACTOR MULTIPLICADOR (F + E)	230,00%	230,00%	239,86%	223,43%
FACTOR FINAL	2,3%	2,3%	2,4%	2,2%
Similitudes encontradas				

Según se expresa en la tabla anterior, 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. Lo que apunta, nuevamente, a que las propuestas tuvieron que haberse realizado de manera conjunta, pues es improbable y casi imposible que los costos de dos competidores resulten idénticos.

En tercer lugar, el Despacho encontró probado que las ofertas económicas presentadas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M y CONSORCIO AEROPLANTAS** tenían valores muy cercanos.

Como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el proceso de selección contractual analizado estaba integrado por tres ítems que correspondían a las zonas en las cuales se prestaría el servicio de mantenimiento y operación de los sistemas de tratamiento de agua potable, residual e industrial de los aeropuertos, a saber¹⁶:

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

¹⁵ 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. Elaboración de esta Entidad.

¹⁶ Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al evaluar las ofertas económicas de cada uno de estos ítems del proceso de selección No. 12000027 OS de 2012, se encontró lo siguiente:

Evaluación económica ítem No. 1

ÍTEM 1. REGIONAL VALLE Presupuesto oficial (incluido IVA): \$370.173.485					
ORDEN	PROPONENTE	VALOR DE OFERTA	PUNTAJE Factor técnico de calidad	PUNTAJE Propuesta Económica (MEDIA GEOMÉTRICA)	PUNTAJE TOTAL
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 Superintendencia¹⁷.

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 AEROPLANTAS COLOMBIA DE	\$338.743.780,0	250	750,00	1000
2	BENJAMÍN PINZÓN MÉNDEZ	\$342.600.432,0	250	741,56	991,6
3	SERINGCA LTDA.	\$347.750.020,0	250	730,58	980,6
4	ACUATÉCNICA LTDA.	\$352.653.920,0	250	720,42	970,4

Fuente: Elaboración Superintendencia¹⁸.

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	ACUATÉCNICA 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 AEROPLANTAS COLOMBIA DE	\$201.939.226,4	250	715,16	965,2

Fuente: Elaboración Superintendencia¹⁹.

Adicional a estas coincidencias, que no son propias de propuestas de competidores que actúen con independencia, el Despacho corroboró en el análisis probatorio desplegado en la Resolución

¹⁷ Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

¹⁸ Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

¹⁹ Folio 744 a 751 del Cuaderno Público No. 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sancionatoria que las propuestas de los investigados contienen similitudes formales inusuales tales como: i) aquellas relacionadas con la tabla índice que se encuentran en las propuestas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** y ii) aquellas relacionadas con la acreditación del laboratorio que iba a prestar el servicio de análisis de muestras de aguas.

Es importante señalar que estas similitudes toman relevancia probatoria en la medida en que dejan de ser simples coincidencias, cuando no se encuentra una explicación razonable distinta de la existencia de una actividad coordinada entre los investigados.

De esta forma, es claro que existen numerosos medios de prueba que demuestran la colusión entre los agentes investigados en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012 y que, por lo tanto, carece de fundamento el argumento de los recurrentes según el cual la declaratoria de responsabilidad se habría basado en meros "indicios" y suposiciones o que *"todo se reduce a un análisis circunstancial de situaciones que no determinan la existencia de un acuerdo"*. Tanto es así, que incluso en el marco del proceso de selección tuvieron que presentar argumentos frente a las acusaciones de sus competidores de estar actuando en colusión, por las circunstancias tan evidentes de su actuar conjunto.

Así, el Despacho desestima este argumento y reitera que la sanción impuesta a los investigados no estuvo sustentado en lo que los investigados calificaron como *"indicios que no son de materia sustancial de la presente investigación"* si no por el contrario, resulta claro que la sanción impuesta a los investigados es el resultado de la comisión de la conducta anticompetitiva desplegada por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, COOPNAL** y **CONGETER** en la medida en que el Despacho encontró plenamente probado que:

i) Las pólizas de seriedad presentadas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** eran irregularmente similares;

ii) Los documentos de constitución del **CONSORCIO C Y M** y del **CONSORCIO AEROPLANTAS** fueron elaborados de forma coordinada;

iii) La presentación de las observaciones al informe de evaluación de la **AEROCIVIL** se realizó de forma conjunta;

iv) Los cronogramas de trabajo presentados por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** son idénticos;

v) **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** reportaron costos idénticos en varios factores de sus ofertas económicas;

vi) Las propuestas de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** tienen similitudes formales inusuales, y

vii) Las ofertas económicas presentadas por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, CONSORCIO C Y M** y **CONSORCIO AEROPLANTAS** tienen valores muy cercanos.

