



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

RESOLUCIÓN **82510** DE 2020

(**28 DIC 2020**)

Radicado No. 17-14777

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018¹ (en adelante "Resolución No. 67837 de 2018" o "Resolución de Apertura de Investigación"), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos por tres (3) imputaciones fácticas y jurídicas a varios agentes de mercado y personas naturales.

En primer lugar, ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos respecto a una imputación denominada "**PAGO SOBORNO**" contra **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA —ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.—** (en adelante se denominarán "**ODEBRECHT**"²), **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. - CORFICOLOMBIANA S.A.** (en adelante "**CORFICOLOMBIANA**"), **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**³ —ahora **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación**— (en adelante la "**CONCESIONARIA**"), **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.** (en adelante "**EPISOL**") y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**⁴, para determinar si incurrieron en las conductas proscritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra las personas naturales que se relacionan en la Tabla No. 1 a continuación, para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas proscritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

¹ Folio 4884 al 5049 del cuaderno público No. 24 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 17-14777.

² Folio 3335 del cuaderno público No. 17 y folio 4363 a 4376 del cuaderno público No. 22 del Expediente.

³ Integrada por (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (ii) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. —ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.—** (37.00%); (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.** (33.00%); y (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%).

⁴ Viceministro de Transporte entre 8 de mayo de 2007 y 30 de marzo de 2010, Director Encargado del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS)** desde el 7 de febrero de 2009 y Director Encargado del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO)** entre el 23 de septiembre de 2009 al 20 de enero de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 1. Personas naturales vinculadas a la investigación

No.	INVESTIGADOS	VINCULACIÓN PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS
1	LUIZ ANTONIO MAMERI	Vicepresidente de ODEBRECHT para América Latina
2	LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR	Director Superintendente de ODEBRECHT
3	LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES	Vinculado al Departamento de Operaciones Estructuradas de ODEBRECHT
4	MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES	Empleado de ODEBRECHT designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol
5	YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN	Director Jurídico de ODEBRECHT para Colombia
6	JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA	Presidente de CORFICOLOMBIANA

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En segundo lugar, ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos respecto a una imputación denominada **"APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES"** contra **CORFICOLOMBIANA, EPISOL⁵** y **GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.** (en adelante **"GRUPO AVAL"**), para determinar si incurrieron en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Del mismo modo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra las personas naturales que se relacionan en la Tabla No. 2 a continuación, para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas proscritas en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Tabla No. 2. Personas naturales vinculadas a la investigación (Imputación No.2)

No.	INVESTIGADOS	VINCULACIÓN PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS
1	LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ	Presidente del GRUPO AVAL
2	DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA	Vicepresidente de Planeación Corporativa del GRUPO AVAL
3	JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA	Presidente de CORFICOLOMBIANA
4	GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO	Vicepresidente de Inversión de CORFICOLOMBIANA
5	ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA	Vicepresidente de Banca de Inversión de CORFICOLOMBIANA
6	MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS	Investment officer y senior investment officer del Departamento de

⁵ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Carpeta: "Licitación Ruta del Sol", Carpeta: "Licitación Ruta del Sol 1 y 2", Archivo: "Caja 12 Carpeta 77", p. 9. De conformidad con el registro mercantil, el 11 de enero de 2008, se configuró **"UNA SITUACIÓN DE CONTROL POR PARTE DE LA SOCIEDAD MATRIZ: CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A (...) RESPECTO DE LAS SIGUIENTES SOCIEDADES SUBORDINADAS: - ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S A"**.

EPISOL es una sociedad que está controlada por **CORFICOLOMBIANA** y se dedica a la estructuración y participación en proyectos de infraestructura. Su principal función es servir como vehículo de inversión de su matriz. Folio 1589 del cuaderno público No. 66 del Expediente. Carpeta: "17-14777-061219P1", Min: 1:03:30. **"JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: Como lo mencione en alguna respuesta anterior, la sociedad EPISOL, incluso tenía otro nombre con anterioridad a la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol, cuando se adjudica el Proyecto Ruta del Sol se modifican las estatutos, no recuerdo exactamente en qué aspectos, el primero que recuerdo es el del nombre, pero no recuerdo nada adicional y naturalmente entra en operación porque es una sociedad inactiva que tenía CORFICOLOMBIANA, antes de que yo llegara a la administración de CORFICOLOMBIANA, y que ya se pone en marcha para llevar a cabo esta inversión y que adelantó inversiones en otros productos de infraestructura de CORFICOLOMBIANA."**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

No.	INVESTIGADOS	VINCULACIÓN PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS
		Inversiones en Infraestructura – Latinoamérica y el Caribe de la CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL⁶ (en adelante "IFC" por sus siglas en inglés)

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Por último, la Delegatura ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos respecto a una imputación denominada **"CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN"** contra **ODEBRECHT**, para determinar si incurrió en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra las personas naturales que se relacionan en la Tabla No. 3 a continuación, para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas proscritas en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Tabla No. 3. Personas naturales vinculadas a la investigación (Imputación No. 3)

No.	INVESTIGADOS	VINCULACIÓN PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS
1	LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR	Director Superintendente de ODEBRECHT
2	YEZID AGUSTO AROCHA ALARCÓN	Director Jurídico de ODEBRECHT para Colombia
3	MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES	Empleado de ODEBRECHT designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol
4	MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS	Investment officer y senior investment officer del Departamento de Inversiones en Infraestructura – Latinoamérica y el Caribe de la IFC

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa inició en enero de 2017 con el objetivo de determinar la posible ocurrencia de conductas restrictivas de la libre competencia económica durante el Proyecto Ruta del Sol 2⁷, con fundamento, principalmente, en los actos de corrupción reconocidos por **ODEBRECHT** en el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) celebrado el 21 de diciembre de 2016 con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y en la imputación de cargos del 15 de enero de 2017 en el proceso penal⁸ contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que adelantaba la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

Con esa finalidad, la Delegatura inició de oficio la recopilación de información pública relacionada con las anteriores circunstancias, con el fin de determinar si era necesario iniciar una investigación formal ante la posible ocurrencia de prácticas restrictivas de la competencia relacionadas con esos hechos. Con tal propósito, en desarrollo de las facultades conferidas a esta Superintendencia en los

⁶ La **IFC** es un organismo especializado que pertenece al Grupo del Banco Mundial. La función principal de dicha corporación, conforme con su Convenio de Constitución, es promover el desarrollo económico mediante el estímulo a empresas privadas. Para ello promueve oportunidades de inversión y condiciones que favorezcan el flujo de capital privado local y extranjero.

⁷ El presente acto administrativo se referirá de manera indistinta a "Proyecto Ruta del Sol 2", "Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol" o "Tramo 2 del Proyecto Ruta del Sol".

⁸ La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** imputó los delitos de interés indebido en la celebración de contratos, cohecho impropio y enriquecimiento ilícito a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien aceptó cargos y fue condenado penalmente en 2017. Folio 21 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dispuso adelantar una visita administrativa de inspección en las instalaciones de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**⁹ (en adelante "ANI"), **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** con el fin de "recaudar información sobre la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 que culminó con la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 de 14 de enero de 2010 correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol"¹⁰.

De otra parte, el 26 de enero de 2017 el entonces senador **IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**, "[c]on ocasión de las investigaciones penales y las gestiones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación en cooperación judicial con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, que cursan por la adición del contrato estatal denominado Ruta del Sol II (...) y las capturas de Gabriel García Morales, y Otto Nicolás Bula, exsenador, por la presunta recepción de sobornos por valor de US\$ 11.1 millones (...)"¹¹, a través de escrito que denominó "CASO ODEBRECHT, CONDUCTAS CONTRARIAS DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA", solicitó formalmente a esta Entidad "[s]e investiguen las prácticas y responsabilidades de la empresa NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA LTDA por la eventual violación del régimen de libre competencia, por acceder a licitaciones y contratos de manera fraudulenta (...)"¹².

Así mismo, el mencionado escrito señaló que "[s]e esclarezcan las responsabilidades administrativas y jurisdiccionales del caso a las empresas que con conocimiento, acuerdo, omisión y/o complicidad hayan vulnerado el régimen de libre competencia junto con NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA LTDA (...)"¹³ y, en consecuencia, se trasladen los hallazgos a los que haya lugar de encontrarse la comisión de conductas punibles o de orden disciplinario.

Adicionalmente, el 17 de octubre de 2017, en debate¹⁴ ante la Plenaria del Senado de la República, el entonces senador **IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**, reiteró la necesidad de esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades sobre lo sucedido en el Proyecto Ruta del Sol 2.

Además de lo anterior, la Delegatura obtuvo colaboración de algunas entidades públicas que paralelamente se encontraban realizando actuaciones judiciales o administrativas respecto de los hechos materia de averiguación preliminar, en este caso, de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**. También algunas de esas entidades realizaron inspecciones administrativas o judiciales al Expediente para obtener material probatorio pertinente para sus indagaciones e investigaciones.

TERCERO: Que el 2 de octubre de 2017, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** presentó solicitud de ingreso al Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante "PBC") ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, para lo cual reconoció su participación en la comisión de conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica y suministró información y evidencias de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.29.2.3 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015.

⁹ Mediante el Decreto No. 4165 del 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO)** de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, que actualmente se denomina **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**.

¹⁰ Folio 1 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

¹¹ Folios 4798 a 4799 del cuaderno público No. 23 del Expediente.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Congreso de la República de Colombia. Debate ante la Plenaria del Senado. Intervención del entonces Senador **IVÁN DUQUE MÁRQUEZ**. "#PlenariaSenado, 17 octubre de 2017 (Debate Odebrecht) - 2da Parte". Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=12-VgEEG33k>. Min. 3:50:30.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Una vez verificada la solicitud, se certificó que el delator cumplió con los requisitos establecidos para tal fin y, en consecuencia, marcó su entrada como primer solicitante al **PBC**. Finalmente, el 13 de agosto de 2018 se suscribió el respectivo Convenio de Beneficios por Colaboración.

CUARTO: Que el Superintendente de Industria y Comercio, previo concepto unánime y favorable del Consejo Asesor de Competencia, mediante la Resolución No. 5216 del 16 de febrero de 2017 decretó una medida cautelar en la que ordenó "*la suspensión o cesación de los efectos*" de las conductas restrictivas de la libre competencia económica que se habrían configurado en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** (en adelante "**INCO**") —ahora **ANI**— y la **CONCESIONARIA**.

En consecuencia, se ordenó a la **ANI**: (i) dar por terminado el referido contrato de concesión; (ii) proceder a su liquidación; y (iii) estructurar y adelantar una nueva licitación pública que garantizara la libre competencia económica mediante la participación plural de agentes de mercado. El propósito de esa licitación sería la suscripción de un nuevo contrato de concesión que por lo menos asegurara la ejecución íntegra del objeto contractual originalmente previsto en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

No obstante, el referido contrato no fue terminado por la **ANI** como lo dispuso la medida cautelar, sino por mutuo acuerdo entre dicha Entidad y el contratista, tal y como consta en el documento denominado "**ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**", suscrito el 22 de febrero de 2017.

QUINTO: Que a partir de lo anterior, y después de recaudar el material probatorio en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por medio de la cual ordenó la apertura de la investigación y formuló pliego de cargos.

(i) **Imputación relacionada con el pago de un soborno**

Para la Delegatura, de acuerdo con la información recaudada, **ODEBRECHT** habría acordado con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** el pago de un soborno por un monto de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000). Con el propósito de realizar el pago de dicho soborno, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia) habría solicitado autorización de su superior, **LUIZ ANTONIO MAMERI** (Director de **ODEBRECHT** para América Latina). Una vez otorgada tal autorización, **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** (encargado del manejo de la División de Operaciones Estructuradas de **ODEBRECHT**) habría sido designado para realizar el pago del soborno a través de la "*División de Operaciones Estructuradas*"¹⁵.

El pago de este soborno se habría realizado a cambio de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** garantizara que los términos y condiciones del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 fueran seguidos con completa rigurosidad. De esta forma, la **CONCESIONARIA** aseguraría la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pues, según este entendimiento, cualquier error en que incurrieran los demás proponentes conllevaría a su eliminación durante la licitación.

¹⁵ "Para cumplir su cometido [ofrecimiento y entrega de sobornos], y asegurar la apariencia de corrección y legalidad del flujo de recursos necesario para gratificar a los mediadores y gestores de sus intereses, creó una División de Operaciones Estructuradas (DOE) con varias firmas internacionales para manejar transacciones, con sistemas informáticos encriptados, y empleo de bancos pequeños en países cuyo laxo régimen tributario y blindada reserva bancaria, facilitaban la discreción de las transacciones". Consejo de Estado. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Rad. No. 110010315000 2018 00316 00.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Por otra parte, en la Resolución de Apertura de Investigación se advirtió que el ofrecimiento y pago del soborno habría ocurrido con el conocimiento y el beneplácito de **CORFICOLOMBIANA**. Sobre el particular, se indicó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tenía pleno conocimiento de lo acordado entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ODEBRECHT**. Dentro de las pruebas que darían cuenta de lo anterior, se encuentran, entre otras: (i) un concepto jurídico realizado por **HUGO PALACIOS MEJÍA**, el cual fue tramitado por **CORFICOLOMBIANA** a solicitud de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ODEBRECHT** y (ii) las autorizaciones de pagos sospechosos o extraños que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** otorgó a **MAURICIO MILLÁN DREWS**, Gerente de Administración Contractual del **CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL¹⁶ - CONSOL** (en adelante "**CONSOL**") y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**, para realizar el reembolso del soborno.

De esta forma, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** habrían acordado que **ODEBRECHT** se encargaría de realizar el pago de la totalidad del soborno, mientras que **CORFICOLOMBIANA**, con cargo a la ejecución del contrato, reembolsaría la parte del soborno que le correspondía en proporción a su participación en el negocio. Para tal efecto, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** habría sido el encargado de hacer la división de costos y autorizar los pagos del **CONSOL**, a través de los cuales **CORFICOLOMBIANA** realizaría el reembolso del soborno a **ODEBRECHT**.

Las evidencias que corroborarían la forma en que **CORFICOLOMBIANA** realizó el reembolso del soborno a **ODEBRECHT**, consisten, entre otras, en una serie de pagos que, por su falta de soporte y justificación, podrían obedecer a esta dinámica. Al respecto, en los soportes de los papeles de trabajo del auditor externo de **CONSOL**, la Delegatura evidenció el registro de gastos efectuados a la empresa española **DETECCIÓN DE RIESGOS TÉCNICOS, CONTROL DE CALIDAD Y SUPERVISIÓN DE OBRAS DE EDIFICACIÓN S.A.** (en adelante "**DCS MANAGEMENT**") y otras empresas, por concepto de "*honorarios*", sin que se encuentren los soportes del servicio prestado.

En similar sentido, la Delegatura señaló que, esa misma dinámica, cual es la de suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, estaría acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago del soborno referido, resultaría apenas natural que respecto de ellos se pueda atribuir propósitos similares, asociados con garantizar la adjudicación del contrato y, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de las reclamaciones y de las adiciones.

Aunado a lo anterior, otra de las pruebas que permitiría evidenciar que **CORFICOLOMBIANA** conocía del ofrecimiento y pago del soborno, y que estaba de acuerdo con la dinámica de reembolso, es el contrato de transacción suscrito entre **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **ODEBRECHT** en 2016. En efecto, como consecuencia de las advertencias de contrataciones y pagos irregulares expuestas por **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (*Controller* de la **CONCESIONARIA** desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 10 de noviembre de 2017)¹⁷, **ODEBRECHT** y **EPISOL** celebraron un contrato de transacción en el cual se estipularon nuevas reglas para la gobernanza de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL** con el propósito de evitar que en el futuro se realizaran pagos "*innecesarios para el desarrollo y la correcta ejecución del proyecto*".

Por último, también se incluyó en la imputación a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, quien participó en: (i) la elaboración y presentación de la propuesta para el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009; (ii) la consecución del concepto jurídico solicitado por **GABRIEL IGNACIO**

¹⁶ **CONSOL** se constituyó en atención a la obligación prevista en el Capítulo V del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la cual disponía que era necesario celebrar un Contrato de EPC (*Engineering Procurement and Construction*) para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento contratadas. **CONSOL** estaba integrado por las mismas empresas que conformaban la **CONCESIONARIA**.

¹⁷ Folio 4635 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

GARCÍA MORALES; y (iii) en la contratación de los asesores encargados de desarrollar actividades de "lobby" relacionadas con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, como fue el caso de **CONSULTORES UNIDOS S.A., FEDERICO GAVIRIA VELÁSQUEZ, OTTO NICOLÁS BULA BULA y DANIEL GARCÍA ARIZABALETA.**

En concepto de la Delegatura, los anteriores comportamientos, relacionados con el soborno que **CORFICOLOMBIANA y ODEBRECHT** ofrecieron y pagaron a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para garantizar que las sesgadas condiciones del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 se mantuvieran con irrazonable rigidez durante la adjudicación, constituyeron un comportamiento restrictivo de la libre competencia económica, configurando el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que estuvo orientado a suprimir las presiones competitivas y a garantizar que la estructura plural en la que participaron **EPISOL y ODEBRECHT** obtuviera la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Particularmente, en la Resolución de Apertura de Investigación se destacó que el comportamiento de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** es susceptible de ser valorado a la luz del régimen de protección de la libre competencia económica en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 —*pues si bien no desarrollaba una actividad económica sí podía afectar, y de hecho, afectó su desarrollo*—, debido a que llegó a un acuerdo con **CORFICOLOMBIANA y ODEBRECHT** que, sin ninguna duda, resultó idóneo para eliminar condiciones de verdadera competencia en el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y que, de hecho, generó ese efecto.

Igualmente, la Delegatura precisó que dentro del acervo probatorio recaudado en el marco de la investigación, no se encontró prueba alguna que permita acreditar que **GRUPO AVAL** hubiese tenido conocimiento, prestado su colaboración o participado en la configuración y ejecución del acuerdo colusorio que se celebró con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, pero habría abundante material probatorio para determinar que sus controladas **CORFICOLOMBIANA y EPISOL**, si habrían celebrado un acuerdo anticompetitivo o colusorio con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** a través de las actuaciones de sus más altos directivos.

Según las pruebas recabadas hasta ese momento, en sustento de la imputación se expuso que el reembolso del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue sufragado con recursos pagados por la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, específicamente mediante los pagos que realizó **CONSOL**.

De acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación, el acuerdo anticompetitivo evidenciado restringió la libre competencia económica en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, pues además del carácter oculto de su realización y de las consecuencias que generó, impidió condiciones de igualdad entre los proponentes y eliminó de tajo la posibilidad de que la entidad contratante realizara una selección objetiva entre los oferentes.

Para la Delegatura, los comportamientos desplegados configurarían una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, debido a que existió todo un sistema anticompetitivo en el que la **CONCESIONARIA** constituyó el vehículo jurídico que hizo posible la materialización de la conducta infractora, pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable para la generación de los efectos anticompetitivos, esto es, la firma del respectivo contrato estatal de concesión y la materialización de pagos ilícitos que hicieron parte de las conductas contrarias al régimen de libre competencia económica.

Así las cosas, las pruebas presentadas en la Resolución de Apertura de Investigación sugerirían la existencia de un sistema anticompetitivo dirigido a manipular el resultado de un proceso público que tenía como finalidad la escogencia de un contratista para otorgarle una concesión. En esas circunstancias, la participación de la **CONCESIONARIA** para la celebración del contrato, integrada en parte por **ODEBRECHT y EPISOL**, representó una contribución a la materialización de la conducta y a sus resultados, estrictamente necesaria para la consumación del sistema anticompetitivo.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Con fundamento en lo expuesto y los elementos probatorios recaudados, para la Delegatura los agentes de mercado habrían incurrido en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y habrían infringido la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, en relación con las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado, la Delegatura les imputó la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas imputadas a los agentes de mercado.

(ii) Imputación relacionada con el aprovechamiento de un conflicto de intereses

Este cargo se fundamentó en la existencia de la relación conyugal de **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**. Este conflicto de intereses se habría configurado debido a la posición que cada uno de ellos ocupaba en el Proyecto Ruta del Sol 2, pues mientras **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** pertenecía al grupo estructurador del proyecto, su esposo, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, hacía parte de una de las empresas interesadas en participar en la licitación. En esa medida, en la Resolución de Apertura de Investigación se presentaron evidencias que darían cuenta que **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** habrían adoptado comportamientos orientados a aprovechar u obtener una ventaja presuntamente anticompetitiva de tal situación.

Sobre el particular, lo primero que se advirtió fue que **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** habrían tenido un papel trascendental durante el desarrollo del Proyecto Ruta del Sol 2. De una parte, **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** hacía parte del grupo conformado por la **IFC**¹⁸ para realizar la estructuración del Proyecto Ruta del Sol. En esa medida, (i) era una de las personas encargadas de mantener contacto con los eventuales proponentes, quienes la identificaban como "*la coordinadora de la IFC para el proyecto*"¹⁹; (ii) tenía acceso a toda la información del Proyecto Ruta del Sol y (iii) podía participar en la determinación de las condiciones del Proyecto Ruta del Sol.

Por otra parte, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, en su calidad de Vicepresidente de Planeación Corporativa del **GRUPO AVAL**, estaba obligado a conocer y evaluar el impacto que podrían tener las inversiones de las subsidiarias del **GRUPO AVAL**. Por esta razón, (i) participó en el "*Memorando de Entendimiento*" (siglas en inglés, **MOU**) que negociaron **CORFICOLOMBIANA** y **ODEBRECHT**; (ii) solicitaba información sobre los costos y la estructuración financiera para participar en el Proyecto Ruta de Sol 2 y (iii) recibió presentaciones en las cuales se explicaban las observaciones del **INCO** al Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y las discusiones adelantadas con **ODEBRECHT**.

Según la Resolución de Apertura de Investigación, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** presuntamente habrían tenido conocimiento del conflicto de intereses. Pese a ello, estas personas, lejos de implementar alguna medida para evitar dicho conflicto, habrían realizado comportamientos orientados a aprovechar tal situación en beneficio de las compañías que representaban. Como fundamento de la imputación, se relacionaron algunos correos electrónicos por medio de los cuales **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** se habría valido de esta relación conyugal para programar reuniones con **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** con el objetivo de exponer las expectativas de **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** en relación con el Proyecto Ruta de Sol 2.

¹⁸ El 18 de octubre de 2007, el **INCO** y la **IFC** celebraron un "*Convenio de Cooperación Técnica*" con el objetivo de que el organismo multilateral asistiera al **INCO** en la revisión, estructuración y puesta en marcha del Proyecto Ruta del Sol.

¹⁹ Folio 4196 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración del 26 de julio de 2017. **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**. Min: 43:45.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Adicionalmente, la Delegatura hizo referencia al comportamiento de los investigados una vez se reveló el conflicto de intereses. Particularmente, en una de las audiencias de aclaraciones al proyecto de pliego de condiciones del Proyecto Ruta del Sol 2, se hizo pública la relación conyugal de **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** con **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**. Como consecuencia de este evento, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** habrían desplegado acciones orientadas a ocultar la gravedad de la situación y habrían procurado restarle importancia al conflicto de intereses, con el objetivo de seguir aprovechando la ventaja competitiva que habrían obtenido por esta vía.

En concepto de la Delegatura, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** intentó mantener en la clandestinidad su participación en el Proyecto Ruta del Sol 2, debido a que al parecer era consciente de que se encontraba inmerso en un conflicto de intereses. Lo anterior, con fundamento en un correo electrónico en el cual afirmó que no era conveniente que asistiera a reuniones con **ODEBRECHT**.

Con fundamento en lo expuesto y los elementos probatorios recaudados, para la Delegatura los agentes de mercado habrían incurrido en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, en relación con las personas naturales se les imputó la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas imputadas a los agentes de mercado.

(iii) Imputación relacionada con los contactos privados y directos

Para la Delegatura, esta conducta habría consistido en que los investigados mantuvieron contactos privados y directos con la **IFC** y el **INCO** con inobservancia de la regla que los prohibía. El objetivo de estos contactos habría consistido en hacer valer las opiniones y consideraciones de los investigados, sin que estas fuesen sometidas a la contradicción de los demás proponentes en el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009. De esta forma, los investigados habrían obtenido una ventaja presuntamente anticompetitiva, pues su comportamiento tendría la capacidad de influir en la determinación de algunas de las condiciones establecidas para la presentación de las propuestas.

En primer lugar, en la Resolución de Apertura de Investigación se hizo referencia a la regla que prohibía a la **IFC** y al **INCO** tener contactos privados y directos con los proponentes una vez se realizara la publicación del proyecto del pliego de condiciones del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009. En tal medida, desde el proyecto del pliego de condiciones se dispuso que ni el **INCO**, ni la **IFC**, ni sus funcionarios estaban facultados para tener contactos privados y directos con los interesados. En caso de que estos quisieran comunicarse con estas entidades, debían hacerlo únicamente por canales oficiales.

En desconocimiento de la prohibición en comento, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** habrían tenido contactos privados con **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, Investment Officer de la **IFC**. Para tal fin, **ODEBRECHT** recurrió a canales de comunicación "*no formales*" para presuntamente influir en las decisiones de la **IFC** en relación con algunos asuntos del Proyecto Ruta del Sol 2. Dentro de estos contactos privados y directos se encuentra: (i) la comunicación del 3 de julio de 2009, por medio de la cual **ODEBRECHT** le expresó a **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** la inconformidad que les generaba que la **IFC** hubiera puesto a disposición del público un modelo digitalizado del terreno; (ii) las declaraciones de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quienes admitieron haberse reunido con personal de la **IFC** a fin de "*complementar*" la información disponible en el cuarto de datos y (iii) el correo electrónico titulado "*Presentaciones Junta Aval*", en el cual se indicaba que "(...) Adicionalmente se avanza en la coordinación de la interlocución con otros miembros potenciales del grupo y la **IFC**".

Como resultado de los contactos privados y directos, la **CONCESIONARIA** habría resultado favorecida con la adjudicación del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009. Lo anterior,

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

debido a que estas conductas habrían influenciado la modificación del régimen de garantías y la interpretación acomodada del término "*proyecto de infraestructura*" establecido en los pliegos de condiciones. Por una parte, en relación con la modificación del régimen de garantías, en la Resolución de Apertura de Investigación se indicó que el Decreto 4828 de 2009²⁰ habría sido modificado por recomendación de **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**. Esta modificación habría estado motivada por las solicitudes privadas e informales de **ODEBRECHT**²¹, pues los ajustes se realizaron en condiciones que correspondieron con las expectativas de esta compañía y que favorecían la propuesta de la **CONCESIONARIA**.

Por otra parte, en relación con el término "*proyecto de infraestructura*", la Delegatura indicó que este término habría sido interpretado por el **INCO** para beneficiar a **ODEBRECHT** y a **CORFICOLOMBIANA**.

Una de las pruebas que demostrarían que la interpretación restrictiva del concepto "*proyecto de infraestructura*" hizo parte de los contactos privados y directos de **ODEBRECHT**, fue el correo electrónico con asunto "*MEDIDAS PARA LA CONTINUIDAD DEL PROCESO*". En este correo **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le indicó a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** que era necesario influenciar a la **IFC** y a la entidad contratante para que "*no variaran los requisitos para acreditar concesiones*" y para que "*no se aceptara la inclusión del sector ferroviario en proyectos de infraestructura como requisito de experiencia en construcción*". Sobre el particular, la Delegatura destacó que el **INCO** negó la petición de algunos interesados consistente en que se ampliara ese concepto de forma que incluyera la experiencia en construcción de ferrocarriles y metros. Tal determinación, que no habría tenido fundamentos técnicos, resultaba restrictiva y sesgada, pues únicamente favorecía a **ODEBRECHT** al descalificar a sus demás competidores.

Con fundamento en lo expuesto y los elementos probatorios recaudados, para la Delegatura los agentes de mercado habrían incurrido en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, en relación con las personas naturales se les imputó la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas imputadas a los agentes de mercado.

SEXTO: Que de conformidad con el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 mediante Resolución No. 7154 del 28 de marzo de 2019²², Resolución No. 17164 del 28 de mayo de 2019²³ y Resolución No. 26236 del 5 de julio de 2019²⁴, se corrió traslado y se aceptó a la **ANI** como tercero interesado en la actuación administrativa.

SÉPTIMO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y corridos los términos para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019²⁵ y Resolución No. 36953 del 15 de agosto de 2019²⁶, la Delegatura ordenó el decreto de las pruebas que se consideraron conducentes, pertinentes y útiles para la investigación.

²⁰ El Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008 fue modificado por el Decreto 2493 del 3 de julio de 2009.

²¹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

²² Folio 11228 al 11232 del cuaderno público No. 44 del Expediente.

²³ Folio 11474 al 11479 del cuaderno público No. 45 del Expediente.

²⁴ Folio 11737 al 11744 del cuaderno público No. 47 del Expediente.

²⁵ Folio 11764 al 11880 del cuaderno público No. 47 del Expediente.

²⁶ Folio 12020 al 12021 del cuaderno público No. 48 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Posteriormente, de conformidad con los principios de economía y celeridad que orientan las actuaciones administrativas, establecidos en los numerales 12 y 13 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, mediante Resolución No. 51575 del 1 de octubre 2019²⁷, Resolución No. 54787 del 16 de octubre de 2019²⁸, Resolución No. 56554 del 22 de octubre de 2019²⁹, Resolución No. 57562 del 25 de octubre de 2019³⁰, Resolución No. 61068 del 6 de noviembre de 2019³¹, Resolución No. 62209 del 12 de noviembre de 2019³², Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019³³, Resolución No. 65277 del 22 de noviembre de 2019, Resolución No. 65855 del 25 de noviembre de 2019³⁴, Resolución No. 73165 del 12 de diciembre de 2019³⁵ y Resolución No. 75628 del 19 de diciembre de 2019³⁶, la Delegatura reprogramó la práctica de unas pruebas, aceptó el desistimiento de algunas solicitudes probatorias, prescindió de la práctica de otras pruebas, resolvió unas nulidades procesales y cerró la etapa probatoria.

OCTAVO: Que el 23 de julio de 2020, una vez culminó la etapa probatoria y se agotó el trámite previsto en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el informe motivado³⁷ con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado"), en el cual recomendó:

8.1. Sobre la imputación relacionada con el pago de un soborno

(i) Declarar responsable y sancionar a **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA, la CONCESIONARIA, EPISOL y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por haber incurrido en conductas anticompetitivas previstas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

(ii) Declarar administrativamente responsables y sancionar a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas anticompetitivas previstas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

(iii) Conceder a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** el beneficio de la exoneración total de la posible multa a imponer en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1523 de 2015, en razón de su efectiva colaboración en la actuación administrativa.

²⁷ Folio 14521 al 14525 del cuaderno público No. 61 del Expediente.

²⁸ Folio 14658 al 14660 del cuaderno público No. 61 del Expediente.

²⁹ Folio 14764 al 14772 del cuaderno público No. 62 del Expediente.

³⁰ Folio 14843 al 14861 del cuaderno público No. 62 del Expediente.

³¹ Folio 14987 al 14994 del cuaderno público No. 63 del Expediente.

³² Folio 15120 al 15121 del cuaderno público No. 64 del Expediente.

³³ Folio 15222 al 15231 del cuaderno público No. 64 del Expediente.

³⁴ Folio 15541 al 15544 del cuaderno público No. 65 del Expediente.

³⁵ Folio 15719 al 15721 del cuaderno público No. 66 del Expediente.

³⁶ Folio 15811 al 15814 del cuaderno público No. 67 del Expediente.

³⁷ Radicado SIC 17-14777-1171.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación de declarar administrativamente responsables a los agentes de mercado y personas naturales investigadas.

La Delegatura encontró probada la responsabilidad administrativa de los investigados respecto de los comportamientos que les fueron imputados con fundamento en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Con ese propósito, inicialmente presentó una contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** y las prácticas que miembros de esa organización reconocieron haber llevado a cabo a nivel mundial en relación con pagos indebidos.

En esa medida, para la Delegatura el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) celebrado por **ODEBRECHT** y el **DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA** (*United States Department of Justice*) en el cual se da cuenta de conductas ilegales en que incurrió **ODEBRECHT** y varios de sus empleados en todo el mundo, explica el *modus operandi* del sistema de sobornos implementado por dicha empresa para lograr la adjudicación de proyectos de infraestructura³⁸.

Particularmente, destacó que "(...) Entre 2009 y 2014 **ODEBRECHT**, realizó pagos por 11 millones en Colombia para asegurar contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 millones" y "(...) entre 2009 y 2010 **ODEBRECHT** aceptó pagarle a través de la [división de operaciones estructuradas] y el empleado número SEIS, 6.5 millones en un soborno a un oficial del gobierno encargado de otorgar un proyecto de construcción, y este oficial les daría ayuda y asesoría para ganar ese proyecto"³⁹. (Negrilla fuera de texto original).

De conformidad con el Informe Motivado, lo anterior resultó corroborado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, funcionarios de **ODEBRECHT**, en la denuncia instaurada ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por diferentes hechos en relación con el Proyecto Ruta del Sol⁴⁰, a quien le imputaron los delitos de celebración indebida de contratos, cohecho impropio y enriquecimiento ilícito, aceptó los cargos, y fue condenado a pena privativa de la libertad⁴¹.

Para la Delegatura, en el marco de un gran sistema corrupto a nivel mundial, **ODEBRECHT** utilizó diferentes estrategias —*pertenecientes a un sistema anticompetitivo*—, entre ellas, pactar un acuerdo que incluía un soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. En efecto, este acuerdo ilegal, sería parte de un sistema anticompetitivo complejo, sin que pueda reputarse como el único elemento constitutivo de dicho sistema.

El encargado de realizar el contacto con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien había sido designado por **LUIZ ANTONIO MAMERI** para que hiciera pactos con la finalidad de comprar a servidores públicos. De tal modo, la Delegatura estableció que quién autorizó a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para que realizara el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue **LUIZ ANTONIO MAMERI**, quien supervisaba las actuaciones de **ODEBRECHT** en América Latina y Angola y era su superior jerárquico.

Bajo ese contexto, se presentaron diferentes pruebas que permiten evidenciar que uno de los elementos integrantes del sistema anticompetitivo fue la existencia del acuerdo entre

³⁸ Folios 75 a 76 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

³⁹ Folio 84 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁴⁰ Folios 144 a 157 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁴¹ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Juzgado Treinta y Uno (31) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Sentencia del 12 de diciembre de 2017. Condena contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por los delitos de cohecho impropio en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos. Documento: CUADERNO DE PRUEBAS No. 196 del folio 1 al 510 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

CORFICOLOMBIANA, EPISOL y ODEBRECHT con GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. A partir de varias evidencias la Delegatura encontró que, para la celebración y ejecución del acuerdo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** junto con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** realizaron diferentes reuniones.

Al respecto, en unas "*reuniones de presentación y acercamiento*", **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** presentó a **ODEBRECHT** como la empresa mejor capacitada para ejecutar el Proyecto Ruta del Sol y, en otras "*reuniones de definición del acuerdo*", acordaron que la **CONCESIONARIA** sería la adjudicataria del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para la construcción, operación y mantenimiento del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Igualmente, en el Informe Motivado se presentaron evidencias de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tuvo conocimiento de todas las reuniones que se desarrollaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para la determinación del acuerdo. En efecto, para la Delegatura se encuentra acreditado que el pago del soborno, no estuvo en su totalidad a cargo de **ODEBRECHT**. De conformidad con el material probatorio obrante en el Expediente, determinó que el pago se efectuó con el aporte, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA**, por lo que participó del acuerdo y del sistema anticompetitivo ideado y buscó, entre otras cosas, asegurar los beneficios y su éxito.

Para dicho propósito, se acreditó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, con la finalidad de tratar detalles puntuales relacionados con el soborno, se reunió en la oficina de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. En dicha reunión, este le aclaró al funcionario de **ODEBRECHT** que procederían de la forma como se había acordado con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, pero existían algunas dificultades que rodeaban la ejecución del pago, con ocasión de los procedimientos y buenas prácticas establecidas al interior de la compañía, por lo que el correspondiente aporte de **CORFICOLOMBIANA** tendría que tratarse de una manera especial.

En el contexto descrito, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** acordó con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que en principio **ODEBRECHT** se encargaría de pagar la totalidad de la suma correspondiente al soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Esto se desarrollaría, como en efecto ocurrió, de conformidad con el sistema anticompetitivo que incluía reembolsos y encubrimiento de pagos ilícitos.

Otras de las circunstancias que detalló la Delegatura fue la intervención de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en la obtención de un concepto jurídico solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA**, lo que demostraría el conocimiento y la participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y de **CORFICOLOMBIANA** en el soborno y en la ejecución del acuerdo anticompetitivo.

A partir de diferentes evidencias también se acreditó que **LUIZ ANTONIO MAMERI**, quien era consciente de la ilegalidad del acuerdo, conoció y autorizó el pago de la suma que se le entregó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por concepto del soborno. Igualmente, la Delegatura encontró acreditado que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** aceptó que fue el encargado de realizar el pago del soborno por un valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000), lo que fue corroborado por **LUIZ ANTONIO MAMERI**, una vez realizadas las investigaciones al interior de **ODEBRECHT**.

De acuerdo con los hallazgos del Informe Motivado existía todo un sistema apropiadamente estructurado que facilitaba la toma de decisiones, pues incluso sin que los miembros de **ODEBRECHT** tuvieran plena comunicación sobre un mismo asunto, podían estos actuar de forma coordinada con el propósito de lograr sobornar a funcionarios públicos encargados de participar en la adjudicación de contratos, en desarrollo de las labores puntuales que tenían a su cargo cada uno de los miembros de la compañía.

Así las cosas, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** participaron en el sistema anticompetitivo, al cual pertenecía el acuerdo ilegal del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

soborno, y que también sirvió para lograr la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la obtención de los beneficios de este y su posterior encubrimiento y preservación.

La Delegatura también pudo corroborar que se llevaron a cabo gestiones adicionales con el fin de instrumentalizar el pago del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, para ello contaron con la intermediación de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**.

Según las evidencias, el acuerdo no solo tenía por objeto aplicar el pliego de condiciones con rigor y no permitir ninguna desviación o modificación de estos, sino que, además, fue una pieza para estructurar el sistema anticompetitivo. En efecto, el alcance y contenido del acuerdo celebrado — *en el marco del sistema anticompetitivo*—, también incluía que la **CONCESIONARIA** resultaría adjudicataria del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, procurando que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** utilizara los mecanismos que fueran necesarios para obstaculizar a otros competidores. Esto, evitó que se aplicara cualquier garantía de transparencia, igualdad y selección objetiva que pudiera existir en el proceso de selección. Sin embargo, para la Delegatura incluso si se aceptara la tesis de que el acuerdo estaba encaminado únicamente a mantener incólumes los pliegos, no por ello perdería su carácter de anticompetitivo.

Además, en el Informe Motivado se expuso que los anteriores comportamientos afectaron la libre participación de las empresas, en el momento en que **ODEBRECHT** ejerció presión sobre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar a otro competidor, en beneficio de la **CONCESIONARIA**. Esta presión era idónea para lograr distintos objetivos, puesto que mediaba un acuerdo anticompetitivo y, además, debido a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** había aceptado y negociado con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** un soborno de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

Igualmente, puntualizó que resultó afectado el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, en el momento en que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** debía intervenir a favor de la **CONCESIONARIA** de la que era parte **ODEBRECHT**, es decir, cuando la selección del adjudicatario dejó de ser objetiva, y fue fruto de la presión ejercida por **ODEBRECHT** debido al soborno prometido y, posteriormente, pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en cumplimiento del acuerdo celebrado.

En concepto de la Delegatura, no es posible que funcione adecuadamente un mercado y logre sus cometidos en beneficio de los consumidores y la eficiencia económica, cuando media una distorsión artificial como la de un acuerdo anticompetitivo, el cual además estaba potenciado por el sistema anticompetitivo del cual era parte.

Precisamente, en el Informe Motivado se encontró que se aprovecharon de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** no estaba vinculado a las decisiones que tomara el Comité Evaluador ni a las opiniones del Comité Asesor Especial sobre la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2, por lo que una de las obligaciones a su cargo dentro del sistema anticompetitivo era servir de "seguro" para que resultara adjudicatario **ODEBRECHT**, de manera que no se perdería el dinero invertido en la preparación de la propuesta, asesores y *lobistas*, cifra que podía ascender a los quince millones de dólares (USD \$ 15.000.000).

La Delegatura concluyó que un acuerdo cuyo objeto consistió en el pago de un soborno no solo resulta contrario a las normas de la contratación estatal y a la moralidad pública, sino que es idóneo en sí mismo para afectar la libre competencia económica, en tanto restringe la posibilidad de realizar una selección objetiva, contraría la transparencia de la contratación estatal y altera la igualdad de condiciones frente a los demás competidores no apalancados artificialmente por un soborno. En ese sentido, dicho acuerdo restrictivo de la libre competencia de que trata el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, fue parte integrante del sistema anticompetitivo en el que incurrieron los investigados de conformidad con el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

En el contexto referido, en el Informe Motivado se encontró que para adjudicar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a la **CONCESIONARIA**, tal decisión se vio permeada por los

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

procedimientos adoptados —entre otros, la creación de un Comité Asesor Especial que no era idóneo, así como la aplicación literal o estricta de los pliegos de condiciones— por parte de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para dar apariencia de transparencia al proceso licitatorio.

Como otra pieza para estructurar el sistema anticompetitivo, la Delegatura encontró una estrategia empleada para reembolsar el pago del soborno y otros pagos irregulares derivados del acuerdo anticompetitivo. En efecto, como **ODEBRECHT** pagó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** la totalidad de los seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) que se acordaron por concepto del soborno, dividió el valor del soborno con **CORFICOLOMBIANA** y lo fueron reembolsando a lo largo de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través de **CONSOL**, perpetuando así su conducta en el marco del sistema anticompetitivo que incluía diversos pagos no justificados de manera adecuada en la contabilidad.

Sobre este punto, en el mencionado contrato celebrado entre el **INCO** y la **CONCESIONARIA** se indicó que se debía celebrar un Contrato de **EPC** (*Engineering, Procurement and Construction*) para ejecutar las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento contratadas. Con el fin de cumplir esa obligación se constituyó **CONSOL**.

En ese orden de ideas, de conformidad con el Informe Motivado, se determinó que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol, tuvo conocimiento del acuerdo anticompetitivo y del sistema anticompetitivo, en el que participó de forma activa al autorizar pagos durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que se realizaron por medio de **CONSOL**.

A partir de lo expuesto, la Delegatura también presentó diferentes declaraciones y pruebas documentales que le permitieron concluir que el comportamiento anticompetitivo no se agotó en un solo momento, ni con el pago del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sino que se trató de un sistema complejo que requería de múltiples actividades y procedimientos que se prolongarían en el tiempo, en que los reembolsos fueron realizados de manera continuada desde el 2010 y, por lo menos, hasta el 2016. De esto, dan cuenta las declaraciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**), **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**) y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (*Controller* de la **CONCESIONARIA**).

En efecto, se identificaron pagos fraudulentos o que llamaban la atención porque no correspondían con servicios de obras que en realidad se hubiesen ejecutado, bien fuera en una fase inicial (pago de **DCS MANAGEMENT**), o con obras que no estuvieran asociadas con la ejecución del proyecto o con pagos respecto de los que no había soporte de la gestión predial⁴².

Particularmente, el Informe Motivado encontró que en ejercicio del cargo de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**, **MAURICIO MILLÁN DREWS** identificó entre 2010 y 2014 una serie de pagos y transacciones por montos elevados a empresas en el exterior que no contaban con los documentos y credenciales suficientes y, por lo tanto, llamaron su atención, situación que comunicó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y, a su vez, este dio la instrucción de realizar dichos pagos.

Del mismo modo, presentó la declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**) que da cuenta de una situación que se presentó en 2015 frente a una autorización de pagos para el **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA** y una firma llamada **RGQ LOGISTIC**. Sobre el particular, indicó que se negó a firmar la autorización de algunos pagos porque se referían a obras que no se habían ejecutado, lo cual también fue comunicado a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

⁴² Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. Rendida el 8 de octubre de 2019.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Las anteriores irregularidades se encuentran corroboradas con los papeles de trabajo de la firma de auditoría **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.** (Revisor fiscal de **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y de la **CONCESIONARIA**, y quienes realizaban la auditoría externa de **CONSOL**) y en los registros contables de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**.

En esa medida, el material probatorio demuestra que en ocasiones **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** indicó que se procediera con los pagos, para lo cual, en algunas oportunidades, se comunicó con personal de **ODEBRECHT**. En concepto de la Delegatura, algunos de esos pagos irregulares y transacciones identificadas permitieron que se reembolsara el pago del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el curso de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, soborno que se había pagado anteriormente y en su totalidad por **ODEBRECHT** como parte del sistema anticompetitivo. En otras palabras, dichos reembolsos eran empleados para que **ODEBRECHT** realizara el ajuste de cuentas y obtuviera la parte correspondiente del soborno que estaba a cargo de **CORFICOLOMBIANA**.