Ahora bien, para el Despacho resulta fundamental destacar que, en el escenario de un acto colusorio, un análisis adecuado de las ofertas presentadas por los investigados en el proceso objeto de investigación debe tener en cuenta la existencia de elementos contextuales adicionales, que expliquen la racionalidad económica detrás del acto anticompetitivo perpetrado por los investigados, así como las circunstancias en las que se habría dado la conducta. Este tipo de análisis contextual, que de manera alguna implica un pronunciamiento de fondo por parte de este Despacho respecto de hechos que no se hayan imputado, no es exclusivo de este tipo de investigaciones, por el contrario el análisis contextual es ampliamente usado en otro tipo de jurisdicciones²⁰.

En el presente caso, las ofertas económicas están enmarcadas en un contexto particular de coordinación entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** que no se reduce al proceso de licitación objeto de análisis, sino que se extiende

²⁰ Ramelli Arteaga, Alejandro. "El análisis en contexto: aspectos probatorios". En: XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2017. Pág. 225.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

a procesos de selección anteriores, con objeto idéntico, adelantados por la **AEROCIVIL** tales como la Licitación Pública No. 10000008 OL de 2010²¹ y el proceso de selección No. 11000048 OS de 2011²².

Como se evidencia en la Resolución Sancionatoria, con el objetivo de entender el contexto en el cual tuvo lugar la conducta colusoria en el marco del proceso No. 12000027 OS de 2012, se recabaron varios elementos probatorios (testimoniales, documentales e indiciarios) que permitieron concluir que existía una dinámica de coordinación entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

Tal como se analizó en la Resolución Sancionatoria, durante las declaraciones que rindieron **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**²³ y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**²⁴, admitieron que es posible determinar –con un grado razonable de aproximación– aspectos relevantes para la fijación de sus ofertas mediante estudios de mercado, análisis de procesos anteriores, verificación del comportamiento de sus competidores y realización de ejercicios de estadística, entre otras actividades. Los declarantes se refirieron, también, 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.

Inclusive, en su declaración **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**²⁵ 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.

Se reitera la declaración que sobre el particular rindió **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**:

"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"²⁶.

A partir del contenido de estas declaraciones y del análisis del comportamiento de los investigados en varios procesos de selección, se concluyó que 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 absolutamente imprevisibles ni están completamente sometidos al azar, y por el contrario son objeto de coordinación por parte de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

Aunque este punto fue analizado con suficiencia en la Resolución Sancionatoria, los investigados a través de sus recursos insistieron en que *"es equivocada la percepción de la SIC, cuando precisa que los mecanismos de adjudicación no son absolutamente imprevisibles ni están completamente*

²¹ Folio 1103 a 1127 del Cuaderno Público No. 6.

²² Folio 1518 del Cuaderno Público No. 8.

²³ Folio 1343 al 1344 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 31:00, 52:00, 56:00 y 57:00).

²⁴ 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).

²⁵ Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minutos: 1:05:00 y 1:15:00).

²⁶ Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 1:15:30 en adelante).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sometidos al azar ya que esto en la realidad es totalmente contrario, teniendo en cuenta que las entidades buscan mecanismos infalibles precisamente para evitar que se presenten direccionamientos, alianzas u otro tipo de conductas irregulares que puedan facilitar la adjudicación a un oferente especial"²⁷.

El Despacho considera que, tal y como lo explicaron los mismos investigados en sus declaraciones y como se acaba de citar, si bien los procesos de selección pública buscan tener mecanismos tendientes a evitar actos de colusión como el aquí probado, lo cierto es que dichos mecanismos no son infalibles ni implican una infinita variedad de posibilidades que impidan, a dos o más proponentes que actúen conjuntamente, burlar el mecanismo y aumentar las probabilidades de adjudicación de manera ilegítima. En efecto, se reitera que, si se tiene conocimiento del número aproximado de competidores, se conoce el presupuesto, los mecanismos de selección y además reducen la incertidumbre al conocer y concertar su propuesta con uno de sus "competidores", es posible aumentar las posibilidades de selección y manipular las fórmulas de adjudicación. Acoger la posición de los investigados sería tanto como indicar que nunca se podría configurar una colusión, pues si los mecanismos usados fuesen "infalibles", no existiría la posibilidad de que dos o más participantes se pusieran de acuerdo para ganar ilegítimamente un proceso..

En la Resolución Sancionatoria el Despacho concluyó que en el caso en concreto se pudo haber manipulado las fórmulas de adjudicación teniendo en cuenta que: (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**²⁸, todos los proponentes saben que sus ofertas no podrán superar el 5% del presupuesto oficial.