Mediante contrato celebrado el 7 de abril de 2016, se discutió la *"necesidad de evaluar la procedencia de varios contratos suscritos con proveedores"*⁴³, y aunque no se hizo referencia a las contrataciones y desembolsos puntuales, éste fue el instrumento por medio del cual **ODEBRECHT** efectuó la devolución de \$ 33.081.998.394 a **CONSOL**, con motivo de los pagos y movimientos que no contaban con los respectivos soportes contables y cuyo objeto fue la transacción entre las partes.

Adicionalmente, en el Informe Motivado se encontró que en 2016 **ODEBRECHT** buscó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y a **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** para reconstruir información y para que este último suscribiera un contrato con fecha de 2009 que no se habría ejecutado y que no tendría soporte legal. Esto ratificaría la práctica reiterada de justificar pagos ilícitos con contratos o documentos artificiosos que no se ejecutaban realmente y representaría un ejemplo irrefutable de la forma en que se perpetuaba el sistema anticompetitivo por medio del cual se pagaban y reembolsaban las sumas de dinero a funcionarios y otras personas.

Finalmente, la Delegatura puntualizó que la conducta de los investigados fue continuada, pues (i) existió una pluralidad de acciones y omisiones; (ii) tuvo una unidad de propósito o intención y (iii) conservó una identidad de los elementos que configuran las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, por lo que el acuerdo y el sistema anticompetitivo al que perteneció, permitió prolongar la conducta anticompetitiva hasta el 22 de febrero de 2017, momento en el cual la **ANI** y la **CONCESIONARIA** suscribieron la terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

8.2. Sobre la imputación relacionada con el aprovechamiento de un conflicto de intereses

(i) Archivar la investigación a favor de **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** y **GRUPO AVAL** por incurrir en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

(ii) Archivar la investigación a favor de **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, por la presunta comisión de las conductas previstas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 respecto del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación de archivo a los agentes de mercado y personas naturales investigadas.

La Delegatura encontró probada la responsabilidad administrativa de los investigados respecto de los comportamientos que les fueron imputados. Así, estableció con diferentes pruebas

⁴³ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

documentales y declaraciones que existió un conflicto de intereses, derivado de una relación conyugal, entre **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, que, en el marco del Proyecto Ruta del Sol, aprovecharon en su beneficio el **GRUPO AVAL**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** de forma tal que incurrieron en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

No obstante, a pesar de que la conducta investigada resultó ser restrictiva de la competencia, la Delegatura con base en el material probatorio recaudado y surtida la etapa probatoria, determinó que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

Al respecto, determinó que **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, **GRUPO AVAL**, **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, **ALEJANDRO SANCHEZ VACA** y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** ejecutaron diversos actos que se prolongaron en el tiempo y se materializaron hasta antes de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Por tal motivo, el término de caducidad debe contabilizarse desde el último hecho constitutivo de la conducta ilícita correspondiente al aprovechamiento del conflicto de intereses, el cual ocurrió con la adjudicación del mencionado contrato. Esto en consideración a que fue hasta ese momento que **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** tuvo participación en el Proyecto Ruta del Sol.

De esta manera, comoquiera que el Proyecto Ruta del Sol 2 se adjudicó el 15 de diciembre de 2009, la Delegatura concluyó que la facultad sancionatoria caducó en el año 2014, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

8.3. Sobre la imputación relacionada con los contactos privados y directos

(i) Archivar la investigación a favor de **ODEBRECHT** por incurrir en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

(ii) Archivar la investigación a favor de **LUIS ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta anticompetitiva proscrita en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación de archivo a los agentes de mercado y personas naturales investigadas.

La Delegatura encontró probada la responsabilidad administrativa de los investigados respecto de los comportamientos que les fueron imputados. Así, estableció que llevaron a cabo diferentes comportamientos con inobservancia de la regla que prohibía a los interesados en el proceso de licitación pública SEA-LP-001-2009 mantener contactos privados y directos con personas vinculadas a la IFC y al INCO una vez se dio apertura al proceso de selección referido, de forma tal que incurrieron en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

No obstante, a pesar de que la conducta investigada resultó ser restrictiva de la competencia, la Delegatura con base en el material probatorio recaudado y surtida la etapa probatoria, determinó que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

Al respecto, determinó que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.**, **LUIS ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, infringieron las reglas establecidas en el pliego de condiciones, a través de actuaciones que se ejecutaron de manera continuada, hasta antes de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De esta manera, para la Delegatura hubo diferentes momentos en los que se consolidó una comunicación directa y privada, pese a que no estaba permitido en el pliego de condiciones. Sin embargo, teniendo en cuenta que la última conducta constitutiva del hecho habría tenido lugar en el año 2009 con la adjudicación, la facultad sancionatoria caducó en el año 2014, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

NOVENO: Que mediante escritos radicados el 18 y 21 de agosto de 2020, **ODEBRECHT, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** presentaron solicitud de recusación contra el Superintendente de Industria y Comercio por considerar que estaría incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

Surtido el trámite previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, mediante Resolución No. 0944 del 10 de septiembre de 2020⁴⁴ resolvió declarar improcedente la recusación formulada.

DÉCIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes manifestaron sus observaciones al mismo y presentaron solicitudes de nulidad, archivo y revocación directa.

A continuación, se presentan las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados⁴⁵. Con esa finalidad, en primer lugar, se presentará un resumen de los argumentos expuestos en las observaciones relacionadas con la imputación denominada "**PAGO SOBORNO**" y, posteriormente, en consideración a que se acogerá la recomendación de archivo del Informe Motivado, con fundamento en la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, respecto a las imputaciones denominadas "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", se presentará un breve resumen de las observaciones a estos cargos.

10.1. Respecto de la imputación relacionada con el pago de un soborno

Dado que algunos de los argumentos expuestos en las observaciones son reiterativos o repetitivos, inicialmente se presentarán aquellos que son comunes entre algunos investigados y, posteriormente, los argumentos particulares de cada investigado.

10.1.1. Observaciones comunes presentadas por algunos investigados

- La Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con competencia temporal dado que ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria.
- Con fundamento en la aplicación de las normas procesales en el tiempo y el principio de favorabilidad se debe aplicar el término de caducidad de tres (3) años previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo.
- No existió un análisis individual de la responsabilidad administrativa para establecer si en el caso de cada uno de los investigados, conforme sus actuaciones u omisiones, ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria.

⁴⁴ Radicado SIC 17-14777-1267.

⁴⁵ Toda vez que en este estado del trámite se encuentra precluida la oportunidad probatoria de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, no serán analizadas en esta instancia las solicitudes de decreto y práctica de pruebas presentadas por algunos de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, sin perjuicio de que si eventualmente los documentos aportados obran previamente como prueba en el Expediente se les asigne el valor legal que les corresponda en el presente acto administrativo.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- No es correcta la tesis de conducta continuada ya que no se cumplen sus requisitos de unidad de intención y de identidad como elementos configuradores. Por ejemplo, frente al primer requisito se pasa por alto que hay dos intenciones diferenciadas, no solo de manera conceptual, sino también cronológica, y dos conductas distintas. Una previa a la adjudicación del contrato y presuntamente desarrollada en el curso del proceso de selección, cuya presunta finalidad era coludir en la licitación y obtener la adjudicación (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), y otra totalmente escindible y posterior a la adjudicación supuestamente encaminada a encubrir la primera (artículo 1° de la Ley 155 de 1959).
- Se omitió que tratándose de colusión en licitaciones públicas la caducidad no puede iniciar su cómputo después del acto de adjudicación sin que se tengan en cuenta los efectos que produzca la conducta.
- Se vulneró el debido proceso al impedirse el acceso completo al Expediente, en especial a la información identificada con la denominación CUADERNO RESERVADO "xxxxx".
- Se infringió el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al formular cargos generales, que no son precisos ni claros. En el caso de las personas naturales nunca se especificó la conducta que se imputó (colaborar, facilitar, autorizar o tolerar).
- Se puso en riesgo la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa al realizar conjeturas, elucubraciones y apreciaciones infundadas carentes de prueba. Además, se abusó y empleó erróneamente las máximas de la experiencia, utilizándolas para llenar vacíos probatorios.
- El Superintendente de Industria y Comercio expresó públicamente que los estándares de responsabilidad que deben aplicarse en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia son los del derecho penal y que no deben sustentarse en indicios. Con sustento en lo anterior, no deben aceptarse las recomendaciones del Informe Motivado porque se sustentó a partir de una incorrecta construcción de la inferencia lógica de la prueba indiciaria. Además, ni en la Resolución de Apertura de Investigación ni en el Informe Motivado se aportó prueba que demuestre la afectación a la libre competencia económica.
- Las pruebas desvirtúan la "inferencia" de que el pago del soborno aseguró la adjudicación del contrato. Los hechos probados demuestran que la situación ocurrió de forma diferente al no haberse afectado la libre competencia económica porque: (i) no siempre que se paga un soborno es para asegurar la adjudicación de un contrato, también lo puede ser para nivelar el campo de juego, como lo señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE"); (ii) no se configuraron los elementos de la definición de "acuerdo anticompetitivo"; (iii) el funcionario sobornado no fue quien tomó la decisión de seleccionar al ganador; (iv) la decisión de no escoger como ganador a los otros oferentes no infringió el pliego de condiciones y (v) los oferentes que no fueron escogidos no demandaron el acto de adjudicación del contrato ni alegaron que su no escogencia, o la escogencia del ganador, obedeció a una violación del pliego de condiciones.
- Se desconoció la presunción de inocencia aplicable al derecho administrativo sancionatorio al realizar, en varios análisis, presunciones de mala fe. La carga de la prueba era de la Superintendencia de Industria y Comercio y no de los investigados.
- No se analizaron las pruebas en conjunto ni se hizo una exposición razonada del mérito que se le asignó a cada una.
- Se emplearon pruebas nulas, obtenidas con violación del debido proceso, el derecho de contradicción y de forma ilegal, tales como: (i) las denuncias penales y declaraciones rendidas ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN que no son prueba; (ii) testimonios que no fueron

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

sujetos a contradicción y confrontación y (iii) pruebas del proceso penal contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ante el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito de Conocimiento en que se decretó una prueba y se practicó otra diferente y su incorporación al Expediente fue posterior a la oportunidad con que contaban los investigados para aportar y solicitar pruebas.

- En diferentes declaraciones se hicieron preguntas repetitivas e inductivas para que la respuesta del declarante se ajustara a la teoría del caso de la Delegatura, en desconocimiento del artículo 220 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso.
- La responsabilidad en materia sancionatoria es personal e individual. Se atribuyeron responsabilidades por hechos y pruebas relacionadas con terceros.
- Se violó el principio de congruencia en el Informe Motivado al incluir nuevas imputaciones, teorías de infracción, hechos y, al modificar la acusación y aspectos sustanciales a lo establecido en la Resolución de Apertura de Investigación. Por ejemplo, los pagos irregulares posteriores a 2010 y el supuesto "*sistema*".
- La conducta es atípica debido a que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ha sido interpretado como un acuerdo entre oferentes (agentes competidores) y no entre un oferente y un funcionario público.
- A **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se le condenó por cohecho impropio, es decir, se le pagó por ejecutar un acto en el desempeño de su cargo. Así, como lo ha declarado ante diferentes autoridades como el **TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y en el marco del procedimiento administrativo, únicamente se comprometió a aplicar el pliego de condiciones con rigor y no permitir ninguna desviación o modificación de estos, lo que implica que su obrar no afectó a la libre competencia.
- **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** no tuvo injerencia en las evaluaciones de los comités, pues no tenía poder de decisión ni influencia sobre sus miembros y tampoco estructuró el pliego de condiciones.
- Se desconoció que se eliminaron competidores conforme al pliego de condiciones por errores propios en la presentación y estructuración de sus propuestas.
- El testimonio de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** es contradictorio con la declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en especial respecto al momento en que se ofreció el soborno, su cuantía y objeto.

10.1.2. Observaciones presentadas por ODEBRECHT

- Se desconoció el principio de congruencia y el derecho de defensa. No existió claridad en el alcance de la conducta imputada, en algunos apartes se sostuvo que se limitaba a un "*soborno*" y, en otros, a un "*sistema*", pese a que dicha descripción no fue imputada y, mucho menos, analizada en la Resolución de Apertura de Investigación. **ODEBRECHT** enfocó su defensa a desvirtuar los cargos descritos en la Resolución de Apertura de Investigación, desprovista de una hipótesis vinculada con el supuesto "*sistema anticompetitivo*" en que especula el Informe Motivado.
- Existió una falta de congruencia entre la imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado en relación con: (i) el objeto del acuerdo celebrado con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y (ii) el supuesto reembolso del dinero al incluir un esquema que contempló otro tipo de "*pagos ilegales*".
- En un principio se reconoció que la finalidad del soborno era el cumplimiento de "*los términos y condiciones*" del proceso contractual y, después, en un intento por dar una apariencia que no

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

corresponde a la realidad se indicó, sin prueba alguna, que el objetivo era asegurar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

- Se generó una nueva teoría del caso, después de practicar las pruebas relativas a la conducta imputada, y se creó un nuevo cargo denominado "*pagos irregulares que hacían parte del sistema de reembolsos*", sin precisar a qué reembolsos se refiere, montos, fechas, empresas y cómo desde éstas fueron reembolsados.
- El soborno se pagó con la finalidad de garantizar que el pliego de condiciones se mantuviera incólume, debido a que **ODEBRECHT** creía que las condiciones del juego estaban desniveladas, y los demás participantes podían estar pagando sobornos con el fin de resultar adjudicatarios. Sostener que esa conclusión va en contravía de las máximas de la experiencia, implica un desconocimiento —o la *deliberada omisión*— del escrito de la **OCDE** en que se reconoce como posibilidad del pago de un soborno aquella en que se intenta "*nivelar el campo de juego*", tal como sucedió en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.
- No se cuenta con evidencia que demuestre que el soborno aseguró que los investigados fueran escogidos como ganadores en la licitación o que aseguró que otros oferentes fueran descalificados y, con ello, la afectación de la libre competencia.
- El proceso de selección se realizó conforme al principio de selección objetiva y siguiendo a cabalidad cada una de las condiciones y los requisitos previstos en el pliego de condiciones. Así, la selección objetiva se garantizó, por ejemplo, a través de más de dos (2) cuerpos colegiados que materializaron la evaluación técnica y la comparación de las propuestas.
- El análisis de afectación a la libre competencia se presentó de forma genérica y sin tener en cuenta los hechos que están realmente probados.
- Existe doctrina probable —*Resoluciones No. 40901 de 2012, 54693 de 2013, 81391 de 2017*— en la Superintendencia de Industria y Comercio en que un acuerdo, tal como lo determina la legislación, requiere la concurrencia de dos (2) o más agentes de mercado, a saber, empresas competidoras. De hecho, en la Resolución No. 42543 de 2020 se indicó, en relación con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que la conducta solo puede ser cometida por los agentes de mercado que efectivamente concurren a los procesos de selección contractual del Estado y no por otros agentes.
- El rol de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el proceso de selección contractual no fue de la trascendencia que se adujo. Durante la estructuración del proyecto solo era Viceministro de Transporte por lo que sus funciones no tenían nada que ver con su resultado. Después de la publicación del pliego, y hasta su nombramiento como Director Encargado del **INCO**, el 23 de septiembre de 2009, no tuvo injerencia alguna en las decisiones. De hecho, fue nombrado con posterioridad a que el pliego de condiciones definitivo fue publicado. Por último, este se limitó a acatar las recomendaciones previstas para garantizar la transparencia y selección objetiva en el curso del proceso licitatorio, tal y como lo declaró.
- Es inconstitucional e ilegal suponer que la celebración del acuerdo de transacción tuvo que ver con el pago del soborno, máxime cuando no se presentó evidencia de tal circunstancia ni se demostró la forma en la que los supuestos pagos irregulares constituyeron prácticas restrictivas de la libre competencia.
- Los hechos carecen de antijuridicidad. El pago de un soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y su participación en el proceso de adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 no incidieron en la libre competencia, ni representan una violación al principio de selección objetiva. La evaluación objetiva de las propuestas no estuvo a su cargo, sino de individuos totalmente ajenos al pago del soborno, de suerte que los principios de transparencia, igualdad de los proponentes y selección objetiva no sufrieron afectación alguna.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Los hechos reprochables no se adecuan a la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Se omitió probar, o si quiera indicar, en detalle a qué subsistema se está afectando y, en tal sentido, la prohibición general es inaplicable. Si bien está acreditado el pago efectuado al funcionario público, también lo está que dicha conducta no determinó la afectación de la libre competencia toda vez que este se desarrolló según lo establecido en la ley.
- Se realizó una tipificación de afectación a la libre competencia bajo el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 sin pruebas y sustentada en aspectos penales que se hicieron extensivos a las normas de libre competencia sin soportes que permitieran indicar que los competidores de **ODEBRECHT** fueron eliminados de la licitación por el soborno.
- No existió ninguna barrera de entrada para los participantes al momento de participar en el proceso contractual y la afectación de los consumidores no tiene un análisis detallado y, mucho menos, probado.
- La presentación del contrato de transacción en el Informe Motivado desconoce y aísla los cuestionamientos y reclamos que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** hicieron a **ODEBRECHT**, sobre pagos "*innecesarios*" que fueron tildados de sobornos. Estos pagos no pueden ser asociados con los pagos que en 2010 le hizo **ODEBRECHT** a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ni tampoco se probó su destino y propósito.
- Se desconoció el derecho a la igualdad y seguridad jurídica al tomar una decisión diametralmente opuesta y contradictoria al caso "**CONCRETO**", con similares supuestos de hecho y medidas cautelares con fundamentos y finalidades idénticas.

10.1.3. Observaciones presentadas por **CORFICOLOMBIANA**⁴⁶

- **CORFICOLOMBIANA** no tuvo participación en el pago del soborno que **ODEBRECHT** le hizo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Está probado que ni siquiera salió de Colombia y fue realizado directamente por el área de operaciones estructuradas. Se reconoció que este no podía hacerse por **CORFICOLOMBIANA** por sus altos controles y, por ende, aun si llegase a ser cierto que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tuvo participación, lo habría hecho de forma oculta a **CORFICOLOMBIANA**.
- La única persona que dice tener conocimiento directo de la participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** es **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, cuya declaración carece de credibilidad, consistencia y validez probatoria. Se utilizó esa prueba sin considerar que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sostuvo de manera reiterada, rotunda y categórica su desconocimiento de los hechos; no tuvo injerencia en **EPISOL** y no participó en la dirección de la **CONCESIONARIA** ni de **CONSOL**.
- El concepto jurídico de **HUGO PALACIOS MEJÍA** no prueba que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conociera del entramado corrupto de **ODEBRECHT**. Tampoco hay prueba de que ordenara que dicho concepto se le entregara a la mano a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

⁴⁶ Bajo el consecutivo Radicado SIC No. 1220 reposa en el Expediente memorial presentado por **MARÍA LORENA GUTIÉRREZ BOTERO**, en su condición de Presidente y Representante Legal de **CORFICOLOMBIANA**, en que señaló que "*sin perjuicio del escrito que oportunamente presentará el apoderado de CORFICOLOMBIANA (cuyo poder para actuar ratifico) al descender el traslado del Informe de la referencia (en adelante, el "Informe"), he tomado la decisión de pronunciarme personalmente en relación con el mismo, por la gravedad e implicación de sus conclusiones, las que -estoy seguro- serán objeto de su personal atención y revisión*". Sobre el particular, este Despacho debe señalar que el referido pronunciamiento no será tenido en cuenta debido a que para el momento de su presentación **CORFICOLOMBIANA** se encontraba representada en la actuación administrativa por el apoderado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO** mediante poder que había sido conferido previamente y, en virtud del artículo 75 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, "en ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Antes de 2017, **MAURICIO MILLÁN DREWS** no había expresado ninguna preocupación frente a los pagos que aprobó como Gerente Contractual de **CONSOL** y en ningún cargo que ocupó fue subordinado de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- En el testimonio de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** se evidenció que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo apoyó en la decisión de no aprobar los pagos y muestra cómo pudo haber actuado **MAURICIO MILLÁN DREWS**.
- La conducta de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no es imputable a **CORFICOLOMBIANA**. En el caso de personas jurídicas, la culpabilidad se verifica cuando la empresa ha tenido un defecto estructural que genera o posibilita el actuar ilegal de la persona vinculada con ella.
- No se presentó prueba que demuestre que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** realizara alguna conducta para favorecer la propuesta de la **CONCESIONARIA**.
- No se determinaron los hechos concretos del nuevo cargo denominado "*sistema de reembolso de sobornos*" ni se explicó la relación entre los pagos irregulares ocurridos con posterioridad a 2010 y una presunta violación de la libre competencia ni los reembolsos a **ODEBRECHT**, como tampoco la responsabilidad y vínculo de **CORFICOLOMBIANA** con estos.
- La expresión "*tendientes a limitar la libre competencia*" del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 es indeterminada y por excepción de inconstitucionalidad la Superintendencia de Industria y Comercio debe abstenerse de aplicarlo.
- No se puede sancionar a **CORFICOLOMBIANA** por no haber realizado una conducta para evitar que se realizara el pago de un soborno acordado en 2009 por parte de uno de los socios de su filial, en un proyecto del cual no era miembro y, mucho menos, por no evitar que ese miembro hiciera pagos hasta 2015.
- Sobre los pagos a **DCS MANAGEMENT**: (i) no tiene sentido que **CORFICOLOMBIANA** autorizara un pago cinco (5) veces mayor a los dos millones ciento cuarenta mil dólares (USD 2.140.000) que supuestamente se comprometió a reembolsar por el pago de los seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) del soborno; (ii) tampoco que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conociera y aprobara la cesión de contrato como mecanismo de reembolso cuando sus condiciones fueron anteriores a que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** lo conociera; (iii) a la fecha del contrato con **DCS MANAGEMENT** ni siquiera se había suscrito el **MOU**; (iv) no es posible que el reembolso se acordara entre mayo y junio 2009 cuando la suma, según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, se acordó con posterioridad al último pago recibido en septiembre de 2010 y (v) no hay prueba de que el pago haya ingresado a **ODEBRECHT**.

10.1.4. Observaciones presentadas por EPISOL⁴⁷

- Ningún funcionario de **EPISOL** participó en el pago del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Para la época de los hechos **EPISOL**: (i) era solo un vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, que en últimas era quien tomaba las decisiones y (ii) no tenía planta de personal propia, solo un representante legal que ni siquiera está imputado, y del cual no existe prueba de que expresara su voluntad.

⁴⁷ Bajo los consecutivos Radicado SIC No. 1252 y 1271 reposan en el Expediente dos (2) memoriales presentados por el abogado **JAIME LOMBANA VILLALBA** en que realizó diferentes solicitudes. Para tal efecto, inicialmente indicó que actuaba "*como agente oficioso*" y, posteriormente, como "*apoderado especial*" de **EPISOL**. Sobre el particular, este Despacho debe señalar que ninguna de sus intervenciones será tenida en cuenta debido a que, en primer lugar, no se acreditó la condición de "*agente oficioso*" y, en segundo lugar, **EPISOL** se encontraba representada en la actuación administrativa por el abogado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO** mediante poder conferido previamente. Debe recordarse que en virtud del artículo 75 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, si bien "[p]odrá conferirse poder a uno o varios abogados", "*en ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona*" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Atribuirle responsabilidad a **EPISOL** porque un trabajador en misión en otra empresa, bajo la subordinación de esta, no se negó a autorizar unos determinados pagos, es hacerla responsable por actos de terceros. Lo mismo ocurre cuando se pretende endilgar responsabilidad por conductas realizadas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** cuando este nunca fue empleado ni representante legal de **EPISOL**.
- No se mencionó que algún empleado de **EPISOL** tuvo responsabilidad con el pago del soborno y su reembolso. De hecho, se desconocieron las pruebas y se realizó una nueva imputación consistente en que **EPISOL** participó en un sistema de reembolso de sobornos.
- No existe prueba que demuestre que el pago que se le hizo a **DCS MANAGEMENT** ingresara a las cuentas de **ODEBRECHT**. Quien conocía de ese pago era **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, que no era empleado de **EPISOL**.
- En relación con los pagos hechos por la **CONCESIONARIA**, **EPISOL** no tenía injerencia en la celebración de contratos y los pagos correspondientes. Se pasó por alto que a la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA** únicamente se llevaban para su aprobación contratos que superaran dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000) y que los contratos de cuantía inferior podían ser aprobados por el presidente de la **CONCESIONARIA**, asignado por **ODEBRECHT**.
- Frente al "sistema de reembolsos" no es posible aducir que hubo una postura pasiva o aquiescencia por parte de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**. El engaño de **ODEBRECHT** no solo consistió en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ocultó el soborno pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sino también en una estrategia de funcionarios de **ODEBRECHT** para ocultar información a **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA**.
- Bajo el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no puede considerarse restrictivo de la competencia el hecho que un miembro del consorcio realice pagos —no autorizados por los demás miembros— sin que para ese efecto se demuestre la finalidad ilícita de cada pago y, sobre todo, demostrar la forma en que estos afectaron a otros competidores.

10.1.5. Observaciones presentadas por la **CONCESIONARIA**

- La **CONCESIONARIA** no incurrió en el soborno ni materializó el sistema de reembolsos imputado. Sus representantes y administradores no participaron en el pago del soborno y las consideraciones del Informe Motivado se refieren a **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, **GRUPO AVAL** y **ODEBRECHT**. El Informe Motivado da cuenta que el soborno ocurrió durante el proceso contractual no en la ejecución del contrato y, en cuanto al "sistema", se hicieron consideraciones concretas a **CONSOL**.
- El Informe Motivado no reveló ninguna consideración sobre la contribución de la **CONCESIONARIA** en el acuerdo derivado del soborno, ni de la presunta tolerancia o corresponsabilidad criticada a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.
- No existen pruebas que evidencien que a través de la **CONCESIONARIA** entre 2010 y 2016 se realizaron, de manera continuada durante la ejecución del contrato, pagos fraudulentos.
- La Delegatura no describió ningún elemento que comprometa la responsabilidad de la **CONCESIONARIA**, solo reveló pruebas que comprometen la responsabilidad de **CONSOL**.
- El comportamiento de los agentes de la **CONCESIONARIA** fue denunciar las presuntas irregularidades a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio debe moderar su arbitrio en contexto del proceso de liquidación judicial en el que se encuentra la **CONCESIONARIA** para satisfacer los intereses de los acreedores. En esa línea, su patrimonio es para satisfacer los intereses de los acreedores

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

por lo que la imposición de multas no puede afectar los actos ejecutados en el proceso de liquidación.

- La motivación sobre los criterios de dosimetría debe consultar las prerrogativas constitucionales de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia, las cuales favorecen la posición de la **CONCESIONARIA**.
- La conducta imputada a la **CONCESIONARIA** no afectó el funcionamiento del mercado, toda vez que no involucró cambiar los términos del proceso de licitación ni determinar la adjudicación del contrato. La responsabilidad administrativa de los integrantes de la **CONCESIONARIA** es individual y debe ser analizada de forma diferenciada.
- No se determinó la dimensión del presunto mercado afectado. Tampoco la relación causal de cómo la conducta imputada a la **CONCESIONARIA** presuntamente lo distorsionó.
- La **CONCESIONARIA** demostró cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, sin actitudes de obstrucción, ejerciendo su derecho de contradicción de manera idónea dentro de los términos correspondientes.
- Los comportamientos criticados a los agentes y facilitadores no beneficiaron a la **CONCESIONARIA**. Por el contrario, alteraron la utilidad esperada y provocaron la inejecución del contrato.

10.1.6. Observaciones comunes presentadas por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN

- La Superintendencia de Industria y Comercio yerra al considerar que a la liquidación del contrato adjudicado en el marco de una licitación pública es que se empieza a contar el término de caducidad.
- No se probó la existencia de una conducta continuada respecto del soborno ocurrido en el proceso contractual. Existió un fraccionamiento entre los hechos probados que ocurrieron durante este y los demás supuestos pagos y reembolsos, particularmente aquellos del año 2013 en adelante.
- La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró la garantía de no autoincriminación y presunción de inocencia al utilizar información de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** toda vez que se dio con ocasión de una solicitud al principio de oportunidad y la misma no puede ser utilizada en su contra.
- Se incurrió en un error de hecho al emplear inferencias lógicas carentes de sustento real y probatorio las cuales promovieron la ocurrencia de un "*falso raciocinio*".
- En el empleo de indicios faltó un análisis estricto de la valoración de un supuesto hecho indicador del cual pudiera desprenderse un indicio del que se deduzca responsabilidad. A partir de la existencia de pagos irregulares entre 2013 y 2015, no se deduce más que eso, una supuesta irregularidad en pagos sin que se pueda deducir la existencia de más sobornos o actos anticompetitivos al afirmar la existencia de un "*sistema*".
- Se cambió el alcance del marco temporal y conceptual denominado como "**PROCESO**" y se afirmó que los hechos anticompetitivos —el supuesto "*sistema anticompetitivo*"— se extendieron hasta 2017.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Existió una falta de relación y cohesión entre los hechos de 2009 y 2010 con todos los demás hechos, los cuales carecen de vinculación con el acto anticompetitivo —*si en verdad existió*— del acuerdo entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- De manera poco clara, y sin probarlo más allá de toda duda, se concluyó que, los supuestos "*pagos ilegales*", "*contratos ficticios*", entre otros, ocurridos con posterioridad a 2010, tenían una finalidad anticompetitiva o que esos actos tenían alguna relación con el acuerdo celebrado entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** o la operación de reembolso.
- Se debe declarar el archivo de la investigación y exonerar, en virtud del principio in dubio pro administrado, a los investigados debido a que no existe certeza de la conducta. Para declarar la responsabilidad se debe determinar con certeza la ocurrencia del hecho más allá de toda duda razonable.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no desarrollaron ni estaban en condiciones para ejecutar actividad alguna que pudiera afectar la competencia debido a que ninguno de los actos resultó "*idóneo para eliminar condiciones de verdadera competencia en el proceso de licitación pública SEA-LP-001-2009 y que, de hecho, generó ese efecto*".

10.1.7. Observaciones presentadas por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR

- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria. Las pruebas que vinculan a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** con el desarrollo del comportamiento anticompetitivo llegan hasta septiembre de 2010, o en el caso más extremo, hasta su desvinculación de la operación en Colombia en diciembre de 2012.
- Los hechos ocurridos en 2016 en relación con un viaje a Bogotá y la reunión con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, no pueden ser considerados como elemento integrante de los eventos anticompetitivos, porque respondieron a la necesidad de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** de recaudar pruebas que permitieran explicar los pagos de 2010. No puede concluirse que en 2016, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, o cualquiera de los brasileiros, cometieron infracciones a la libre competencia o acto alguno relacionado con la supuesta estructura anticompetitiva.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no tuvo ninguna participación en las operaciones referidas de los años 2013 a 2015, en que supuestamente hubo reembolsos, contratos fachada, entre otros.

10.1.8. Observaciones presentadas por LUIZ ANTONIO MAMERI

- Las pruebas que vinculan a **LUIZ ANTONIO MAMERI** con el desarrollo del comportamiento competitivo llegan hasta 2009 o máximo 2010 y nunca volvió a tener noticia o estar involucrado con los supuestos pagos posteriores a 2010, ni con ninguna otra determinación relativa al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
- La imputación únicamente se fundamentó en el ofrecimiento y pago de un soborno para garantizar que la **CONCESIONARIA** resultara adjudicataria.

10.1.9. Observaciones presentadas por LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES

- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que las pruebas que vinculan a **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** con el desarrollo del comportamiento supuestamente anticompetitivo llegan hasta septiembre de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** solo participó desde que recibió la orden de realizar un pago, hasta que efectivamente cumplió esa orden luego de reunirse en Bogotá entre marzo y septiembre de 2010 con los titulares de las cuentas a las que llegarían los recursos.
- **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** nunca ocupó cargo alguno en Colombia durante 2010. Solo recibió instrucción para "operacionalizar" unos pagos y sus obligaciones no tenían que ver con Colombia.

10.1.10. Observaciones presentadas por YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN

- Es un error referirse a la imputación bajo la denominación de "soborno" y, particularmente, en relación con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no podía realizarse esa clase de imputación. No existe prueba de la comisión de un soborno y ni siquiera se le abrió averiguación o investigación de carácter penal por ese asunto, el cual es carente de trascendencia en asuntos de competencia.
- En ninguna de las sentencias penales proferidas contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** o contra los hermanos **GHYSAYS**, se realizó señalamiento alguno contra **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** con algún alcance para investigarlo o acusarlo de algún delito relacionado con el proceso contractual. De hecho, en la sentencia emitida contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no se ordenó la vinculación de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** ni se ordenó compulsar copias para ampliar la investigación porque no tuvo participación alguna, nunca se probó su intervención ni conocimiento en esos actos.
- Los contratos de "lobby" no tuvieron relación con los asuntos del Proceso Licitatorio SEA-LP-001-2009. Estos contratos son con posterioridad a 2011 y datan entre 2013 y 2015, cuando **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no era representante legal, ni encargado de celebrar los contratos de la **CONCESIONARIA**, ni mucho menos de **CONSOL**, entidades que tenían sus propias estructuras, incluidas sus gerencias jurídicas.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no elaboró contratos para darle apariencia de legalidad a pagos hechos por **ODEBRECHT**. El contrato con **OTTO NICOLÁS BULA BULA** no tiene ninguna relación.
- No es correcto afirmar frente al "soborno" y los "reembolsos" que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** participó o los conoció debido a que, como lo señaló **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, solo conocieron de esas actividades **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, desde Brasil y, en Colombia, **JOSE ELÍAS MELO ACOSTA**.
- Existieron meras especulaciones y hechos hipotéticos que no alcanzan a ser indicios para acusar **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**. No hay un solo acto definido en el Informe Motivado, que lo vincule con el ilícito.
- Pese a que en la Resolución de Apertura de Investigación no se indicó que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** lideró algo en relación con el concepto jurídico de **HUGO PALACIOS MEJÍA**, en el Informe Motivado se afirmó que lideró su consecución.
- Se pretendió que la solicitud del concepto jurídico por parte de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue un "ava" para poder inhabilitar a los demás competidores, pese a que se probó que dicho concepto no buscó avalar la decisión de inhabilitación. El concepto fue solicitado con la única finalidad de corroborar que la eliminación de los competidores fue realmente seria, cierta y contundente, lo que solo podrían confirmar, y asegurarse de comprender, con una opinión experta como pocas y en extremo objetiva al estar totalmente desprovista de sesgos o intereses.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** se limitó a sugerir los temas sobre los que debería versar el concepto, seguramente producto de las precisiones o instrucciones que **LUIZ**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ANTONIO BUENO JUNIOR le impartió. No fue quien sugirió a **HUGO PALACIOS MEJÍA**, ni quien se presentó ante este, ni quien entregó el concepto.

- Los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se hicieron en el exterior y al exterior, donde ninguna injerencia tuvo **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.
- No se puede concluir con certeza que el contrato de transacción estaba relacionado con el esquema de pagos ilegales y sus reembolsos. De hecho, carece de relación con los hechos vinculados al proceso contractual.
- El contrato de transacción fue determinado en sus condiciones comerciales por directivos de cada una de las organizaciones, sin participación de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**. El documento llegó finalmente a sus manos para que se ocupara exclusivamente de plantear los mecanismos de control previo y posterior que operarían.
- Ninguno relacionó a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** con los pagos irregulares reprochados por la Delegatura. No lo hicieron **JAVIER GERMÁN MEJÍA** ni **JORGE ENRIQUE PIZANO**.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no ordenaba pagos, no los autorizaba y no participaba del manejo financiero ni estratégico de **ODEBRECHT**. Ni siquiera conocía cómo funcionaba o en qué consistía la estructura de pagos en el exterior de la empresa.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en sus distintas intervenciones en el marco de diferentes investigaciones, explicó que su conocimiento sobre los hechos obedece a que, como abogado de **ODEBRECHT**, presentó la solicitud del principio de oportunidad en nombre de los colaboradores con la justicia penal colombiana.

10.1.11. Observaciones presentadas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**

- Se violó el principio de congruencia al modificar la conducta anticompetitiva que se adecuaba a la infracción normativa. Mientras la Resolución de Apertura de Investigación indicó que la conducta era "*para favorecer a la concesionaria ruta del sol*", en el Informe Motivado se plantea la responsabilidad por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y tolerado el acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- Entre **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **ODEBRECHT** no existió un acuerdo anticompetitivo. No se probó la exteriorización de la voluntad, un objeto y concordancia en el consentimiento atribuible a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **CORFICOLOMBIANA**. Tan así que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conoció del acuerdo con posterioridad a su celebración.
- No existe ninguna prueba que ubique a **CORFICOLOMBIANA** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en la operación de pagos de la división de operaciones estructuradas de **ODEBRECHT**.
- No hay prueba de que **DCS MANAGEMENT** haga parte de **ODEBRECHT** y, por tanto, que el dinero fuera reembolsado en el porcentaje supuestamente acordado. El valor pagado no corresponde con la supuesta división de costos.
- Quien autorizó el pago a **DCS MANAGEMENT** fue **MAURICIO MILLÁN DREWS**. A **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** funcionalmente no le correspondía autorizarlo para aprobar pagos.
- Existe una equivocación al deducir que como **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** recibió el concepto jurídico de **HUGO PALACIOS MEJÍA**, eso es prueba de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sabía de la coima.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- No se probó que el soborno restringiera la selección objetiva y la igualdad frente a los demás competidores.
- No se cumplió con la bilateralidad en el acuerdo y sistema de pagos y reembolsos, es imposible sostener que en el caso concreto concurren más de dos (2) empresas, cuando la prueba indica que todos los pagos reprochados corresponden a la operación de la **CONCESIONARIA** y de **CONSOL**, que no es persona jurídica diferente.
- El líder del proyecto, en quien caía el manejo de la **CONCESIONARIA** y de **CONSOL**, era **ODEBRECHT**, por ello no existe más de una voluntad en cuanto a la dirección de la empresa.
- Los pagos reprochados no estaban asociados a una conducta anticompetitiva de modo que no tuvieron efecto anticompetitivo. **ODEBRECHT** es responsable por la forma en que ejerció la autorización de los pagos, y si desvió recursos, actuó por fuera del mandato que se le confirió. Por otra parte, es responsable por no seguir los procedimientos previstos, y esos pagos irregulares producen un efecto entre socios.
- A **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no se le imputó ningún cargo asociado a los pagos irregulares identificados como un sistema de reembolsos.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no estuvo involucrado en el acuerdo de transacción por lo que no se le puede imputar responsabilidad con ocasión de su celebración. De hecho, ese acuerdo fue utilizado de una manera descontextualizada, y sin una valoración en conjunto, sin apreciar el intento de **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** y **GRUPO AVAL** de crear un nuevo modelo de gobierno con más control.
- Existe prueba que los funcionarios de **ODEBRECHT** sostuvieron la inexistencia de relación entre los pagos corruptos con la operación de la **CONCESIONARIA** o **CONSOL**.
- La atribución de responsabilidad en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por el sistema de reembolsos no tiene respaldo probatorio. Se desconoció que en la **CONCESIONARIA** no había empleados de **CORFICOLOMBIANA**; no hay evidencia que soporte que los pagos identificados por **MAURICIO MILLÁN DREWS** eran irregulares, máxime cuando el pago que identificó como "raro" a **DCS MANAGEMENT** es incluso anterior al **MOU**; el relato de **JAVIER GERMÁN MEJÍA** frente a la conducta desplegada por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sobre los pagos considerados como irregulares permite concluir que no autorizó, ejecutó, facilitó, colaboró o toleró los mismos; todas las pruebas contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** son de oídas y lo dicho por **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** es contradictorio con un documento en que hizo un reporte de los pagos en 2014.
- Se desconoció el principio de imparcialidad debido a que las actuaciones en forma arbitraria estuvieron supeditadas a la medida cautelar que adoptó el anterior Superintendente de Industria y Comercio como consecuencia de su impacto jurídico.
- Se desconoció que la sentencia penal condenatoria hace tránsito a cosa juzgada respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del delito objeto que condena —*cohecho impropio*—.

10.1.12. Observaciones presentadas por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**

- La caducidad de la facultad sancionatoria debe ser contabilizada desde que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** se desvinculó del Proyecto Ruta del Sol en marzo de 2013. Hasta este momento mantuvo relaciones profesionales o algún tipo de responsabilidad.
- La responsabilidad de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** ante la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** fue desvirtuada y se comprobó que las actividades o actos materia de reproche comprendidos en los años 2013, 2014 y 2015 no se le podían atribuir.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia”

10.2. Respecto a las imputaciones relacionadas con el aprovechamiento de un conflicto de intereses y los contactos privados y directos

10.2.1. Observaciones comunes presentadas por los investigados

- La Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia temporal debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria con fundamento en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.
- Los cargos que fueron imputados en la Resolución de Apertura de Investigación desconocen los principios de tipicidad y legalidad.
- No se cumplió con la hipótesis normativa de la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959. No hay prueba del desarrollo de una serie de conductas que puedan ser calificadas como práctica, procedimiento o sistema tendientes a limitar la libre competencia. Las conductas reprochadas no son idóneas para restringir la competencia; no existió traducción material de las circunstancias que podrían ser antiéticas, inmorales o indebidas en un sistema, procedimiento o práctica que limitara la libre competencia económica.
- Se desconoce el principio de congruencia al agregar nuevos hechos no incluidos en la Resolución de Apertura de Investigación.
- Se desconoció que la responsabilidad en materia sancionatoria es personal e individual. Se atribuyeron responsabilidades por hechos y pruebas relacionadas con terceros.
- Se infringieron los artículos 42 y 47 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debido a que los cargos formulados en la Resolución de Apertura de Investigación fueron generales e imprecisos. En el caso de las personas naturales nunca se señaló la conducta imputada —*colaborar, facilitar, autorizar o tolerar*—.
- Las conductas reprochadas no afectaron los principios de la contratación pública. No se puede dar un alcance no previsto a las normas en esa materia al señalar que el principio de transparencia fue vulnerado en el proceso de licitación, esto escapa a las competencias de la Superintendencia de Industria y Comercio y no se encuentra probado.
- Se desconoció que los pliegos de condiciones permitían los contactos con la IFC y que los competidores resultaron eliminados por errores propios en la presentación y estructuración de sus propuestas. Además, la modificación del régimen de garantías fue solicitada por la **FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS** (en adelante “**FASECOLDA**”) y varios oferentes por ser una necesidad del país, no solo del proyecto, modificación que aumentó la competencia por permitir la concurrencia de más interesados.
- La selección del adjudicatario fue adoptada a voluntad de diferentes funcionarios con los más altos perfiles profesionales. La importancia estratégica del proyecto, la definición del estructurador, sus competencias, y los comités que se conformaron, permiten concluir que ningún contacto tenía la entidad suficiente para generar una influencia indebida.
- Se desconoció que un conflicto de intereses está sometido al principio de taxatividad y requiere de norma legal expresa que lo determine. Así mismo, las normas que cita el Informe Motivado para sostener el conflicto de intereses no fueron citadas en la Resolución de Apertura de Investigación y no son aplicables al caso concreto.
- No se mencionó en forma clara en qué consistió el supuesto aprovechamiento del conflicto de intereses. En la Resolución de Apertura de Investigación se indicó que fue para modificar

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

garantías y determinar el contenido del pliego de condiciones mientras que en el Informe Motivado se indicó que estuvo en el acceso a información reservada.

- **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** no participó ni estuvo presente en reuniones del comité evaluador ni asesor.
- Se desconoció la presunción de inocencia. No se probó que **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** entregó información privilegiada. Tan es así que ni siquiera se indicó cuál fue la información supuestamente entregada.
- Ni **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** ni **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** estuvieron en un dilema de beneficiar sus propios intereses o los intereses de sus empleadores ni de **CORFICOLOMBIANA**. No hay prueba de que recibieran alguna orden o instrucción para aprovecharse del supuesto conflicto.
- **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** no negoció, tramitó o gestionó ante **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** algún asunto relacionado con los pliegos de condiciones. Ninguno tenía facultades decisorias y, en el caso de **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, su participación estuvo limitada al **MOU** y se apartó de lo relacionado con el proyecto.
- No se determinó cuales medidas se debieron tomar frente a la relación conyugal entre **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, ni ante quién o por cuál precepto normativo se debió poner de presente dicha relación. Se desconoció que la misma fue informada por la **IFC** y conocida por los interesados.
- Sobre la definición del concepto "*proyecto de infraestructura*" se probó que: (i) quien determinó el concepto no fue la **IFC** ni **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** sino **EUROESTUDIOS**; (ii) esa definición siempre fue la misma desde el proyecto hasta la última adenda; (iii) **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** no podía tomar decisiones al respecto y (iv) **OHL** fue descalificado debido a que al presentar su propuesta bajo la modalidad de economía de escala para los sectores 1 y 2 del Proyecto Ruta del Sol, no acreditó la "*experiencia en construcción en general*" requerida para el Sector 1. Su inhabilitación se ajustó a lo señalado en los pliegos de condiciones y la ley.
- Para determinar la responsabilidad de las personas naturales se debe probar que no hubo ausencia de la posibilidad material de aprobar o evitar la supuesta conducta anticompetitiva y un actuar gravemente culposos o dolosos.
- Se desbordan los límites del principio de legalidad y tipicidad que rigen el derecho administrativo sancionatorio al sancionar a una persona por supuestamente haber omitido realizar una conducta para evitar que se presentara un conflicto de intereses.