A manera de ejemplo, respecto del punto (i), 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 AEROPLANTAS** (integrado por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **COOPNAL**) fue por \$342.431.536.

Lo anterior permitió que el Despacho acreditara, con base en la declaración de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**²⁹, que **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ 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.

La segunda de las características recurrentes consistió 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.

²⁷ Folio 2212 del Cuaderno Público No. 11.

²⁸ Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto 57:00).

²⁹ Folio 1329 al 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 1:15:30 en adelante).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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.

Lo anterior demostró 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.

Por lo anterior, el Despacho desestima el argumento según el cual en el presente caso los aspectos relevantes del proceso y de las ofertas no estaban manipulados y reitera la conclusión del Despacho, según la cual 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, manipulando elementos de las ofertas y en ese sentido infringieron el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Sobre el particular, los investigados argumentaron que *“el informe motivado hace afirmaciones de otros procesos y años que no son materia de investigación y no deben tenerse en cuenta como pruebas dentro este proceso, que están siendo utilizadas como fundamentos de fondo y que solo se suman a una serie de indicios que no prueban falta alguna”*³⁰.

Al respecto debe señalarse que el argumento elevado por los investigados no podría ser atendido, en principio, por el Despacho teniendo en cuenta que no está atacando aspectos indicados en la Resolución Sancionatoria, sino propios del Informe Motivado, cuya oportunidad procesal para controvertir ya ha culminado y que en todo caso se presenta dentro de la investigación administrativa de manera previa a la Resolución Sancionatoria.

Sin embargo, interpretando que el argumento de los investigados está dirigido a impugnar la Resolución Sancionatoria y en atención a que además los investigados insistieron en que el análisis probatorio debe hacerse únicamente sobre el proceso de selección de **AEROCIVIL** para la vigencia 2012, por lo que las afirmaciones respecto de otros procesos o situaciones no pueden incluirse ya que no se hizo imputación sobre las mismas y no pueden tenerse como referente para fallar sobre hechos y conductas, que *“solo inducen a la presunta existencia de actos colutorios (sic) que no fueron objeto de controversia en el presente proceso, no se lograra poder juzgar a una persona solo por indicios que no son de materia sustancial de la presente investigación ya que no logran probar nada”* se destaca que, como ya se indicó, la mención a otros procesos de selección se justifica en la medida en la que hacen parte del contexto en el que se dio la colusión que aquí se reprocha.

Con todo, este análisis de contexto bajo ninguna circunstancia puede entenderse como que esta Superintendencia esté sancionando hechos no imputados, pues es claro que para llegar a la conclusión de que los investigados acordaron su comportamiento en el proceso de selección objeto de investigación se puede prescindir del contexto expuesto en la Resolución Sancionatoria, cuyo aporte es, entre otros, explicar en qué consistía el interés de los investigados, que se entiende a cabalidad cuando se advierte que se turnaban procesos contractuales para aumentar las probabilidades de ganar.

En efecto, el Despacho considera necesario diferenciar –como lo hizo en la Resolución Sancionatoria– la existencia de dos escenarios de análisis. El primero de ellos referente al comportamiento coordinado de los investigados sustentado en las pruebas (testimoniales, documentales e indiciarias) a las cuales tuvo acceso el Despacho y que le permitieron concluir afirmativamente sobre la responsabilidad de los investigados por infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, el segundo de ellos referido al contexto de la relación comercial sostenida entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**.

³⁰ Folio 2210 del Cuaderno Público No. 11.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tal como se señaló previamente, el análisis adecuado de las ofertas presentadas por los investigados en el proceso objeto de investigación debe tener en cuenta la existencia de elementos contextuales adicionales que le permitieron a este Despacho entender la racionalidad económica detrás del acto anticompetitivo.

Lo anterior no significa, como erróneamente lo sostienen los investigados, que los elementos contextuales que explican la existencia de una relación comercial entre **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** respecto de otros procesos no puedan tenerse en cuenta en el análisis del proceso objeto de la presente investigación ya que, son justamente estos elementos contextuales los que han permitido ilustrar los incentivos económicos que llevaron a los supuestos competidores a actuar de manera coordinada.

Así mismo, el Despacho reitera que, en el transcurso de la investigación administrativa, a los investigados les fue garantizado su derecho de contradicción a las pruebas (testimoniales, documentales e indiciarias) que sustentaron en análisis sobre el comportamiento coordinado de los investigados y, el cual, dio lugar a la imposición de una sanción como consecuencia a la violación del régimen de libre competencia.