10.3. Solicitudes de nulidad, archivo y revocación directa presentadas por algunos investigados

10.3.1. Solicitud de nulidad y de revocatoria directa presentada por GRUPO AVAL y LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ

GRUPO AVAL y **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ** presentaron solicitud de nulidad y revocación directa para que se decrete la nulidad de la Resolución No. 67837 de 2018 y de todo lo actuado a partir de ese momento, salvo el reconocimiento y declaración de la caducidad y se revoque la Resolución de Apertura de Investigación, así como todos los actos subsiguientes a esta. A continuación, se presenta un resumen de los argumentos:

- La declaración de caducidad por parte de la Delegatura implicó necesariamente que, desde el momento en que esa caducidad operó, esto es, desde el año 2014, la Superintendencia de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Industria y Comercio perdió competencia para adelantar investigación y formular pliego de cargos y, por consiguiente, la actuación administrativa es nula por expresa disposición legal.

- Con ocasión de la caducidad, la Delegatura no tenía competencia para elaborar el Informe Motivado ni para pronunciarse de fondo sobre los cargos, ni para hacer recomendación alguna al Superintendente de Industria y Comercio. Todas las actuaciones que se realizaron a partir o en el momento de la declaración de caducidad son nulas.
- Adelantar un trámite donde se ha establecido de antemano que la Superintendencia de Industria y Comercio no es competente, implicaría un derroche y un despilfarro de recursos públicos que se va a traducir en un detrimento patrimonial del Estado y un desconocimiento de los principios de eficacia y economía.
- Se configuraron los supuestos contemplados en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que establece el deber de las entidades públicas de revocar sus propios actos administrativos, de oficio o a solicitud de parte, cuando aquellos (i) sean ilegales, por contrariar la Constitución Política o la ley y/o (ii) sean injustos por causar un agravio injustificado a cualquier persona.
- Luego de haberse decretado la configuración de la caducidad de la facultad sancionatoria respecto al segundo cargo formulado por la Resolución No. 67837 de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio está obligada a revocar de oficio tal acto administrativo, por haberlo expedido sin competencia alguna.
- Se desconoció el principio de igualdad y confianza legítima por no actuar conforme a sus propias actuaciones anteriores en donde reconoció el deber de no continuar con un desgaste innecesario para los investigados y un derroche injustificado de recursos públicos con la continuación de una investigación que no le estaba permitido adelantar por la ocurrencia de caducidad.

10.3.2. Solicitud de nulidad presentada por DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA

DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA presentó solicitud de nulidad para que se declare la nulidad parcial de la averiguación preliminar que fundamentó la expedición de Resolución No. 67837 de 2018, así como de dicho acto administrativo, la nulidad de todo lo actuado con posterioridad dentro de la investigación y, en consecuencia, su archivo. A continuación, se presenta un resumen de los argumentos presentados:

- Pese a que la Delegatura reconoció y declaró que desde el año 2014 operó la caducidad de la facultad sancionatoria, en lugar de declarar la nulidad de todo lo actuado y el archivo de la actuación, optó por darle continuidad a una actuación irregular, viciada de nulidad en forma flagrante y formuló al Superintendente de Industria y Comercio, sin competencia, consideraciones sobre los hechos irregularmente investigados y recomendaciones sobre los mismos.
- Era improcedente enviar la actuación, vía Informe Motivado, al Superintendente de Industria y Comercio, quien igualmente carece de competencia para hacer cualquier pronunciamiento sobre esta actuación.

10.3.3. Solicitud de archivo de investigación presentada por CORFICOLOMBIANA, EPISOL, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO y ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA

CORFICOLOMBIANA, EPISOL, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO y ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA presentaron una solicitud de archivo de la investigación por haber operado la caducidad de facultad sancionatoria y, además, que por economía procesal se ordene el archivo de la investigación por el cargo denominado "*Aprovechamiento de un conflicto de intereses*" y, en su lugar, se deje sin efecto todas las consideraciones de fondo y el análisis probatorio indebidamente

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

realizado en el Informe Motivado. A continuación, se presenta un resumen de los argumentos presentados:

- A pesar de haber declarado y reconocido la caducidad y, por ende, la falta de competencia la Delegatura decidió continuar con el trámite elaborando un Informe Motivado y realizando un análisis de fondo en vez de archivar la investigación.
- Lo primero que debe hacer una autoridad encargada de un asunto es revisar si tiene o no competencia para resolverlo. De hecho, la Delegatura indicó en la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019 que la definición sobre su competencia temporal la haría en el momento que culminara la etapa probatoria.
- Se desconoció que en un asunto similar, en el que la Delegatura encontró probada la caducidad después de haber surtido la etapa probatoria, esta consideró que lo pertinente era archivar la investigación y no remitir un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio.

10.3.4. Solicitud de nulidad y archivo presentada por JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA presentó solicitud de nulidad y archivo para que se declare la nulidad del Informe Motivado por no haberse archivado la actuación con posterioridad a la declaratoria de caducidad de los cargos "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", así como por trasladar esa decisión al Superintendente de Industria y Comercio.

Además, solicitó que se declare la nulidad del Informe Motivado porque al haberse reconocido la caducidad respecto del cargo "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**", la Delegatura no tenía competencia para efectuar ningún análisis probatorio ni emitir conclusiones dentro del mismo y, en consecuencia, se adopten las medidas de saneamiento que corresponda y se archiven los referidos cargos. A continuación, se presenta un resumen de los argumentos presentados:

- La consecuencia del acaecimiento de la caducidad es la pérdida de competencia para actuar y verificada su procedencia el funcionario solo puede reconocerla y proceder al archivo de la actuación.
- Aunque la Delegatura reconoció su falta de competencia, ejecutó sus funciones de investigador y realizó un análisis probatorio, fáctico y jurídico para con fundamento en el mismo establecer que el hecho investigado existió.
- No se tenía competencia para recomendar al Superintendente de Industria y Comercio el archivo.
- La Delegatura al declarar la caducidad y no archivar la investigación actuó sin competencia y se configuró un vicio de nulidad en la totalidad del Informe Motivado.

DÉCIMO PRIMERO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 2 de diciembre de 2020 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia⁴⁸, el cual recomendó por unanimidad sancionar a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA — ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A., CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. - CORFICOLOMBIANA S.A., CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. — ahora CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación—, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A. y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, por incurrir en las conductas

⁴⁸ Acta No. 85 del 2 de diciembre de 2020 del Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

proscritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, recomendó por unanimidad sancionar a **LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, 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 haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas proscritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

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

12.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

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

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

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

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 8, 11, 12 y 19 del artículo 3 *Ibidem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y adoptar medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley, entre otras.

12.2. Marco normativo

Mediante la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura abrió investigación y formuló cargos contra los agentes de mercado por incurrir en las conductas proscritas en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta Superintendencia⁴⁹ y la propia Corte Constitucional⁵⁰ han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En tal medida, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado⁵¹. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

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

Es relevante anotar que, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe "(...) *ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*" constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

De tal modo, en otras oportunidades esta Superintendencia ha considerado que "(...) *en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las "prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*⁵².

Por su parte, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada,

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

en el cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibidem*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, podría también intervenir "(...) *todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Por su parte, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

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

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. (...)".

La normatividad referida describe dos tipos de conductas anticompetitivas. En primer lugar, considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que "tenga por objeto" la colusión en las licitaciones o concursos. En segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia, aquel acuerdo que tenga por efecto: (i) la distribución de adjudicaciones de contratos; (ii) distribución de concursos o (iii) la fijación de términos de las propuestas.

Se entiende "por objeto" la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado⁵³. Por su parte, la conducta por efecto, es aquella que permite verificar el resultado lesivo sobre la libre competencia en el mercado con independencia de la intención inicial de los agentes⁵⁴.

Del mismo modo, la Delegatura abrió investigación y formuló cargos contra las personas naturales relacionadas en las Tablas No. 1, 2 y 3 del presente acto administrativo, por presuntamente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia que le fueron imputadas a los agentes de mercado. Al respecto, la norma señala que:

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

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...) (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015. "Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de una conducta anticompetitiva por objeto, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por objeto (...)".

⁵⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 12 de marzo de 2020. Rad. No. 250002324000 2003 00326 01. "En caso que el acuerdo no ostente un propósito restrictivo de la competencia, resultaría pertinente verificar las consecuencias o los efectos de su adopción, pues independientemente de su propósito, si se encontrare que el acuerdo tuvo como consecuencia (...) una restricción o afectación a la libre competencia, también resultarán aplicables las consecuencias de la norma".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como puede observarse, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece la responsabilidad de las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren las conductas anticompetitivas objeto de investigación.

12.3. De la libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia en materia de contratación estatal

La economía social de mercado es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

Se desprende de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente de mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores"⁵⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede verse de todo lo anterior, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones normativas, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. Estos propósitos son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores y (iii) la eficiencia económica.

De esta manera, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la competencia y la transparencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales. En efecto, una adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

Particularmente, la Corte Constitucional ha destacado la importancia de los principios que rigen la contratación pública: la libre concurrencia y la igualdad entre proponentes.

"El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia."⁵⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En ese contexto, resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia que dos (2) o más personas, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, realicen un acuerdo que tenga como propósito modificar artificialmente los resultados de una adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia en otras oportunidades ha señalado que⁵⁷:

"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."⁵⁸

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

En esa medida, es dable entender que la naturaleza de las normas sobre protección a la competencia tienen como finalidad la protección de bienes jurídicamente tutelados de gran relevancia, debiéndose reiterar, tal y como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades⁵⁹, que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Del mismo modo, esta Superintendencia ha manifestado, a través de su Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones, lo siguiente:

"La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. (...) "⁶⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁵⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

⁵⁸ Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", p. 9. "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3008 de 2019.

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. En Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones (2011). Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En línea con lo anterior, la OCDE ha señalado que las prácticas colusorias pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo⁶¹. Por ello, asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundaría en beneficio de todos los empresarios que actúan en el mercado, de los consumidores, de la eficiencia económica en general y del Estado como comprador o adquirente de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas.

Teniendo en cuenta que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves (mucho más graves), pues se presentan sobre costos y pérdidas irre recuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo y eficiencia económica.

En ese sentido, la OCDE ha distinguido entre colusión y corrupción como formas a través de las cuales las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública.

"La envergadura de las licitaciones públicas puede generar una fuerte competencia, pero las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva mediante la colusión y el cohecho.

- **La colusión es una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia y, en la contratación pública, perjudica al adquirente público.** En la colusión en un procedimiento de licitación, el precio pagado por la administración pública por los bienes o servicios se incrementa de forma artificial. En situaciones normales, en un proceso de contratación, los licitadores independientes compiten unos contra otros para alzarse con el contrato, y es precisamente ese mecanismo el que permite obtener la mejor rentabilidad.
- **La corrupción implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación.** Se trata ante todo de un problema entre representado y agente, ya que el agente (el funcionario contratante) se enriquece a expensas de su representado, es decir, el adquirente público (o, de forma general, los ciudadanos). **En una contratación, la corrupción surge cuando el agente del adquirente encargado de la contratación se ve influenciado para diseñar el proceso de contratación o alterar su resultado con el fin de beneficiar a una empresa en particular a cambio de sobornos u otras recompensas.** La corrupción socava el crecimiento e impide el desarrollo a largo plazo, crea inestabilidad política y exacerba las desigualdades."⁶² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, la colusión entre oferentes no es el único problema en la contratación pública. Para la OCDE, otros problemas están relacionados con "(...) funcionarios públicos de las contrataciones deshonestos o corruptos"⁶³. Lamentablemente en algunos casos el incremento de los costos en un proceso licitatorio como consecuencia de la colusión también se debe a que los perpetradores de un acuerdo anticompetitivo pagan sobornos a funcionarios públicos corruptos. Al respecto, la OCDE ha considerado que:

⁶¹ OCDE, 2014. En Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf.

⁶² OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

⁶³ OCDE, Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. 2014.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"Los participantes de los cárteles suelen estar bien organizados, tienen muchos recursos y tienden a actuar en secreto. Ningún país es inmune a estas prácticas ilegales. A veces, parte del incremento de los costos los usan las compañías participantes para pagar a funcionarios públicos corruptos"⁶⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En el mismo sentido, la OCDE ha señalado que los sobornos pueden hacerse para obtener cualquier tipo de ventajas, entre ellas, pueden ser usados para influenciar el diseño y las decisiones del proceso licitatorio.

"Para ganar un contrato estatal, las partes pueden tener diferentes necesidades. Los pagos de sobornos pueden hacerse para obtener ventajas debidas o indebidas, dependiendo del sector y del mercado en el que opere la parte como el proceso de contratación.

Las partes pueden estar interesadas en establecer y mantener relaciones de largo plazo con el agente sobornado para asegurar futuras inversiones de la parte beneficiaria.

Más obviamente, una parte da o promete dar un soborno a cambio de un contrato. Sin embargo, si una parte opera en un mercado complejo donde la preparación es larga –como el de la construcción, infraestructura pesada o sectores armados– los sobornos pueden ser prometidos o pagados en diferentes etapas. Por ejemplo, pueden ser usados para influenciar el proceso de licitación e influenciar el diseño y las decisiones del proceso licitatorio. Los sobornos también pueden ser prometidos o pagados a cambio de información. Por ejemplo, información de las especificaciones del proceso de contratación, los productos o los precios ofertados por los competidores, los cuales tienen un alto precio y ciertas industrias y sectores han desarrollado redes de comunicación bien remuneradas"⁶⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En esa medida, algunas empresas, renunciando a un proceso competitivo, ofrecen sobornos para asegurar la adjudicación de contratos. Al respecto, la OCDE sostiene:

"La colusión y la corrupción afectan la eficaz adjudicación de contratos públicos. Por definición, estas prácticas tienen por objeto una adjudicación de contratos que debería haberse obtenido a través de un proceso competitivo. La colusión implica que los contratos públicos se adjudican a la empresa elegida por un cártel; la corrupción, por su parte, conlleva la adjudicación del contrato a la empresa que ha ofrecido un soborno. Por lo tanto, aunque la lucha contra la colusión y la lucha contra la corrupción plantean desafíos diferentes en materia de políticas, suelen ser muy complementarias. Se da ese caso, por ejemplo, cuando un funcionario de contratación es remunerado para organizar, aplicar y supervisar un acuerdo colusorio en un procedimiento de licitación."⁶⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ OCDE (2007). Bribery in public procurement: methods, actors and counter-measures, p. 46. Texto original: "To win a procurement contract, parties may have different needs. Bribery payments may be made to obtain due or undue advantages, depending on the sector and the market in which a party operates as well as the procurement process.

Parties interested in establishing and maintaining long-term relationships will bribe a public official to secure future interventions to the party's benefit.

Most obviously, a party gives or promises to give a bribe in exchange for a contract. However, if a party operates in a complex market where preparation time is long – such as construction, heavy infrastructure or the arms sector – bribes may be promised or paid at different stages. For instance, they can be used to influence the tendering process and influence the design and decision-making stage of the tender. Bribes can also be promised or paid in exchange of information. For example, information on the specifications of the tender, the products or the prices submitted by the competitors carries a high price and certain industries and sectors have developed well-remunerated information networks."

⁶⁶ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Igualmente, la doctrina especializada reconoce el pago de sobornos como uno de los mecanismos por los cuales se manipulan los procesos de contratación pública.

"Los métodos empleados por grupos criminales organizados —Las prácticas utilizadas para manipular los procesos para la ejecución de contratos públicos son variados:

(...)

*El segundo es la corrupción. **La corrupción es usada en la contratación pública para obtener la adjudicación de contratos en cada tipo de proceso licitatorio** (desde los procesos cerrados hasta el dialogo competitivo) y en cada fase (empezando por la destinación de fondo y la preparación de la licitación hasta la adjudicación final). **Los sobornos son empleados para influenciar decisiones discrecionales, para obtener información clasificada y adquirir protección política e institucional**"⁶⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Así las cosas, la OCDE⁶⁸ ha señalado que la distorsión del proceso de contratación mediante la colusión o la corrupción suele tener un efecto particularmente perjudicial en el contexto del sector público. Una contratación pública eficaz determina la calidad de la infraestructura y los servicios públicos e incide en la variedad y la penetración de la infraestructura y los servicios que un Estado puede proporcionar a sus ciudadanos.

La contratación pública es una cuestión de máxima importancia para el desarrollo económico de un país: (i) los bienes y servicios objeto de contratación pública suelen afectar a una gran parte de la población; (ii) la contratación pública atañe a menudo a la infraestructura física o a la salud pública, lo que respalda otras formas de actividad económica; (iii) repercute en la competitividad internacional; (iv) puede tener consecuencias en el clima de inversión; (v) la distorsión de la contratación pública suele hacer pesar los efectos más perjudiciales sobre las personas más desaventajadas de la sociedad, que dependen en mayor medida de los servicios y la infraestructura públicos y (vi) la contratación pública suele tener por objeto "bienes públicos", por lo que los mecanismos del mercado privado no pueden responder a las insuficiencias generadas por la colusión o la corrupción⁶⁹.

Además, se merma la confianza en el gobierno y el mercado, inhibiendo la inversión y, en última instancia, el desarrollo económico de un país. El dinero perdido por la distorsión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de colusión o corrupción en la contratación pública

⁶⁷ Mazza, Caterina. *How criminals infiltrate Public Procurement. Organised crime and Corruption in Legal Markets and Public Sector. Central European Journal of International and Security Studies*. No. 1:10-29. 2016. Texto original:

"Methods used by organised criminal groups —The practices utilized to tamper with the procedures for the execution of public contracts are various.

(...)

Second is corruption. Corruption is used in public procurement in order to obtain the award of a contract in each kind of bidding procedure (from the close procedure to the competitive dialogue) and in each of its phase (starting from the allocation of funds and the preparation of the tender to the final award). Bribes are mainly used to influence the discretionary decisions, to obtain classified information and acquire political and institutional protection."

⁶⁸ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

⁶⁹ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

puede disminuir la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo⁷⁰.

Desde esa perspectiva, resultan incompatibles con los principios, valores y previsiones constitucionales que propugnan por la protección del interés general aquellas conductas anticompetitivas que lamentablemente cuentan con la participación o el concierto deliberado de servidores públicos, no solo por representar una grave afectación al bien jurídico de la libre competencia en los procesos de contratación con el Estado, sino que a su vez desconoce los principios elementales de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez y lealtad⁷¹.

Por otra parte, la Corte Constitucional⁷² ha entendido que la corrupción es un fenómeno que amenaza al Estado Social de Derecho porque atenta contra los cimientos de la democracia y afecta directamente los principios constitucionales que guían el desempeño de la función pública. En ese entendido, el fenómeno de la corrupción tiene un impacto de dimensión económica que, entre otras cuestiones, "(...) afecta la inversión, aumenta los costos económicos, elimina la competencia y facilita los monopolios de hecho, entre otros efectos" y, a su vez, "produce la desviación de los recursos públicos a los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo que disminuye el gasto público para atender necesidades sociales prioritarias"⁷³.

Por último, no está de más recordar en este punto 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 solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal⁷⁴.

Dadas las consideraciones anteriores, este Despacho inicialmente pasará a analizar los hechos relacionados con los cargos formulados en la Resolución de Apertura de Investigación bajo la imputación denominada "**PAGO SOBORNO**", con el fin de determinar si los investigados incurrieron en dichas conductas y, posteriormente, se tratarán los hechos relacionados con los cargos formulados bajo las imputaciones denominadas "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", sobre los que se advierte se acogerá la recomendación de archivo presentada en el Informe Motivado con fundamento en la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

⁷⁰ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

⁷¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 de 2019.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 2018.

⁷³ Corte Constitucional. Sentencia C-944 de 2012.

⁷⁴ "**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 imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

12.4. Consideraciones generales del Programa de Beneficios por Colaboración

Una de las prioridades de las autoridades de competencia es desarrollar maneras efectivas de luchar contra los carteles empresariales. En este sentido, el **PBC**⁷⁵ es considerado hoy en día como una de las herramientas principales en su lucha. En esencia, el programa de delación consiste en el mecanismo a través del cual una persona natural o jurídica, que forma parte de un cartel empresarial, queda exonerado total o parcialmente del pago de la sanción económica que, de otro modo, le hubiera tocado pagar. Lo anterior, a cambio de informar la existencia del cartel y aceptar su participación en el mismo ante la Autoridad de Competencia, aportar pruebas e información sobre su funcionamiento, duración, participantes, entre otros, y acatar los requisitos establecidos en la ley, tales como no controvertir los hechos reconocidos previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración.

Hoy en día, la mayoría de las jurisdicciones del mundo cuentan con un **PBC** para la detección de carteles empresariales, existiendo un consenso entre las diferentes autoridades de competencia del mundo en que dicho programa es una de las herramientas más efectivas en la lucha contra los carteles empresariales.

En efecto, entre los beneficios que resultan de contar con un efectivo **PBC** está el incremento de las posibilidades de detectar y sancionar un cartel empresarial. Lo anterior, teniendo en cuenta que los miembros de un cartel son conscientes de la ilegalidad de su proceder y, por tal razón, invierten importantes esfuerzos y recursos en ocultar su actividad cartelista: hacen reuniones fuera del país donde se ejecuta el acuerdo, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepagos), así como "alias", destruyen información, entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley.

Por otro lado, al incrementarse las probabilidades de detección y sanción, se crea un incentivo disuasorio para participar en un cartel empresarial. En la misma línea, quien haga parte del cartel tendrá igualmente el incentivo para cesar su participación en él y acudir a la autoridad para delatar su existencia movido por el temor a ser descubierto o que otro de los miembros del cartel lo haga primero, dados los beneficios de inmunidad o reducción de la multa, creando un claro efecto desestabilizador en el cartel. Esto es lo que en la teoría económica se conoce como el "*dilema del prisionero*"⁷⁶, donde la incertidumbre de uno de los "*socios*" genera que acuda primero a la autoridad para quedarse con todos los beneficios; opera como móvil interno para que una persona acuda a colaborar con la autoridad y al final la estrategia estrictamente dominante para cada uno de los involucrados en el juego en mención sea delatar.

Ahora bien, para un adecuado funcionamiento del programa de delación, que logre los resultados esperados, se requiere conjugar una serie de elementos, en la medida en que se trata de un sistema de beneficios, compensaciones o recompensas, por lo que la decisión de delatar debe representarle un beneficio real al delator. Es decir, debe existir un sistema de incentivos que induzca al presunto cartelista a participar activamente en el programa.

En ese orden de ideas, en primer lugar, debe contarse con unas sanciones lo suficientemente disuasorias para que al momento de realizar un típico análisis de costo-beneficio, el resultado sea en favor de colaborar con la autoridad. Como complemento de lo anterior, el cartel empresarial debe tener un riesgo real de detección y sanción, lo cual está íntimamente asociado con las facultades con que cuenta la Autoridad de Competencia y con la fortaleza institucional de la misma. Finalmente, el tercer elemento clave para el éxito del programa de delación estriba en la transparencia y seguridad jurídica para sus aplicantes⁷⁷, siempre y cuando, claro está, el comportamiento de estos

⁷⁵ También conocido por las autoridades de competencia anglosajonas como "*leniency*" o "*immunity program*".

⁷⁶ Ver Osborne, M. (2002) *An Introduction to Game Theory*. Oxford University Press, New York. Sección 2.2.

⁷⁷ Para una exposición detallada del argumento ver Becker, G. (1968) *Crime and Punishment: An Economic Approach*. *Journal of Political Economy*. Vol. 76.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

durante el trámite de la solicitud de beneficios y la investigación correspondiente sea igualmente transparente y, sobre todo, congruente.

12.4.1. El Programa de Beneficios por Colaboración en Colombia

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009, Colombia introdujo cambios sustanciales en el régimen de competencia, entre los que se destacan haber establecido a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de protección de la libre competencia económica, el incremento sustancial de las multas a imponer a los infractores y el establecimiento del **PBC**.

En efecto, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

Actualmente, el **PBC** se encuentra reglamentado por el Decreto 1523 de 2015. Dicha norma establece las condiciones generales y la manera en que la Superintendencia de Industria y Comercio puede conceder a cualquier persona natural o jurídica el beneficio consagrado en la ley.

De acuerdo con el Decreto 1523 de 2015, para suscribir el Convenio de Beneficios por Colaboración el aplicante debe cumplir los siguientes requisitos: (i) reconocer su participación en el acuerdo contrario a la libre competencia; (ii) suministrar información o pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación, incluyendo aspectos tales como: objetivos, principales actividades, funcionamiento, nombre de los partícipes, grado de participación, domicilio, producto o servicio, área geográfica afectada y duración estimada del acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia; (iii) atender los requerimientos e instrucciones que haya impartido la Superintendencia de Industria y Comercio en el curso de la negociación del Convenio de Beneficios por Colaboración; y (iv) terminar su participación en el acuerdo anticompetitivo en los términos que establezca el funcionario competente.

Ahora bien, para que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte una decisión final favorable sobre la concesión del beneficio de exoneración total o parcial del pago de la multa, no basta con la simple confesión de la participación de la persona natural o jurídica en el cartel empresarial, pues ello es tan solo uno de los requisitos de acceso al **PBC**. Para lograr el beneficio, la persona natural o jurídica deberá colaborar efectivamente durante el curso de la actuación administrativa.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En esa medida, el artículo 2.2.2.29.3.1. del decreto en comento establece que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en el acto administrativo que decida la actuación administrativa, conceder los beneficios por colaboración convenidos por el funcionario competente en todos los casos salvo que se presente alguna de las siguientes situaciones:

"1. Cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración.

2. Cuando el delator no facilite la práctica de testimonios de sus empleados o administradores.

3. Cuando el delator desatienda los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio para la comprobación o ratificación de la información suministrada y los hechos reconocidos.

4. Cuando el delator destruya, altere u obstaculice el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.

5. Cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia; y

6. Cuando el delator incumpla cualquiera de las obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración".

Así las cosas, nótese que quien se acoja al PBC deberá actuar de buena fe, absteniéndose de conductas que minen la investigación, tales como controvertir durante la investigación los hechos que había reconocido previamente en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, desatender requerimientos, destruir, alterar u ocultar la información que posea, entre otras.

En consecuencia, bien podría ocurrir que un agente del mercado cumpla con los requisitos de acceso al PBC por haber confesado su participación y aportado pruebas sobre el funcionamiento del cartel, pero que durante el curso de la investigación no colabore con la autoridad, porque, por ejemplo, controvertió en el curso de la investigación los hechos que había reconocido en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, no suministró las pruebas que estuvieran a su disposición, o porque alteró, destruyó u ocultó información o elementos de prueba relevantes para la investigación. De comprobarse esta falta de colaboración, la Superintendencia de Industria y Comercio mal podría otorgar el beneficio, por existir un expreso mandato legal prohibiendo que se le conceda el beneficio de exoneración total o parcial a quien no colabore con la investigación.

En este orden de ideas, corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la pérdida de beneficios en caso de que se compruebe alguna de las circunstancias transcritas, o si se demuestra que quien celebró el convenio tenía la condición de instigador o promotor del cartel.

Finalmente, la exoneración total o parcial de la multa que conceda el Superintendente de Industria y Comercio "(...) a un delator, se extenderá, en el mismo porcentaje, a todos los sujetos de derecho que actúan o hayan actuado para aquel como facilitadores, y que colaboren en el curso de la actuación" excepto cuando:

"1. Nieguen su participación o responsabilidad en el acuerdo contrario a la libre competencia objeto de delación o nieguen los hechos que reconocieron en su actuación dentro del trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración.

Lo anterior no limita el derecho a controvertir las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación;

2. Cuando sean renuentes a concurrir a la práctica de pruebas en las que su presencia sea requerida.

3. Cuando destruyan, alteren u obstaculicen el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

4. Cuando el delator para el que actúan o hayan actuado pierda los beneficios por colaboración⁷⁸.

12.4.2. El Programa de Beneficios por Colaboración en el caso concreto

En la presente investigación, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien para la época de los hechos objeto de investigación era Viceministro de Transporte y Director Encargado del INCO y del INVIAS, accedió al PBC y confesó y delató conductas violatorias del régimen de libre competencia económica *"durante el proceso de estructuración y en el proceso de adjudicación de Ruta del Sol, tramo 2, y en el posterior proceso de ejecución que incluye los otrosíes"*⁷⁹.

Según el delator, *"ODEBRECHT tenía una estrategia en la cual involucraba no solamente funcionarios directos encargados de la adjudicación, sino también entidades de control, medios de comunicación"*⁸⁰, que a través de una *"estrategia mediática"* diseminaban información con el propósito de *"desacreditar competidores"*. En tal medida, relató que la estrategia de **ODEBRECHT** era *"sofisticada (...) en donde no solamente involucran a las personas directamente responsables de suscribir los contratos, sino que va desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos (...) "*⁸¹.

Así mismo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** reconoció que *"(...) era parte de una cadena en la cual estábamos los eslabones unidos, pero no nos conocíamos unos entre otros, era una estructura criminal sofisticada en ese sentido (...) "*⁸². Igualmente, logró identificar que *"(...) ellos tenían ese esfuerzo por compartimentalizar la información y aislar todos los que estaban en el entramado criminal"*⁸³.

En ese contexto, el delator admitió haber participado en diferentes *"reuniones ilegales con gente de ODEBRECHT"*⁸⁴ que particularmente estaban *"por fuera de lo que sería la comunicación normal, institucional"*⁸⁵ como Viceministro de Transporte. De esa manera, aceptó que fue *"abordado por un funcionario de ODEBRECHT"* que identificó como **"LUIZ BUENO"**, quien le *"ofreció la posibilidad de trabajar, luego de salir del Ministerio, en esa empresa y para evitar cualquier inhabilidad ese trabajo podía ser en el exterior o en sectores diferentes. Esa oferta irregular, ilegal, fue variando en la medida en que avanzaba el proceso y terminó siendo, pues simplemente un soborno"*⁸⁶.

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES también reconoció que inicialmente se habló de un *"valor del soborno"* por *"dos punto cinco"* millones de dólares y que finalmente terminó recibiendo giros por una suma total de *"seis millones quinientos mil dólares (USD \$ 6.500.000)"*⁸⁷. Los pagos debían realizarse a través de una persona *"que tuviera récord de negocios en el exterior"*⁸⁸ siendo estos

⁷⁸ Artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015.

⁷⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 7:19.

⁸⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

⁸¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

⁸² Ibidem.

⁸³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19.

⁸⁴ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 1:29:18.

⁸⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 07:00.

⁸⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 8:12.

⁸⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19

⁸⁸ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:13:40

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"girados por la oficina de estructuraciones de **ODEBRECHT**"⁸⁹. Para ello, aceptó que los pagos se realizaron por intermedio de un amigo de infancia llamado "**ENRIQUE GHISAYS**", aprovechando que con "*la empresa de su padre tenían cuentas en el exterior y negocios en el exterior*"⁹⁰.

En esa medida, confesó que el propósito del soborno consistía en que "*se cumplieran los pliegos*"⁹¹, lo que "*implícitamente llevaba de que si había alguna zona gris (...) terciara a favor de ellos*"⁹². Ese "*compromiso implícito*" obedecía a que, según "**LUIZ BUENO**", era "*probable que haya personas en contra de **ODEBRECHT** (...) que no nos quiera alguien de **IFC***" por lo que "*tenían prevención de que alguien en el comité evaluador o alguien en el comité asesor, pudiese tener animadversión hacia ellos*"⁹³. Para el delator el soborno también serviría "*como una especie de póliza de seguro*" debido a que, según "**LUIZ BUENO**", **ODEBRECHT** "*había invertido a la fecha más de quince millones de dólares en la propuesta y en la propuesta, se refería a la propuesta y al lobby que había hecho, y que ellos no podían perder eso*"⁹⁴.

En su declaración, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** reconoció que pese al acuerdo ilegal que existía, "**LUIZ BUENO**" le tenía cierta "*desconfianza*" de que pudiera estar "*en contacto con los otros proponentes*" o que no "*suscribiera el contrato*", por lo que le realizaban constantes intimidaciones y amenazas⁹⁵.

El delator también reconoció que como consecuencia de "*una interpretación un poco ambigua de una definición*"⁹⁶ del pliego de condiciones en relación con la validez de la experiencia en construcción de vías férreas, la propuesta de un competidor de **ODEBRECHT** presentó "*un error hasta tonto*"⁹⁷, lo que provocó que en una reunión con "**LUIZ BUENO**", este le señalara que "*con ese error, ellos están eliminados*"⁹⁸.

Precisamente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** relató que "*los días previos a la adjudicación, hubo un ruido por parte de alguno de los proponentes*"⁹⁹, y debido a que le "*quedaba la duda de que había sido una definición ambigua*"¹⁰⁰ solicitó que le "*suministraran un concepto de un abogado*", para lo que le colocaron a disposición personas "*que habían tenido trabajo o vínculos con **CORFICOLOMBIANA***"¹⁰¹. De esa forma, reconoció que el día de la adjudicación, recibió el concepto "*por debajo de la mesa*", que se lo "*entregó un funcionario de **CORFICOLOMBIANA***" y

⁸⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

⁹⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:14:02.

⁹¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

⁹² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 37:19.

⁹³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 30:21.

⁹⁴ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 31:49.

⁹⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 25:08.

⁹⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 2:21:14.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 8:12.

¹⁰⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 2:21:14.

¹⁰¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:05:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que "efectivamente ese concepto fue pagado por **CORFICOLOMBIANA**"¹⁰², circunstancia que consideró "una confirmación que **CORFICOLOMBIANA** sabía (...) lo que estaba pasando"¹⁰³.

Sobre el particular, admitió que "el concepto jurídico que me fue entregado de manera subrepticia, eso no fue un tema público, eso no es un tema que yo puse a disposición de los demás competidores, no fue un tema que fue controvertido públicamente, sino un tema que yo solicité para proteger eventuales reclamaciones futuras ya fuera en Contraloría o sanciones administrativas e incluso penales"¹⁰⁴.

Adicionalmente, respecto al "modus operandi" de la estrategia anticompetitiva, el delator reconoció que "(...) no fue solo un soborno, fueron muchos sobornos, unos disfrazados de lobby, otros disfrazados de contratos simulados y otros directamente"¹⁰⁵. En efecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** delató que "LUIZ BUENO", quien era la persona de **ODEBRECHT** con quien tenía comunicación, "posterior a la adjudicación" le manifestó su interés de "buscar posibilidades de adiciones, casi que inmediatamente, a pesar de que ese contrato tenía unas restricciones al respecto"¹⁰⁶, esto debido a que los cartelistas habían "ofrecido condiciones muy favorables y que eso de alguna manera limitaba su utilidad en el proyecto y que pues obviamente la forma de compensarlo hubiera podido ser a través de adiciones, o modificaciones contractuales"¹⁰⁷.

De esa forma, según el delator, **ODEBRECHT** tenía "previsto desde un principio, el interés en compensar, alguna presión competitiva a la que se vieron sometidos en el proceso de licitación"¹⁰⁸. En tal medida, reconoció que "la estructura o el entramado criminal alrededor del cual se desarrollaba este proyecto, pues contemplaba la posibilidad de que, mediante modificaciones contractuales, se mejoraran las condiciones del contrato"¹⁰⁹.

Un ejemplo de lo anterior, según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sería el "otrosí Ocaña - Gamarra en donde básicamente hay una adición de un tramo (...) en unas condiciones, por lo menos, irregulares, en la forma como fueron las aprobaciones. Sin embargo, a mí me llama mucho más la atención, los otrosíes siete y nueve"¹¹⁰. En criterio del delator, "lo que se licitó, definitivamente, fue muy diferente a lo que se terminó ejecutando hasta el momento en que se suspendió el contrato (...) y probablemente si esas modificaciones, se hubieran planteado en la estructuración, o se hubieran incluido en la estructuración, pues, primero, hubiera podido haber mayor concurrencia (...) al proceso licitatorio"¹¹¹.

Finalmente, el delator admitió que en 2016 sostuvo una reunión con "LUIZ BUENO", en que le confesó que "cuando la Policía Federal llegó a las oficinas de **ODEBRECHT**, ellos no alcanzaron a destruir toda la información relacionada con mí, con el soborno"¹¹². En tal medida, confesó que

¹⁰² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 8:12.

¹⁰³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:05:19.

¹⁰⁴ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

¹⁰⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

¹⁰⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 8:12.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*"precisamente en esa reunión ellos sugirieron que se suscribiera un contrato con un tercero para justificar unas asesorías, que fue el modus operandi, ese de hacer contratos simulados"*¹¹³.

En este sentido, y una vez recibida la confesión de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** sobre su participación en las conductas anticompetitivas, así como por los medios de prueba que fueron aportados y que daban soporte a su declaración, la Delegatura consideró que se habrían cumplido los requisitos previstos en el Decreto 1523 de 2015 para celebrar un Convenio de Colaboración, bajo el entendido que habría marcado su entrada en primer lugar al **PBC**.

En el Convenio de Colaboración se estableció que conforme lo dispone el artículo 2.2.2.29.2.2 del Decreto 1523 de 2015, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** sería exonerado de la totalidad de la multa, siempre y cuando no incurriera en las causales que determinan la pérdida de beneficios establecidas en el artículo 2.2.2.29.3.1 de dicho decreto.

12.5. Caracterización del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009

Debido a que las conductas que serán objeto de análisis en el presente acto administrativo, y que configuraron un complejo y sofisticado sistema que limitó la libre competencia económica como será demostrado en acápites posteriores, tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, este Despacho describirá las principales condiciones y características del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, su trámite hasta la adjudicación, algunas particularidades en su ejecución y su posterior liquidación. Bajo esa caracterización no son de recibo los argumentos presentados por la **CONCESIONARIA** en sus observaciones al Informe Motivado al señalar que no se determinó la dimensión del presunto mercado afectado, máxime cuando allí se precisó que las conductas reprochadas se *"materializaron antes, durante y con posterioridad a su adjudicación"*¹¹⁴.

En primer lugar, es importante anotar que para el año 2009 de acuerdo con las funciones y competencias radicadas en cabeza de las diferentes entidades públicas, el **INVIAS**¹¹⁵ era la institución encargada de adelantar el proceso público de adjudicación de contratos de obras públicas y el **INCO**¹¹⁶ era la entidad competente para adelantar el proceso público de adjudicación de concesiones¹¹⁷ en el país.

Dado que el Proyecto Ruta del Sol incluía la ejecución tanto de obras públicas como de concesión, el **INVIAS** delegó la facultad de adelantar el proceso de adjudicación al **INCO**¹¹⁸, de manera que pudiera adelantarse un único proceso. Para ese propósito, se suscribió un Convenio Interadministrativo que en la cláusula tercera indicaba que el **INVIAS** delegaba al **INCO** la apertura, gestión, cierre y adjudicación del proceso de selección del contrato de obra pública para el Proyecto Ruta del Sol¹¹⁹. En ese orden de ideas, el 10 de marzo de 2009 el **INCO** publicó en el Sistema

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado Rad. No. 17-14777, p. 238.

¹¹⁵ Decreto 2056 de 2003 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Inviás, y se dictan otras disposiciones".

¹¹⁶ Decreto 1800 de 2003 "Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura".

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. "Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal."

¹¹⁸ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹¹⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Electrónico para la Contratación Pública (en adelante "**SECOP**") el "*proyecto de pliego de condiciones*" del proyecto Ruta del Sol¹²⁰. De conformidad con el documento correspondiente, el objeto del proceso de selección según el Proyecto de Pliegos de Condiciones consistiría en lo siguiente:

*"Seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de tres contratos de concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo las obras necesarias para la construcción y mejoramiento vial Autopista Ruta del Sol y, los diseños definitivos, adquisición de predios, obtención de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las mismas, en los siguientes sectores: Sector 1: Villeta - El Korán, Sector 2: Puerto Salgar- San Roque y Sector 3: San Roque - Y de Ciénaga y Carmen de Bolívar - Valledupar"*¹²¹.

Es relevante anotar que debido a la longitud total del Proyecto Ruta del Sol y la situación financiera que para entonces existía a nivel mundial, la IFC¹²² señaló que se podrían presentar dificultades en la consecución de los recursos necesarios para financiar el proyecto. Por esa razón, sugirió dividir el proyecto en tres sectores¹²³, medida que a la postre se terminó por adoptar.

Para tal fin, se definieron los siguientes sectores: (i) sector 1: Villeta – El Korán, que involucraba la construcción de un nuevo corredor de doble calzada en la zona de cruce de la Cordillera Oriental de aproximadamente 78,3KM y que incluía tres túneles, puentes y viaductos; (ii) **sector 2: Puerto Salgar – San Roque, referente a un corredor de 528KM en el que debían realizarse labores de rehabilitación de la vía existente y duplicación de la calzada** y (iii) sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar que tenía una extensión de 465KM de vía que debía rehabilitarse y la duplicación de dicha calzada¹²⁴.

A efectos de las conductas que se reprochan en esta actuación administrativa interesa el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, dicho tramo iba desde el municipio de Puerto Salgar en el departamento de Cundinamarca hasta el municipio de San Roque en el departamento de Cesar y comprendía 528 kilómetros.

¹²⁰ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf.

¹²¹ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf. p. i.

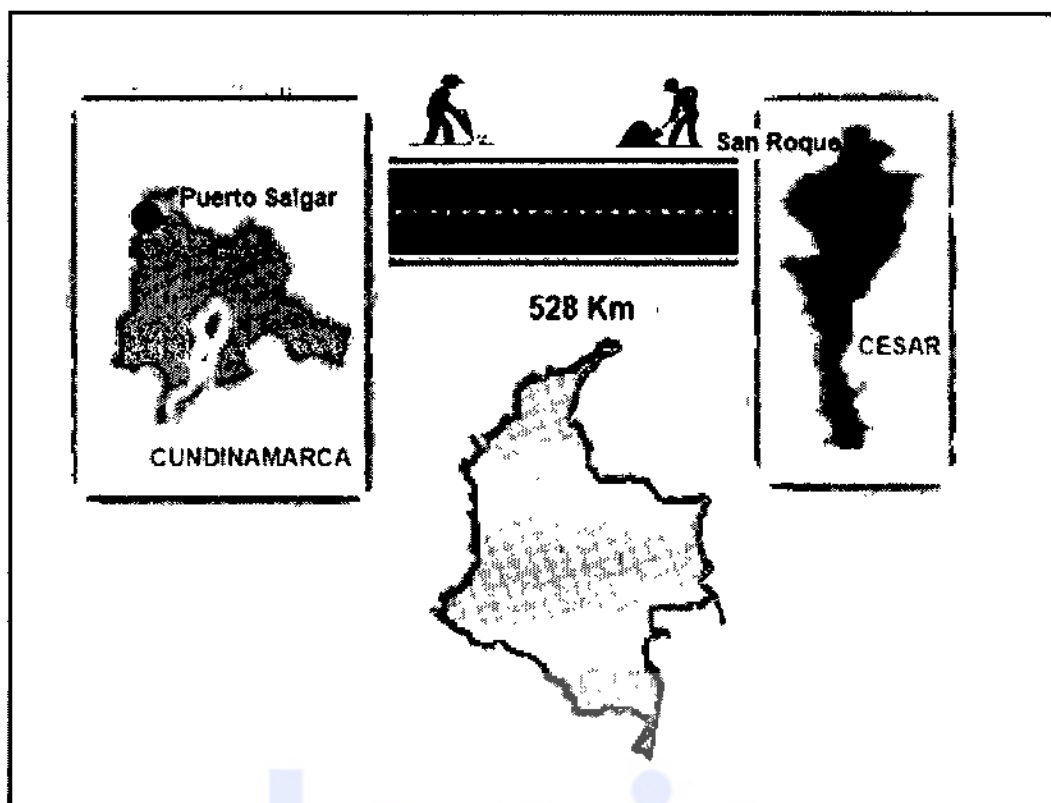
¹²² Folio 3332 del cuaderno publico No. 17 del Expediente. Folio 3329 Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf. p. 2.