Ahora bien, en relación con lo expuesto los investigados argumentaron también que: i) el conocer los participantes de un mismo mercado o a las empresas que siempre se colaboran o participan en las mismas licitaciones no quiere decir que efectivamente se unan para cometer prácticas comerciales restrictivas; ii) que una relación de amistad y comercial no es suficiente para concluir que la unión se hizo con el objetivo de cometer actos que atentan contra la libre competencia ni puede ser tampoco prueba indiciaria de algún mal comportamiento y, iii) que *"el cruce de información comercial en otros temas entre los investigados no es prueba de la existencia de un acuerdo colutorio (sic)"*.

En primera medida, debe destacarse que el reproche que se le hace a la conducta perpetrada por los señores **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** y **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** no está relacionado con la existencia de una relación de amistad ni con el hecho de que se conozcan sino, con la existencia de una colusión en el proceso de selección No. 12000027 OS de 2012. Así, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, lo que se reprende de ninguna forma es la relación comercial o de amistad propiamente dicha, sino la evidente actuación conjunta y mancomunada de los proponentes aquí investigados, que se facilita en un escenario de cercanía y confianza y que fortalece la veracidad de la teoría que, con base en las pruebas, se demostró plenamente en la Resolución Sancionatoria.

En segundo lugar, resulta importante referirse al intercambio de información comercial entre competidores. En el presente caso, como los mismos investigados lo reconocen, existía un constante cruce de información comercial que, por tratarse de competidores que participaban en el mismo mercado relevante –esto es el proceso No. 12000027 OS de 2012 – no debía ser intercambiada. Por el contrario, en un escenario de libre competencia y rivalidad por resultar adjudicatarios del contrato, los competidores regularmente hubieran mantenido dicha información de manera reservada³¹.

Con todo, es importante dejar absolutamente claro que la sanción impuesta en la presente actuación administrativa no tiene como fuente un intercambio de información anticompetitivo sino la colusión dentro del proceso de contratación público estudiado.

El Despacho pone de presente que, en un escenario de libre competencia, la disputa por aumentar la participación en un mercado (en este caso la disputa por resultar adjudicatario de un contrato), no puede verse alterada por el intercambio de información sensible entre competidores ya que, lo anterior puede facilitar –como en el presente caso– la existencia de acuerdos colusorios sobre elementos del proceso (oferta económica, costos, observaciones al informe, etc.), que deberían ser el resultado de decisiones estructuradas de manera independiente por los competidores.

Por lo anterior, el Despacho no considera válidos los argumentos que pretenden justificar la comisión de las conductas y el intercambio de información comercialmente sensible entre competidores.

³¹ Ver en este sentido Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016. Caso "CUADERNOS".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.2. Análisis del Despacho respecto de los argumentos relacionado con la participación de CONGETER y COOPNAL.

CONGETER, COOPNAL y su representante legal SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES presentaron una serie de argumentos dirigidos a establecer que en relación con la participación de CONGETER Y COOPNAL: i) ni CONGETER ni COOPNAL ni sus representantes legales, participaron en los preparativos ni en la obtención de documentos, ofertas, propuestas ni en la consecución de pólizas y solamente "facilitaron" su experiencia; (ii) el aporte de SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES se limitó a la entrega de los documentos pertinentes para que el señor GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS adelantara todas las actividades para crear el CONSORCIO AEROPLANTAS y, iii) el hecho de que SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES en su calidad de representante de COOPNAL haya realizado un acuerdo con GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS para presentarse en consorcio, no quiere decir que de alguna forma hubiese realizado o colaborado en la supuesta colusión ya que no se demostró que SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES ni COOPNAL hayan sido los causantes de la práctica restrictiva y aunque SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES afirmó que se iban a presentar a algunas licitaciones de la AEROCIVIL, esto no quiere decir que tuviera conocimiento de que se podrían presentar propuestas parecidas ni que tendría lugar alguna clase de práctica comercial restrictiva.

Al respecto, debe ponerse de presente que, en primer lugar, en la Resolución Sancionatoria se estableció con suficiencia, a partir de los testimonios de GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS y BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, que COOPNAL y CONGETER aportaron 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 No. 12000027 OS de 2012 y, en caso de resultar adjudicatarios, ejecutar el contrato.

Así, la justificación económica para estructurar los consorcios era que, como contraprestación por habilitar 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.

Al respecto, este Despacho desea recordar que, según lo señalado por el numeral 1 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 7. De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por: **1. Consorcio:** cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.** En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman."

Por lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que los consorciados son sujeto de responsabilidad solidaria no sólo para la ejecución del contrato, sino también de las obligaciones derivadas de la propuesta. En este contexto, resultaría difícilmente válido pretender excluir la responsabilidad de uno de los consorciados argumentando que solamente se "entregó la documentación" o se "prestó" para acreditar alguna de las capacidades requeridas para habilitar el consorcio.

Así, aunque mediante sus argumentos COOPNAL y CONGETER pretendan restarle importancia a su participación, lo cierto es que, tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, su aporte resultó determinante para que el acuerdo colusorio tuviera lugar:

"(...) 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 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 comercial³². 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"³³.

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. 085³⁴, así como con las observaciones que de dicho informe presentó **ACUATÉCNICA**³⁵.

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".

Se reitera, como se indicó en la Resolución Sancionatoria que, lo anterior resulta suficientemente ilustrativo del grado de participación de **CONGETER** y **COOPNAL** y las implicaciones de la misma, por lo cual, para este Despacho no resulta admisible que los investigados aleguen que "simplemente" facilitaron la experiencia, como si esto fuera un hecho menor.

En cuanto al argumento relacionado con la ausencia de conocimiento por parte de **SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES** en el sentido de desconocer la presentación de propuestas

³² Folio 826 a 827 del Cuaderno Reservado No.1.

³³ Folio 1329 a 1330 del Cuaderno Público No. 7 (minuto: 9:30).

³⁴ Folio 686 a 711 del Cuaderno Público No. 4.

³⁵ Folio 712 a 723 del Cuaderno Público No. 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

parecidas o alguna clase de práctica comercial restrictiva, este Despacho reitera el análisis exhaustivo que ya fue presentado en la Resolución Sancionatoria en relación con la responsabilidad de los administradores y sus deberes fiduciarios:

*"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 fiduciarios³⁶, 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**".*

Por lo anterior, reitera que 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. En consecuencia, no son de recibo los argumentos tendientes a desacreditar la relevancia de la participación de **CONGETER** y **COOPNAL** y sus representantes legales.

4.3. Análisis del Despacho respecto de los argumentos relacionados con la inexistencia de la conducta cuando no se logra la adjudicación del proceso

Según el recurso de reposición presentado por **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** su comportamiento no se puede tipificar como una conducta ejecutada por cuanto este no fue "beneficiado de ninguno de los ítems, (sic) del proceso de selección contractual No. 120000 OS de 2012, del pliego licitatorio".

El anterior argumento se basa en una interpretación errónea del alcance de la prohibición consagrada en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual fue analizado con suficiencia en la Resolución Sancionatoria cuando se señaló:

*"(...) 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 colusión³⁷".*

³⁶ 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.

³⁷ **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".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, el hecho de que los oferentes que se coluden dentro de un proceso de licitación pública no resulten adjudicatarios del mismo, no excluye la comisión de conductas que, como en el presente caso, violentan el régimen de protección de la libre competencia económica.

Señalar que por el solo hecho de no resultar adjudicatario no habría consecuencias negativas derivadas del comportamiento coordinado desplegado por los investigados, desconocería abiertamente todos los efectos negativos que se producen por la sola manipulación de los procesos de adjudicación. Al respecto, esta Superintendencia ha señalado que:

"(...) 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 irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos³⁸".

Por lo anterior, y en el entendido de que el régimen de competencia colombiano no solo reprocha aquellos acuerdos anticompetitivos que tienen como resultado la adjudicación fraudulenta de contratos, si no, en general cualquier acuerdo anticompetitivo que implique la colusión en licitaciones, el Despacho desestima el argumento presentado por el investigado.

Adicionalmente, se recuerda que en el evento en el que dos o más competidores actúen de manera concertada con el fin de que uno de ellos sea el adjudicatario, el hecho de que sea uno u otro el adjudicatario es indiferente, pues en dicha circunstancia se logra el propósito de la colusión. Como se vio, parte de la estrategia de los investigados era turnarse las ofertas en los procesos de selección para ganar de forma intercalada los procesos, en ese sentido el hecho de que el **CONSORCIO AEROPANTAS** haya sido adjudicatario de uno de los ítems del contrato hace exitosa la estrategia concertada con la que actuaron los investigados.

4.5. Análisis del Despacho respecto de los argumentos relacionados con la graduación de la sanción

Los investigadores argumentaron en los recursos interpuestos que la sanción interpuesta no resultaba proporcional porque: i) el acto no tuvo incidencia en el mercado ni sobre los posibles interesados; ii) a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se le impuso la sanción por violación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a pesar de tratarse de una persona natural; iii) el Despacho tiene un grado de calificación sesgado por imponerle a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** una sanción menor a la de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** aun cuando este último no resultó adjudicatario de ninguno de los ítems que conformaban el proceso de selección; iv) la conducta de **COOPNAL** y **CONGETER** y sus respectivos representantes legales fue "marginal" y "no participaron directamente en la comisión de los hechos"; v) se le impuso una sanción más baja una de las personas naturales que jamás asistió al proceso ni rindió descargos y, vi) la multa se impuso teniendo en cuenta el patrimonio y los ingresos mas no la utilidad del año gravable.