¹²³ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf. p. 2.

¹²⁴ Pliego de Condiciones definitivo publicado con Adenda No. 12 el 22 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Diagrama No. 1. Proyecto Ruta del Sol - Sector 2



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

El 27 de marzo de 2009, el INCO publicó en el SECOP el Pliego de Condiciones definitivo del Proyecto Ruta del Sol, el cual fue modificado en varias ocasiones¹²⁵ hasta llegar a la versión definitiva, que fue la publicada el 22 de octubre de 2009. De acuerdo con la información disponible en el SECOP¹²⁶, las fechas en que se publicaron los pliegos y las adendas fueron las siguientes:

Tabla No. 4. Fechas en que se publicaron los pliegos y las adendas

PLIEGOS Y ADENDAS	FECHA
Estudios Previos	10 de marzo de 2009
Proyecto Pliego de Condiciones	10 de marzo de 2009
Pliegos de Condiciones	27 de marzo de 2009
Adenda 1	21 de abril de 2009
Adenda 2	21 de mayo de 2009
Adenda 3	16 de julio de 2009
Adenda 4	21 de agosto de 2009
Adenda 5	4 de septiembre de 2009
Adenda 6	8 de septiembre de 2009
Adenda 7	29 de septiembre de 2009
Adenda 8	2 de octubre de 2009
Adenda 9	6 de octubre de 2009
Adenda 10	9 de octubre de 2009
Adenda 11	19 de octubre de 2009
Adenda 12	22 de octubre de 2009

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹²⁷.

El 27 de octubre de 2009 se recibieron las propuestas que se ilustran a continuación, respecto de todas, algunas o uno de los sectores en que fue dividido el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, así:

¹²⁵ Las dos versiones posteriores fueron publicadas el 4 de Septiembre y el 22 de octubre de 2009.

¹²⁶ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹²⁷ Con base en información y los documentos publicados en el SECOP.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia”

Tabla No. 5. Ofertas presentadas - Audiencia de cierre - Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	SECTOR
1	CONSORCIO VIAL HELIOS	CARLOS ALBERTO SOLARTE	25	1
		CONCONCRETO S.A.	25	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	25	
		IECSA SOCIEDAD ANÓNIMA	25	
2	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.	OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL)	70	1 y 2
		CONCAY S.A.	7,5	
		AGUILAR CONSTRUCCIONES S.A.	7,5	
		ICEIN S.A.	7,5	
		PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.	7,5	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25	2
		ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA	37	
		ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.	33	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	4,99	
4	CONSORCIO DESARROLLO VIAL RUTA DEL SOL	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES	70	1
		CONSTRUCTORA OAS LTDA	25	
		PROCOPAL S.A.	3	
		INGENIERÍA DE VÍAS S.A.	1	
		MEYAN S.A.	1	
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	MNV S.A. (Grupo Nule)	30	1 o 2 o 3
		GAS KAPITAL GR S.A.	25	
		CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION	25	
		INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA LTDA	20	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹²⁸.

Ahora bien, respecto del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol participaron los oferentes que se ilustran a continuación, así:

Tabla No. 6. Ofertas presentadas en audiencia para el Sector 2

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%
1	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.	OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL)	70
		CONCAY S.A.	7,5
		AGUILAR CONSTRUCCIONES S.A.	7,5
		ICEIN S.A.	7,5
		PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.	7,5
2	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25
		ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA	37
		ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.	33
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	4,99
3	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	MNV S.A. (Grupo Nule)	30
		GAS KAPITAL GR S.A.	25
		CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION	25
		INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA LTDA	20

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹²⁹.

Respecto de las estructuras plurales que compitieron por la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol vale señalar que el INCO tuvo como **única oferta habilitada** la presentada por la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL** (integrada por ODEBRECHT, EPISOL y CSS).

¹²⁸ Con base en información y los documentos publicados en el SECOP.

¹²⁹ Con base en información y los documentos publicados en el SECOP.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así las cosas, la oferta de **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.**¹³⁰ (en adelante "**VÍAS DEL SOL**") integrada por las empresas **OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL)**, **CONCAY S.A.**, **PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.**, **AGUILAR CONSTRUCCIONES S.A.** e **ICEIN** fue considerada como no hábil en virtud de lo dispuesto en el apartado 10.2.2 del Pliego de Condiciones¹³¹, el cual indicaba que solo serían habilitadas aquellas ofertas que cumplieran con los Requisitos Habilitantes indicados en el Pliego de Condiciones, según el Sector por el que cada estructura ofertara. Debido a que **VÍAS DEL SOL** realizó una oferta para los Sectores 1 y 2 en economía de escala y no acreditó la experiencia en construcción conforme al Capítulo VII "*Requisitos Habilitantes Aplicables a las Propuestas por varios Sectores*" fue considerada como no hábil¹³².

De otra parte, la propuesta de **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS**, integrada por **MNV S.A.** (Grupo Nule), **GAS CAPITAL GR S.A.**, **CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION**, **INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA LTDA.**, fue rechazada debido a que no allegó la información solicitada por el **INCO** en el informe de evaluación preliminar que fue publicado el 24 de noviembre de 2009, esto con fundamento en lo dispuesto en el apartado 10.11.15 del Pliego de Condiciones¹³³, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008. En efecto, mediante comunicación remitida al **INCO** el 30 de noviembre de 2009, el representante de la **U.T. CONCESIÓN RDS** indicó que "*con respecto del tramo 2 de dicha licitación pública, será imposible subsanar las solicitudes requeridas en el informe de evaluación*"¹³⁴.

En consecuencia, con fundamento en el Procedimiento para la Evaluación de la Oferta Económica, previsto en el apartado 10.3.2. del Pliego de Condiciones¹³⁵, el **INCO**, mediante Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, adjudicó el Sector 2 de la Ruta del Sol a que hace alusión el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al único proponente habilitado, esto es, a la "*Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S*", representada legalmente por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (entonces Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia) e integrada por las siguientes firmas: (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (ii) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** (37.00%); (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** (33.00%) y (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%), por un valor de \$2.094.286.000.000¹³⁶.

¹³⁰ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. Acto de Apertura – Sobre 2. 18 de diciembre de 2009. DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1456879.pdf.

¹³¹ El aparte en comento indica lo siguiente "10.2.2. Las Propuestas cuya evaluación de los Requisitos Habilitantes contenidos en el sobre No. 1 cumpla con todos los requisitos será considerada "admisible" las Propuestas "no admisibles" serán aquellas que no cumplan con los Requisitos Habilitantes y por lo tanto no se evaluarán ni la Oferta Técnica ni el sobre No. 2." Pliego de Condiciones, conforme a las modificaciones introducidas en la Adenda 12, publicado en el **SECOPI** el 22 de octubre de 2009.

¹³² Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Documento "ACLARACION RESUMEN PENDIENTES SECTORES 1, 2 Y 3" publicado en el **SECOPI** el 9 de diciembre de 2009. Donde respecto del proponente **PSF VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS** se lee en la Columna "Experiencia" lo siguiente: "Los contratos de los numerales 1 y 2 corresponde a la modalidad férrea, razón por la cual no cumplen las exigencias del Capítulo VII".

¹³³ Pliego de Condiciones, conforme a las modificaciones introducidas en la Adenda 12, publicado en el **SECOPI** el 22 de octubre de 2009. "10.11 Rechazo de la Propuesta: Sin perjuicio de lo establecido en la ley aplicable, serán rechazadas las Propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos: (...) 10.11.15 Cuando el Proponente no aclare o subsane dentro del término establecido por la entidad los documentos y/o la información que le hayan sido requeridos por el **INCO**."

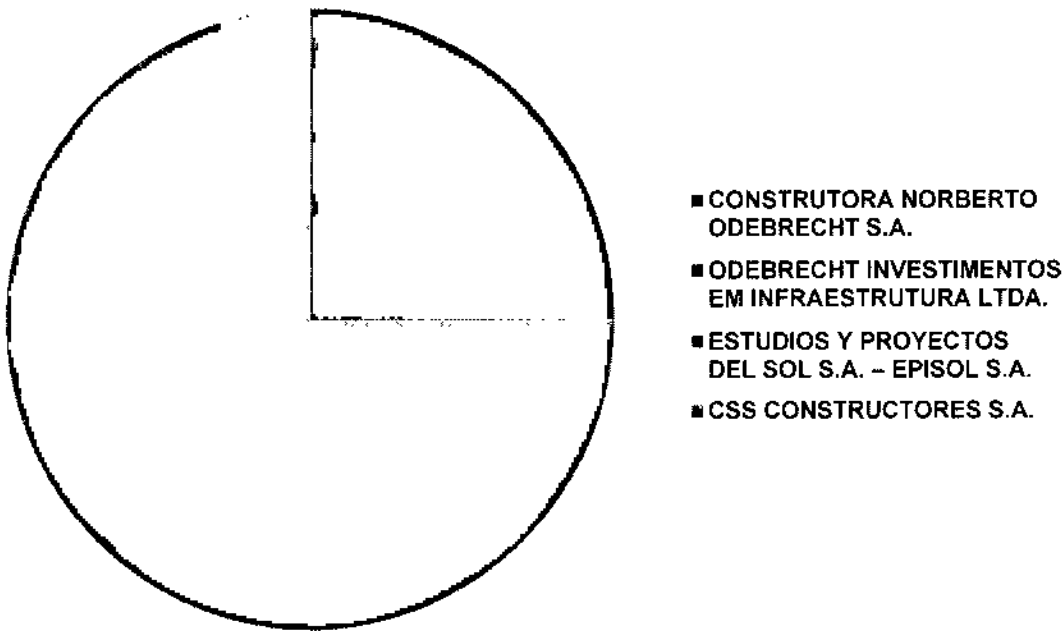
¹³⁴ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. Archivo "DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1420680".

¹³⁵ Pliego de Condiciones, conforme a las modificaciones introducidas en la Adenda 12, publicado en el **SECOPI** el 22 de octubre de 2009. "10.3.2. Procedimiento de Evaluación de la Oferta Económica (Sobre 2). (...) (i) Única Oferta Admisible. Si en cualquier etapa de la 2 evaluación sólo queda una Oferta Económica Unitaria admisible, que 3 además cumple con los requisitos exigidos para el "sobre No. 2", el **INCO 4** adjudicará el Sector a ese único Proponente."

¹³⁶ Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Gráfica No. 1. Integración de la P.S.F. CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

De esta forma, el 14 de enero de 2010 se celebró el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 respecto del Sector 2 de la Ruta del Sol. El contrato fue suscrito por: (i) el INCO, representado por el Director Encargado, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y (ii) **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, representada por **AMILTON HIDEAKI SENDA** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, como Representante Legal y Suplente, respectivamente.

Durante la ejecución del referido contrato particularmente se realizaron diez (10) otrosíes, los cuales se presentan a continuación con una breve descripción de sus respectivos objetos:

Tabla No. 7. Otrosíes al Contrato de Concesión No. 001 de 2010

No.	OBJETO	FECHA
1	Por el cual se autoriza la suscripción del acta de terminación del Hito 43N PR 57+000 al PR 64+650 Ruta 4514 y se aclara el Apéndice Técnico Parte A, Sección 3.4 del Contrato de Concesión en el indicador técnico originalmente definido para el índice de <i>ahuellamiento</i> (sic).	8 de marzo de 2013
2	Para modificar los plazos máximos para el inicio de la Operación de la doble calzada tramos 1,5 y ajustar la programación de obras de los tramos 1,5 y 6.	5 de abril de 2013
3	Para modificar el literal c) y adicionar el literal d), referentes a cuentas y subcuentas del numeral 3.02 del Contrato de Concesión. Adicionar al contrato la elaboración de los Estudios y Diseño de la Fase II del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la Vía de Acceso a los Puertos Ribereños. Y en general adicionar el alcance de la estructuración jurídica de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Tramo Ocaña-Gamarra-Puerto Capulco y la Vía de Acceso a los demás Puertos Ribereños.	15 de julio 2013
4	Por el cual se amplía los plazos máximos para el inicio de la Operación doble calzada de los Tramos 2, 3, 4, y 7. Ampliar la duración máxima de la Fase de Construcción y de la Etapa Preoperativa.	28 de octubre de 2013
5	Por el cual se adiciona al Contrato de Concesión para que el Concesionario elabore los Estudios y Diseños de la Fase III de la Intersección a Desnivel Para el Acceso al Municipio de Puerto Boyacá – Departamento de Boyacá, así como la estructuración financiera y jurídica del proyecto.	19 de diciembre de 2013
6	Por el cual se adiciona al Contrato de Concesión para que el concesionario por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo Denominado “ <i>Transversal Río de Oro-Aguaclara-Gamarra</i> ”.	<u>14 de marzo de 2014</u>
7	Por el cual se: i) Adiciona la sección 1.01 del contrato, referente a Actas de Cumplimiento de Indicadores relacionada a la Terminación de Construcción de la nueva	15 de mayo de 2014

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

No.	OBJETO	FECHA
	Calzada y/o de las Obras de Mejoramiento y de Rehabilitación de la Calzada existente. ii) Modifica el literal a) de la Sección 8.08 del contrato de concesión, referente a la verificación de Hitos. iii) Modifica sección 8.09 del Contrato de concesión, referente al "silencio en la Verificación de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento". iv) Modifica la sección 13.04, literal c) referente al derecho del Concesionario a que se efectué el traslado de la Cuenta de Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario por el cumplimiento de los Hitos.	
8	Por el cual se ingresa a la Subcuenta de Estudios y Obras del patrimonio Autónomo –fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, \$10.330,791,573.00M/Cte, y se regula la destinación de los recursos mencionados.	23 de diciembre de 2014
9	Por el cual se modifica la sección 13.04 literal h) del contrato de concesión referente a la fórmula para el cálculo de traslados de los Aportes INCO a la cuenta de Aportes Concesionario, durante la etapa Pre-operativa.	4 de diciembre de 2015
10	Por el cual se modifica: i) El alcance de las obligaciones del concesionario en el numeral 1.2 del contrato de concesión, para que continúe únicamente con la operación y mantenimiento del hito 1 tramo 1 Puerto Salgar – Caño Alegre, ii) Se adiciona la operación y mantenimiento de las obras adicionales iii) El valor de CAPEX a desactivar, iv) El Traslado de la Vigencias Futuras por Concepto de CAPEX, v) La Remuneración del OPEX, vi) El Excedente por Ejecutar el CAPEX, vii) Las Vigencias Futuras Correspondientes al Excedente por Ejecutar el CAPEX.	3 de noviembre de 2016

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹³⁷.

A partir de la información presentada es posible apreciar que durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se realizaron diferentes adiciones, entre ellas, el otrosí No. 3 donde se adicionó la realización de estudios y diseños del tramo "Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco", incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña, así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del proyecto relacionado con la vía "Ocaña-Aguaclara-Gamarra-Puerto Capulco".

Precisamente, a raíz del otrosí No. 3 se celebró el otrosí No. 6, por el cual se realizó una adición con el objeto de llevar a cabo la rehabilitación, construcción, mejora, operación y mantenimiento del tramo "Transversal Rio de Oro-Aguaclara-Gamarra".

Así mismo, es posible evidenciar que se realizaron modificaciones al referido contrato siendo el caso del otrosí No. 7 donde, entre otros, se modificó el procedimiento de verificación de Hitos que trataba el literal (a) de la Sección 8.08 y lo relacionado con el traslado de recursos de la Sección 13.04 literal (c). Otro ejemplo es el otrosí No. 9 a través del cual se modificó la forma de traslado de los recursos de la Sección 13.04 literal (h) para el reconocimiento de actividades como componentes del Hito.

Finalmente, el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para la construcción del Sector 2 de la Ruta del Sol, terminó por mutuo acuerdo entre la ANI (antes INCO) y la CONCESIONARIA, tal y como consta en el documento denominado "ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 de 2010, CELEBRADO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.", suscrito el 22 de febrero de 2017.

12.6. Infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 - Descripción general de las conductas contrarias a libre competencia económica

La Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente acreditado que ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL idearon y ejecutaron un sistema restrictivo de la competencia que, en una primera fase, estuvo compuesto por un acuerdo anticompetitivo que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la CONCESIONARIA y, en una segunda fase, desplegaron una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó

¹³⁷ Con base en información obrante en el Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente e información y los documentos publicados en el SECOP.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

través de la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementaron una estrategia de compensación a través de una adición contractual, con la finalidad de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

El sistema restrictivo de la competencia se gestó en el marco y como parte del esquema de corrupción altamente complejo de **ODEBRECHT** que se prolongó por más de una década y que resultó en el pago de cientos de millones de dólares en sobornos en diferentes países.

En este sentido, se demostrará que el sistema anticompetitivo en una primera fase se implementó a través de diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, desplegadas por **ODEBRECHT**. Además, se demostrará que se realizaron unos acercamientos por parte de los cartelistas encabezados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien terminó por aceptar en el marco de una serie de reuniones ilegales y secretas una retribución económica como contraprestación por favorecer a la **CONCESIONARIA** en la contratación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Frente a esto, se presentarán las pruebas que dan cuenta de que el acuerdo ilegal que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, estuvo motivado, influenciado y determinado por la percepción y experiencia de **CORFICOLOMBIANA** en relación con las vicisitudes que podrían suceder en el marco de procesos de contratación pública en Colombia.

Adicionalmente, se presentarán las pruebas que dan cuenta de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en su condición de Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, tuvo conocimiento de estas reuniones ilegales y secretas, autorizó los compromisos que se establecieron para favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adjudicación y, posteriormente, aprobó las actuaciones derivadas de lo pactado. También, se presentarán las pruebas de cómo **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** idearon y planificaron que entre **ODEBRECHT**, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, se haría *"la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA"* durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 —a través de **CONSOL**—.

En desarrollo de lo anterior, se acreditará que **ODEBRECHT** inicialmente se encargaría de pagar la totalidad de la suma correspondiente a la retribución económica que se ofreció a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y que la operación para el pago de esta se realizó *"después de la adjudicación"*, una vez este cumplió con los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo.

De este modo, se acreditará que los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo se realizaron a través de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y la empresa **LURION TRADING INC** y, fueron *"girados por la oficina de estructuraciones de ODEBRECHT"*¹³⁸ empleando *"recursos económicos no contabilizados vía offshore"* y consignados en una cuenta en la *"Banca privada D'Andora BPA"*. Así mismo, que el monto finalmente pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como contraprestación por los compromisos ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo correspondió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

Por otro lado, se demostrará que, sin solución de continuidad, el sistema anticompetitivo se prolongó en el tiempo con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través de (i) una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, (ii) una estrategia de compensación a través de una adición contractual, objetivos que, como presupuesto para su

¹³⁸ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

plena ejecución, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo, esto es, la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**.

De tal modo, se presentarán las pruebas de cómo con el principal objetivo de realizar la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL**, idearon una dinámica de reembolsos y pagos irregulares que fue plenamente ejecutada *"más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"*¹³⁹ a través de **CONSOL** y de la **CONCESIONARIA**. Para esto se demostrará que a través de la instrumentalización de diferentes contratos que como rasgo común carecían de soporte o debida justificación, desviaron recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para efectuar el reembolso del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, el cual fue hecho a través de la empresa española **DCS MANAGEMENT** por medio de pagos hechos por **CONSOL**.

Adicionalmente, se demostrará cómo en la dinámica de instrumentalización de diferentes contratos y pagos irregulares, se evidenció que, en particular, los contratos relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM y CONSULTORES UNIDOS**, tenían propósitos asociados con asegurar el éxito de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Además, se presentará evidencia de cómo **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, tuvo conocimiento de pagos irregulares que carecían de soporte o debida justificación, y de cómo esta dinámica de reembolsos y pagos irregulares se extendió desde *"el primer semestre de 2010"*¹⁴⁰ hasta por lo menos el 5 de agosto de 2016, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Por otro lado, se presentarán las distintas pruebas obrantes en el Expediente que dan cuenta de que un objetivo adicional desplegado y materializado por **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, consistió en replicar una estrategia similar a la ejecutada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con la finalidad de mejorar sus condiciones a través de modificaciones contractuales —*adiciones*— con el ilegítimo propósito de extraer la mayor utilidad posible del Proyecto Ruta del Sol 2.

En efecto, la estrategia se implementó con la finalidad de asegurar el éxito de la adición de la *"TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"*¹⁴¹ y, con ese propósito, se instrumentalizaron contratos con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA y PRESOAM**, para lo cual, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** encomendaron a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** varias actuaciones debido a la *"influencia"* que tenía en diferentes sectores y como consecuencia de la ejecución de actividades de *"lobby"*.

En efecto, como se mostrará, la labor de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** dio *"resultado"* y fue *"fundamental"*, no solo para *"acelerar"*, sino también para *"obtener"* la modificación contractual que viabilizó obras adicionales en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con lo que evitaron demoras de *"3 o 4 años más"* y, principalmente, el riesgo que le representaba a la **CONCESIONARIA** competir en un escenario de libre competencia por las *"obras adicionales"* en un *"proceso de licitación pública"*.

¹³⁹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

¹⁴⁰ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "CARPETA 1", Archivo. CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

¹⁴¹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Finalmente, se demostrará que durante 2016 se realizaron diferentes reuniones en las que se pretendió replicar la estrategia e instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar o "legalizar" el pago de la retribución económica a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** derivado del acuerdo anticompetitivo y mantenerlo en la absoluta clandestinidad para asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo que aún se encontraba en plena ejecución.

12.6.1. Contextualización del esquema corrupto desplegado por ODEBRECHT

A continuación, se presentan algunas circunstancias de contexto relacionadas con **ODEBRECHT**, que resultan especialmente relevantes para comprender cada uno de los reproches por la afectación del régimen de libre competencia económica que se harán en el presente acto administrativo. Con tal propósito, se contextualizará el esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** y las prácticas que miembros de esa organización reconocieron haber llevado a cabo a nivel mundial.

Desde su constitución, las empresas brasileras **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** -ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**-, hacen parte de una organización empresarial con presencia en todo el mundo desarrollando actividades en diversas áreas de negocios como petroquímicas, negocios industriales, aguas, inmobiliarias, ingeniería y construcción, entre otros¹⁴². En Colombia, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** hace parte de un conjunto de varias empresas¹⁴³ y su objeto social está relacionado con la planeación y ejecución de proyectos de construcción civil, además de desarrollar otras actividades relacionadas con la industria naval y la explotación de petróleo y gas¹⁴⁴. Por su parte, **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** -ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**- tiene como actividad económica la de explotar directa o indirectamente negocios de concesiones de obra y servicios públicos, así como la de participar en el capital social de otras empresas¹⁴⁵.