Para responder ante estos argumentos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la dosificación de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de Autoridad de Competencia en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control (policía administrativa económica) atiende a la discrecionalidad que tiene la autoridad para su graduación, la cual está sujeta a los principios legales y al rango máximo que permite la norma.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad***

³⁸ Cfr. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...)³⁹. (Negrillas fuera de texto).

En ejercicio de esa discrecionalidad, así como de sus funciones como Autoridad de Competencia, y a partir de los criterios de tasación consagrados en la ley, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso multas contra **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPNAL, CONGETER, SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES y CÉSAR JULIO VERA PARADA**, que fueron objeto de impugnación por parte de los investigados. A continuación, se pasará a resolver cada uno de los argumentos que sobre el particular se formularon.

a. La sanción impuesta es proporcional

Respecto del argumento de **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** según el cual la sanción no es proporcional porque el supuesto acto colusorio no tuvo incidencia en el mercado, al no haberse adjudicado el proceso al investigado, sólo cabe reiterar lo señalado en líneas anteriores en cuanto a que los actos colusorios conllevan una serie de efectos negativos, independientemente de que tenga lugar o no la adjudicación del proceso de contratación analizado.

Adicionalmente, se recuerda que el régimen de protección de la competencia colombiano reprocha este tipo de conductas tanto por objeto como por efecto, así, por el sólo hecho de que exista el acuerdo, la conducta es sancionable.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que uno de los ítems del proceso sí fue adjudicado a uno de los colusores, como resultado del comportamiento concertado, por lo que ello es suficiente para atribuirle igual responsabilidad a **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**, pues en todo caso, su estrategia resultó exitosa.

Además, debe anotarse que el Despacho indicó en la Resolución Sancionatoria el impacto que tuvo la conducta investigada sobre el mercado, en el sentido que esta tuvo lugar en el marco de un proceso de selección contractual adelantado con recursos públicos y cuyo objeto pretendió cumplir los objetivos estatales involucrados en la contratación.

Por lo tanto, no resulta desproporcionada la sanción impuesta y el Despacho desestima el argumento presentado por el investigado.

En el mismo sentido, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** alegó que existía desigualdad en la decisión ya que el *"no fue beneficiado con la adjudicación por parte del Estado con ningún ítem (sic)"*, mientras que, a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** se le impuso una sanción menor, lo cual evidencia –para el recurrente– un *"grado de calificación sesgado"*.

Al respecto, el Despacho debe señalar que es errado el argumento del investigado en el sentido en que a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** no se le impuso una sanción menor con respecto a la impuesta a **BEJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**. Por el contrario, la Resolución Sancionatoria es clara en tasar la multa de ambos investigados en el 0,8% aprox. del patrimonio líquido en 2013. Asunto distinto es que, **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN** para el año 2013 contara con un patrimonio superior al de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS**, lo cual no significa que exista un grado de calificación sesgado por parte del Despacho sino que –por el contrario–, al aplicar los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, específicamente el numeral 7 referente al patrimonio del infractor, resulta evidente que en la práctica los investigados con un patrimonio mayor tendrán una multa mayor a aquellos con que cuenten con un patrimonio inferior.

b. GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS fue sancionado en su condición de agente del mercado, con base en lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

En relación con la objeción formulada por **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** en cuanto a que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

de la Ley 1340 de 2009 establece el monto de sanciones para personas jurídicas y, en este caso, la persona investigada era una persona natural, el Despacho hace las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, debe recordarse que **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** fue vinculado al presente proceso en una doble calidad: como agente del mercado y como persona natural, por presuntamente haber tenido una participación directa como miembro del **CONSORCIO AEROPLANTAS** y por posiblemente haber podido colaborar como persona natural en las conductas de los agentes de mercado. Sin embargo, la Resolución Sancionatoria ordenó archivar la investigación en su contra en **calidad de persona natural**, con base en el siguiente fundamento:

*“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 esta 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”. (Negritas fuera de texto).*

Por lo anterior, resulta claro que la participación de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** no estuvo dada por su calidad de Representante Legal del **CONSORCIO AEROPLANTAS** – persona natural–, sino por su calidad de agente del mercado.

En ese sentido y teniendo en consideración que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 incluye dentro de su ámbito de aplicación subjetivo a todos los agentes que desarrollen actividades económicas, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, es claro que la única interpretación razonable es que las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 aplica a cualquier persona natural o jurídica que ostente la condición de agente del mercado, posición que ha sido sistemáticamente adoptada por esta Superintendencia en otras oportunidades⁴⁰. A modo de ilustración, si la interpretación de la norma fuera restrictiva solamente a personas jurídicas, se estarían dejando por fuera de su alcance a importantes empresarios agentes del mercado que desarrollan su actividad empresarial como personas naturales y no a través de vehículos societarios.

Adicionalmente, es importante destacar que ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 ni la resultante de la modificación por el artículo 25 de la Ley 1340 incluyó una restricción para la aplicación de la norma a un determinado sujeto, es decir, a una persona natural o jurídica.

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

⁴⁰ Ver entre otras, Resolución No. 46654 de 2016 (EDS POPAYÁN) y Resolución No. 52697 de 2016 (MÉZCLAS LÁCTEAS).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Norma original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por la Ley 1340 de 2009
<p>"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:</p> <p>(...)</p> <p>15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.</p>	<p>"Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas.</p> <p>El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>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.</p> <p>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado. 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. <p>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."</p>

ESPACIO EN BLANCO

Así las cosas, la modificación fue en tres (3) aspectos fundamentales: **(i)** cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; **(ii)** inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación, y **(iii)** simplificación de la norma respecto de los sectores de aplicación, en atención a la calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia otorgada a la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, en virtud de la cual conoce de forma privativa de las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia. El cambio, entonces, no incluye una limitación del tipo de sujetos a quien aplica la norma, sino que su aplicación sigue destinándose a

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre Protección de la Competencia, como se contemplaba en el texto original de la norma bajo estudio.

No puede pretenderse desconocer con un título de guía –que de hecho no está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992– la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho a la competencia. En efecto, acoger la interpretación del recurrente implicaría desconocer lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1340, que ya se citó, en el que se previó que "(...) *[l]o dispuesto en las normas sobre protección de la **competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica (...)***"

En ese sentido es claro que el sujeto activo de la infracción a quien puede imponerse la mencionada sanción es, desde su origen, cualquier persona de cualquier naturaleza, que incurra en las infracciones previstas en el régimen de libre competencia económica.

Ahora bien, es importante resaltar en este punto que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 –que es la norma que pretende el recurrente le sea aplicada–, prevé determinadas conductas que si bien son autónomas, están ligadas y dependen de la existencia de conductas restrictivas de la competencia cometidas por un agente de mercado. Así, si no existe la conducta del agente no puede constituirse la conducta de las personas por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar dicha conducta principal.

En ese sentido, es claro que en este caso **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** no colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró la conducta principal de un agente económico al que estuviera vinculado, sino que, por el contrario, **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** es responsable y a él se reputa la comisión de la conducta principal de colusión, en su calidad de agente económico.

Una interpretación contraria a la aquí expuesta no sólo desnaturalizaría la estructura en la que se funda el análisis de la responsabilidad –pues no existiría responsable por la infracción principal en los casos en los que el agente es persona natural– sino que, además, desconocería las finalidades de protección de este régimen, así como el objetivo disuasorio de las sanciones.

Por tanto, y teniendo en cuenta el razonamiento expuesto anteriormente, este Despacho encuentra que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 es aplicable a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** quien, en su calidad de agente comercial, se coludió para participar en el proceso de selección No. 120000 OS de 2012.

c. La graduación de la sanción en la Resolución Sancionatoria fue acertada

En relación al argumento según el cual, ni **COOPNAL**, ni **CONGETER** ni sus representantes legales participaron de manera directa en el acto colusorio y su participación fue "*marginal al hecho investigado*", el Despacho ya tuvo ocasión de analizar en la Resolución Sancionatoria y en la presente resolución el grado de participación de **COOPNAL**, **CONGETER** y sus representantes legales.

Lo anterior inclusive fue tenido en cuenta por el Despacho al momento de llevar a cabo la dosificación de la sanción, al respecto en la Resolución Sancionatoria se indicó:

*"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**".*

Por lo anterior, resulta claro que no es cierto que el Despacho no haya tenido en cuenta el grado de participación de **COOPNAL** y **CONGETER**, pues por el contrario, fue claro en señalar que "si

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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 otros agentes. Por esto, el Despacho desestimaré el argumento.

En cuanto al argumento de **SANDRO VWALTER CARRILLO TORRES** según el cual la sanción a él impuesta viola el principio de congruencia y proporcionalidad debido a que se le impuso una sanción más baja a una de las personas naturales que jamás asistió a proceso ni rindió descargos, el Despacho debe desestimar su solicitud ya que, en primer lugar, si bien el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 señala como criterio de graduación de la multa la “conducta procesal del investigado”, es decisión de los investigados establecer su estrategia de defensa de manera libre y la Superintendencia de Industria y Comercio no puede atribuirle una consecuencia negativa o positiva a la no comparecencia dentro de la investigación administrativa como lo sería la imposición de una multa más alta o más baja, por lo que esta conducta fue catalogada como neutra.

Así mismo, si bien el recurrente sí compareció a la actuación administrativa, la Resolución Sancionatoria fue clara en señalar que ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera tal que no presentó una conducta procesal que implicara una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hizo también forma neutra al momento de dosificar la sanción.

En segundo lugar, la diferencia entre la sanción impuesta a **SANDRO VWALTER CARRILLO TORRES** y **CÉSAR JULIO VERA PARADA** encuentra su explicación en el punto analizado anteriormente ya que **CONGETER** –cooperativa de la cual era Representante Legal **CÉSAR JULIO VERA PARADA**– no resultó adjudicataria de ninguno de los ítems, mientras que **COOPNAL** –cooperativa de la cual era Representante Legal **SANDRO VWALTER CARRILLO TORRES**– sí resultó adjudicataria a través del **CONSORCIO AEROPLANTAS** cuyo presupuesto oficial correspondía a Doscientos Diecisiete Millones Cuatrocientos Treinta mil Seiscientos Sesenta Pesos (\$217.430.660).

Debe tenerse en cuenta en este punto que, frente a estos investigados sí es procedente la diferenciación cuando hay adjudicación, pues su responsabilidad y grado de participación en el acuerdo –como ya se expuso suficientemente– no es comparable con la participación activa y directa de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** y **BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN**.

En cuanto al argumento de **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS** según el cual, la multa resultó desproporcionada porque tuvo en cuenta el patrimonio y los ingresos mas no la utilidad del año gravable, debe mencionarse que el criterio que prevé la ley en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 es el patrimonio, por lo que este Despacho no está en la obligación de tasar la sanción con base en ninguna otra variable financiera. No obstante, este Despacho tiene en cuenta los ingresos anuales del año inmediatamente anterior como un criterio secundario, pero no puede pretender el investigado que se tengan en cuenta aún más variables como las utilidades netas o cualquier otra que considere subjetivamente pertinente.

Finalmente, en cuanto a los argumentos de los recurrentes relacionados con la proporcionalidad de la sanción, **COOPNAL** y **SANDRO VWALTER CARRILLO** sostuvieron que la sanción era equivalente casi al cuarenta por ciento (40%) del total de los ingresos obtenidos en el año inmediatamente anterior, lo que resulta exorbitante para estos investigados y casi imposible de pagar en este momento.

Al respecto se resalta que la sanción impuesta a **COOPNAL** equivale al 6% aprox. de su patrimonio líquido en 2016 y el **1% aprox. de sus ingresos reportados en 2016** y frente a **SANDRO VWALTER CARRILLO** la sanción equivale al al 28% aprox. de sus ingresos reportados en 2016. Por lo tanto, no es cierto en ninguno de los dos casos que la multa se acerque al 40% de sus ingresos –que en todo caso se recuerda es un criterio de graduación secundario–, por lo que es claro que la multa no es exorbitante ni imposible de pagar.

Así, se concluye que carecen de fundamento los argumentos esgrimidos por los investigados.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 35120 de 16 de junio de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS, BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN, COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA, COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA. y SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES**, entregándoles una copia e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a las demás personas naturales y jurídicas vinculadas a esta actuación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **0 2 OCT 2017**

El Superintendente de Industria y Comercio,



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR

GUSTAVO DE JESÚS LÓPEZ BALLESTEROS

C.C. 91.434.824

Apoderado

JUAN DIEGO ARAQUE DURÁN

C.C. 80.097.855

Carrera 7 No. 34 - 22 Oficina 101

Bogotá D.C. - Colombia

BENJAMÍN MÉNDEZ PINZÓN

C.C. 332.859

Apoderada

MYRIAM EDITH MICHELLE MUÑOZ ALTAMAR

C.C. 41.561.606

Calle 17 No. 8 - 49 Torre A Oficina 401

Bogotá D.C. - Colombia

SANDRO WVALTER CARRILLO TORRES

C.C. 79.616.221

COOPERATIVA NACIONAL DE MUNICIPIOS LIMITADA (COOPNAL)

NIT 830.105.738-1

Calle 93B No. 15 - 34 Oficina 302

Bogotá D.C. - Colombia

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

COMUNICAR

CÉSAR JULIO VERA PARADA

C.C. 4.164.580

Página WEB

CONSORCIO AEROPLANTAS DE COLOMBIA

NIT 900.459.122-6

Apoderado

JUAN DIEGO ARAQUE DURAN

C.C. 80.097.855

Carrera 7 No. 34 - 22 Oficina 101

Bogotá D.C. - Colombia