Sin embargo, **ODEBRECHT** no solo se dedicaba a desarrollar las actividades referidas, sino que de conformidad con el Departamento de Justicia de Estados Unidos (*United States Department of Justice*), esta empresa fue el principal artífice y ejecutor del que es considerado "*El mayor caso de soborno extranjero de la historia*"¹⁴⁶. En efecto, dicha empresa desplegó un esquema de corrupción altamente complejo que se prolongó por más de una década y que resultó en el pago de cientos de millones de dólares en sobornos en diferentes países. Para ello, creó una "*División de Operaciones Estructuradas*", como un departamento de soborno independiente dentro de **ODEBRECHT**, que reportaba sus actividades ilícitas a los más altos niveles directivos de esa empresa para obtener autorización para el pago de sobornos, a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de los libros de contabilidad y cuentas bancarias en el exterior.

En efecto, sobre el particular, el 21 de diciembre de 2016, **ODEBRECHT** celebró un Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) con el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en que se declaró culpable de haber puesto en funcionamiento una estructura dentro de la organización empresarial para pagar sobornos con el propósito de obtener proyectos en diferentes países, entre ellos Colombia. Así se evidencia en la traducción de un aparte del documento mencionado:

¹⁴² Folio 4363 a 4376 del cuaderno público No. 22 del Expediente.

¹⁴³ Folio 4363 a 4376 del cuaderno público No. 22 del Expediente.

¹⁴⁴ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁴⁵ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Traducción oficial del acta de constitución de Odebrecht Investimentos Em Infra-Estrutura Ltda.

¹⁴⁶ Disponible en: <https://www.justice.gov/usao-edny/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-criminal>. "*Largest Foreign Bribery Case In History*".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"EL ESQUEMA DEL SOBORNO"

19. Entre los años 2001 y 2016 ODEBRECHT junto con sus cómplices, a sabiendas y queriendo acordaron de manera corrupta para dar cientos de millones de dólares en pagos y cosas de valor, en beneficio de agentes, partidos políticos, oficiales políticos, candidatos políticos extranjeros, para asegurar ventajas e influenciar aquellos oficiales para la obtención de negocios en diferentes países.

20. Durante este periodo de tiempo ODEBRECHT junto con sus cómplices **pagaron aproximadamente 788 millones de dólares en sobornos para tener por lo menos 100 proyectos en diferentes países** incluidos: Angola, Argentina, Brasil, **Colombia**, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela"

21. Para promover este esquema de soborno ODEBRECHT y sus cómplices crearon y fundaron una estructura financiera secreta que operaba cuentas corruptas para así realizar pagos de sobornos beneficiando oficiales, partidos políticos, oficiales del partido y candidatos políticos extranjeros. Durante el tiempo de desarrollo de esta estructura financiera secreta, esta evolucionó en el 2006 y **se creó la división estructurada de operaciones, una división independiente de la compañía**. Esta división estructurada de operaciones funcionó de manera efectiva como un departamento de sobornos dentro de ODEBRECHT y otras entidades relacionadas. Para disfrazar esas actividades la división es (sic) de operaciones estructuradas utilizó off book "DROUSYS", que permitió a los miembros de esta división estructurada de operaciones comunicarse entre ellos y operadores financieros externos. Posteriormente, con sus cómplices del soborno y así evitar y asegurar que los correos electrónicos y mensajes fueran conocidos utilizando claves y nombres secretos"¹⁴⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Específicamente, en relación con Colombia, en el Acuerdo de Culpabilidad (Plea Agreement) se afirmó que durante el periodo comprendido entre 2009 y 2014, ODEBRECHT realizó pagos ilegales a oficiales del Gobierno colombiano por más de once millones de dólares para asegurar la obtención de "contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 millones" de dólares. Dice textualmente el documento:

"Colombia"

50. **Entre 2009 y 2014 ODEBRECHT, realizó pagos por 11 millones en Colombia para asegurar contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 millones.**

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De otro lado, y como parte de esos once millones de dólares de pagos ilegales a oficiales colombianos, y a título de ejemplo, en el Acuerdo de Culpabilidad (Plea Agreement) se afirmó también la existencia del pago de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) por concepto de un soborno a un oficial del gobierno colombiano. Al respecto, se señaló lo siguiente:

"Colombia"

(...)

51. **Por ejemplo entre 2009 y 2010 ODEBRECHT aceptó pagarle a través de la [división de operaciones estructuradas] y el empleado número SEIS, 6.5 millones en un soborno a un oficial del gobierno encargado de otorgar proyecto de construcción, y este oficial les daría ayuda y asesoría para ganar ese proyecto**"¹⁴⁸ (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

¹⁴⁷ Folios 75 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

¹⁴⁸ Folio 84 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

El anterior contexto es importante para el análisis del presente caso por varias razones. La primera razón es debido a que el esquema corrupto de **ODEBRECHT** desplegado en diferentes países, y que fue precisamente replicado en Colombia, coincide plenamente con la dinámica relatada en el marco del **PBC** por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien en su condición de delator indicó que la estrategia de **ODEBRECHT** era *"sofisticada (...) en donde no solamente involucran a las personas directamente responsables de suscribir los contratos, sino que va desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos (...) "*¹⁴⁹ y reconoció que *"(...) era parte de una cadena en la cual estábamos los eslabones unidos, pero no nos conocíamos unos entre otros, era una estructura criminal sofisticada en ese sentido (...) "*¹⁵⁰.

A lo anterior debe sumarse el hecho de que precisamente a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** le fueron imputados los delitos de celebración indebida de contratos, cohecho impropio y enriquecimiento ilícito, por lo que aceptó cargos el 15 de enero de 2017, y fue condenado a pena privativa de la libertad¹⁵¹.

La segunda razón es que el contexto presentado previamente le permite a este Despacho identificar ciertas características o rasgos relevantes del *"modus operandi"* con que operaba **ODEBRECHT** dentro del esquema corrupto que miembros de esa organización reconocieron haber llevado a cabo a nivel mundial y que precisamente desplegaron y replicaron en Colombia.

En efecto, una caracterización que puede extraerse del contexto advertido es la existencia de una compleja y sofisticada estructura ilegal, que valiéndose convenientemente de la organización empresarial preestablecida, planificó un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, sin aparente conexión, pero que fue creada para que existiera y funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes comportamientos ilegales inequívocamente dirigidos a la consecución de un propósito específico.

Por ejemplo, una persona se encargaba de realizar los contactos y negociaciones ilegales con funcionarios públicos y luego solicitaba a otra persona el pago de los sobornos acordados, esto incluía el contacto directo con funcionarios a cargo de proyectos, contactos que podían darse, tanto en reuniones oficiales con la participación de varios agentes del gobierno, o bien de forma privada y secreta. Dentro de ese entramado, una segunda persona al interior de **ODEBRECHT** daba la aprobación del pago y, una tercera, se encargaba de efectuarlo a través de la *"División de Operaciones Estructuradas"*, valiéndose de la creación de empresas fachada con las que se simulaban contratos para justificar los desembolsos y transferencias realizadas, tal y como lo reconoció **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, al delatar que dentro del *"modus operandi"* desplegado por **ODEBRECHT** se encontraba precisamente *"hacer contratos simulados"*¹⁵².

De esa forma, para este Despacho esa aparente desconexión entre sus actores, lejos de representar desorganización, realmente se traducía en un esfuerzo plenamente consciente por compartimentar todo el aparato criminal, con el propósito de que operara como una perfecta máquina ilegal, en que cualquier engranaje pudiera ser fácilmente removible o sustituido sin afectar su normal funcionamiento o comprometer el resultado final.

Otro rasgo relevante es que esa compartimentación de roles y tareas permitía un limitado acceso a determinada información entre los distintos integrantes del aparato ilegal que disminuía el riesgo de su desestabilización y garantizaba en todo momento que los involucrados únicamente tuvieran que

¹⁴⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Sentencia condenatoria del 12 de diciembre de 2017 del Juzgado Penal (31) Treinta y Uno del Circuito con Funciones de Conocimiento, contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por los delitos de cohecho impropio en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos. Documento: CUADERNO DE PRUEBAS No. 196 del folio 1 al 510.

¹⁵² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

conocer o manejar la información necesaria para llevar a cabo cierta tarea con lo que, a su vez, se difuminaba cualquier responsabilidad dentro del entramado ilegal. Precisamente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, como delator logró advertir que "(...) ellos [ODEBRECHT] tenían ese esfuerzo por compartimentalizar la información y aislar todos los que estaban en el entramado criminal"¹⁵³.

De esa forma, **ODEBRECHT** a través de una compleja red de empresas ficticias, transacciones fuera de los libros de contabilidad y transferencias o pagos en el exterior, logró que su "modus operandi" fuera de difícil detección o rastreo por cualquier autoridad.

Así mismo, este Despacho identifica la implementación de un método secreto de comunicaciones con el uso de "claves" y "nombres secretos" para registrar el pago de sobornos. Particularmente, la anterior característica fue destacada por el Consejo de Estado al referirse sobre el esquema de corrupción desplegado por **ODEBRECHT** a nivel mundial, y en Colombia, al considerar que:

"La mencionada multinacional, de origen brasileño, luego de incursionar en varios países, especialmente latinoamericanos y africanos, decidió hacerlo en Colombia, como contratista de obras y ejecutora de proyectos de infraestructura. Para ello, desarrolló una política general que consistía en ofrecer y entregar millonarios sobornos a funcionarios públicos y a particulares que tuvieran influencia en el ámbito público, con el fin de lograr de aquellos, directamente o a través de la mediación de estos, la adjudicación de contratos y su negociación en especiales condiciones de favorabilidad.

Para cumplir su cometido, y asegurar la apariencia de corrección y legalidad del flujo de recursos necesario para gratificar a los mediadores y gestores de sus intereses, **creó una División de Operaciones Estructuradas (DOE) con varias firmas internacionales para manejar transacciones, con sistemas informáticos encriptados, y empleo de bancos pequeños en países cuyo laxo régimen tributario y blindada reserva bancaria, facilitaban la discreción de las transacciones.** Este esquema de corrupción operó entre el año 2001 y 2016 y al parecer, facilitó la irrigación proterva de aproximadamente 788 millones de dólares."¹⁵⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Adicionalmente, estudios económicos sobre proyectos de infraestructura con evidencia de corrupción por parte de **ODEBRECHT**, caracterizan como un rasgo común la existencia de una transacción o "contrato implícito" entre dicha empresa y un funcionario público, en que se acuerda un precio (coima o soborno) a cambio de una contraprestación, por ejemplo, ventajas en la adjudicación del contrato.

"En muchos de los proyectos de infraestructura con evidencia de corrupción, se observa la existencia de una transacción entre la empresa y un funcionario público. Al cerrar la transacción, las partes acuerdan un precio (coima o soborno) y esperan una contraprestación. En el caso de la empresa, puede corresponder a ventajas en la adjudicación del contrato (ej. cambio en las bases de licitación o manipulación de algún criterio durante la evaluación técnica), renegociaciones oportunistas o simplemente un mejor acceso a funcionarios claves que puedan ser útiles en el desarrollo de los futuros negocios. Por el lado del funcionario público o autoridad de gobierno, la contraprestación corresponde a que efectivamente se pague el soborno. Este pago (coima o soborno) a cambio de una contraprestación es lo que se denomina en este informe, un contrato implícito"¹⁵⁵. **Un contrato implícito releva dos cosas: primero, los aspectos institucionales por los que la empresa está dispuesta a pagar, con el fin de tener ventajas en la adjudicación de un proyecto particular. Segundo, los espacios que la institucionalidad da a los funcionarios públicos para que puedan influir y otorgar efectivamente estas ventajas**

¹⁵³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19.

¹⁵⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Rad. No. 110010315000 2018 00316 00.

¹⁵⁵ El término "contrato implícito" está relacionado con el hecho de que por su naturaleza los contratos entre empresas y funcionarios corruptos no tienen validez legal. No es posible llevar a una de las partes a juicio frente a un incumplimiento en los términos del contrato.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

a las empresas. Entender esta "transacción" entre las partes involucradas permite comprender en mayor profundidad los alcances de la corrupción en la provisión de infraestructura pública en la región."¹⁵⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, las evidencias sobre el *modus operandi* de ODEBRECHT en proyectos de infraestructura con presencia de corrupción, no solo incluye ventajas en la adjudicación como cambio en las bases de la licitación o manipulación de algún criterio durante la evaluación técnica, sino además, la existencia de "*renegociaciones oportunistas*", esto es, modificaciones o adiciones contractuales. En efecto, según estudios económicos, para proyectos en donde ODEBRECHT pagó sobornos, el monto posteriormente renegociado promedio fue de un 71,3% de la inversión inicial, comparado con un 6,5% para proyectos en los cuales no hubo pagos de sobornos.

"Otra de las principales deficiencias institucionales de la provisión de infraestructura pública en América Latina, guarda relación con la supervisión del contrato una vez que éste es implementado. En particular, se aprecia como los cambios contractuales posteriores a la adjudicación y firma de los contratos originales, conocidas genéricamente como "renegociaciones de contratos"¹⁵⁷, estuvieron al centro de varios de los proyectos en la región, donde ahora sabemos, hubo pago de sobornos y otras manifestaciones de corrupción. En la literatura especializada se había documentado con detalle el uso recurrente de renegociaciones en el caso de las asociaciones público-privadas, pero no existía evidencia sistemática de cómo estos cambios contractuales servían de vehículo para la corrupción¹⁵⁸. En un trabajo reciente de los autores de este informe, que considera tanto obras públicas como concesiones de infraestructura, se levanta evidencia a partir del caso Odebrecht en ocho países de la región, y se establece la existencia de una relación sistemática entre renegociaciones de contrato y corrupción¹⁵⁹. Concretamente, para proyectos en donde Odebrecht pagó sobornos, el monto renegociado promedio es de un 71,3% de la inversión inicial, comparado con un 6,5% para proyectos en los cuales Odebrecht no hubo pagos de sobornos"¹⁶⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En esa medida, es posible advertir que las "*renegociaciones de contratos*", también conocidas como adendas, otrosies o adiciones, hicieron parte del *modus operandi* de ODEBRECHT para obtener beneficios derivados del pago de sobornos.

"(...) la evidencia sugiere que las renegociaciones de contrato jugaron un rol central en el *modus operandi* de Odebrecht, permitiéndole a la empresa aumentar su poder de negociación durante esta etapa y obtener beneficios derivados del pago de sobornos al renegociar los contratos de las obras que le fueron adjudicadas."¹⁶¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹⁵⁶ DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE EL CASO ODEBRECHT. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Documento de referencia N°43. Junio 2019. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/10/DocRef4_Informe-Analisis-Datos.pdf.

¹⁵⁷ Los nombres específicos varían de un país a otros: acuerdos complementarios, adendas, etc.

¹⁵⁸ La excepción es el trabajo de Guasch, J. Luis, and Stéphane Straub. "Corruption and concession renegotiations: Evidence from the water and transport sectors in latin america." Utilities Policy 17.2 (2009): 185-190. Los autores documentan la relación entre renegociaciones de contratos de APP e índices de corrupción agregados a nivel país.

¹⁵⁹ Ver Campos, N., Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2019). Renegotiations and corruption in infrastructure: The Odebrecht case (No. 0230). Dipartimento di Scienze Economiche Marco Fanno.

¹⁶⁰ GOBERNANZA DEL SECTOR DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Mayo 2019. p. 7. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/06/Doc_Ref_1_Gobernanza.pdf.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 8.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Finalmente, un último rasgo relevante que identifica este Despacho es que el *modus operandi* de **ODEBRECHT** no solo contemplaba mecanismos de corrupción, que según la OCDE "(...) implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación"¹⁶², sino que además implicaba el despliegue de acuerdos colusorios, es decir, "una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia"¹⁶³. En efecto, esas relaciones horizontales entre **ODEBRECHT** y otros competidores es evidente en el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) que celebró con el Departamento de Justicia de Estados Unidos:

"34. Este esquema participó ODEBRECHT en una serie de reuniones con empresas constructoras para evaluar dividir contratos con Petrobras. Lo que llaman un cartel de compañías. Una vez determinaron que compañía o qué compañías iban a ser la responsable del cierto proyecto, además del precio que cobraba Petrobras estas empresas para presentar las propuestas, estas le aseguraban que ganarán estos negocios y contratos y de esta manera el cartel de compañías se rotaban los contratos entre ellos."¹⁶⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir del contexto referido previamente, y los rasgos o características identificados por este Despacho, es posible contar con elementos de juicio adicionales que valorados en conjunto con otros aspectos fácticos y probatorios que se evidenciarán en acápites posteriores, permiten una mejor comprensión y análisis de ciertas particularidades de las conductas que fueron desplegadas por **ODEBRECHT** y que serán reprochadas en el presente acto administrativo.

12.6.2. Antecedentes del Proyecto Ruta del Sol y surgimiento del sistema que limitó la libre competencia

A continuación este Despacho realizará una descripción del Proyecto Ruta del Sol, a partir de sus antecedentes, lo que permitirá dejar en evidencia algunas actuaciones inicialmente desplegadas por **ODEBRECHT** que constituyeron un intento por tratar de interferir y alterar la estructuración del referido proyecto, en el marco del complejo y sofisticado sistema que idearon y ejecutaron con el propósito de limitar la libre competencia económica.

12.6.2.1. Proyecto Ruta del Sol. Impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura y promover la competencia

El Plan Nacional de Desarrollo "*Hacia un Estado Comunitario: 2002-2006*" reafirmó como política nacional, impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura con el objetivo de (i) fomentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; (ii) promover la competencia; (iii) eliminar la presión fiscal que generaba la financiación y operación pública de los proyectos y servicios; (iv) aumentar los flujos de inversión local y extranjera y (v) promover el desarrollo del mercado de capitales.

En línea con la política pública orientada a mejorar y expandir la capacidad de la infraestructura física de los corredores de transporte terrestre¹⁶⁵, el Gobierno Nacional elaboró documentos para establecer las directrices encaminadas a materializar esa política. Uno de esos instrumentos es el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante "**CONPES**") No. 3413 del 6 de marzo de 2006¹⁶⁶, el cual declaró de importancia estratégica el "*Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 - 2014*" y adoptó varios lineamientos de política para su puesta

¹⁶² OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Folio 84 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

¹⁶⁵ Cfr. Documento CONPES No. 3413 de 6 de marzo de 2006.

¹⁶⁶ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

en marcha. Entre otros, promover el desarrollo de proyectos de concesión vial que tengan un impacto favorable en la productividad y competitividad del país, así como el consistente en fomentar la participación privada en el desarrollo del programa.

En el mencionado documento, el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y el **INCO** identificaron proyectos preliminares que tendrían un impacto directo sobre la productividad y competitividad del país en materia de infraestructura. Entre dichos proyectos se encontraba el Proyecto Ruta del Sol, que fue considerado como uno de los principales corredores viales del país en la medida en que, mediante el desarrollo de actividades de rehabilitación y ampliación de la vía existente, conectaría a Bogotá con la Costa Caribe mediante 1.071 kilómetros de recorrido y tendría una inversión estimada para su realización de dos mil quinientos millones de dólares (USD 2.500.000.000)¹⁶⁷.

De conformidad con las directrices de política pública que se han comentado, el Gobierno Nacional desarrolló una serie de actividades de divulgación del proyecto para fomentar la participación privada. A manera de ejemplo, a finales de noviembre de 2006, el Ministro de Transporte (**ANDRÉS URIEL GALLEGO**) anunció en diversos medios de comunicación la realización del Proyecto Ruta del Sol¹⁶⁸.

Así mismo, **ÁLVARO JOSÉ SOTO GARCÍA** (entonces Gerente General del **INCO**), anunció a través de medios de comunicación escrita de amplia circulación¹⁶⁹ la apertura de un proceso de licitación pública para el desarrollo del proyecto. Esa labor de divulgación permitió que empresas nacionales e internacionales conocieran los proyectos de infraestructura que pretendía desarrollar el Gobierno Nacional a partir de 2006. Lo anotado se aprecia en anuncios publicados en medios de amplia circulación como el diario El Tiempo, en los que se señaló que, entre las empresas interesadas se encontraban ODINSA S.A., CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., CONSTRUCTORA COLPATRIA S.A., GRODCO LTDA., el "GRUPO NULE", ACCIONA INFRAESTRUCTURA S.A., OHL S.A. y la empresa brasilera CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.¹⁷⁰. Precisamente, **ODEBRECHT**, al menos desde 2007, inició una campaña de comunicaciones con el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** para anunciar su interés en "*participar en los programas de corredores viales y de infraestructura*"¹⁷¹.

A partir de lo expuesto, para este Despacho no queda duda que el Proyecto Ruta del Sol, debido a que era considerado de importancia estratégica por ser uno de los principales corredores viales del país y representaba una cuantiosa inversión de dos mil quinientos millones de dólares (USD 2.500.000.000), desde su surgimiento pretendió impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura lo que, entre otros objetivos, buscaba precisamente "*promover la competencia*", es decir, que los diferentes agentes económicos interesados en participar tuvieran la posibilidad de concurrir en condiciones de real y libre competencia, sin ningún tipo de distorsión o barrera injustificada.

12.6.2.2. Intentos iniciales de ODEBRECHT por interferir en la estructuración del Proyecto Ruta del Sol

Este Despacho encuentra en el Expediente diferentes evidencias que no solo permiten reconstruir los antecedentes del Proyecto Ruta del Sol, específicamente los relacionados con la contratación de quien estaría encargado de estructurarlo, sino que además dejan en evidencia que desde los

¹⁶⁷ Folio 3316 al 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente.

¹⁶⁸ Folio 4429 del cuaderno público No. 23 del Expediente.

¹⁶⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Folio 4877 a 4881 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/Documents:C:\Users\caro\Documents\Mis documentos\Carta Ministerio de Transporte.doc. (Object Id. 2873262).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

inicios del referido proyecto, **ODEBRECHT** desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración, como parte del sistema anticompetitivo que orquestó e implementó. Se reitera que en el marco del **PBC**, en la declaración rendida por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su condición de delator, indicó que la estrategia de **ODEBRECHT** tenía tal grado de sofisticación que era desplegada "(...) desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos (...) "¹⁷².

En esa medida, el documento titulado "**ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL - ANTECEDENTES**"¹⁷³, aportado por la **ANI** (antes **INCO**) a la presente actuación administrativa, permite establecer las circunstancias que rodearon la contratación de quien estaría encargado de estructurar el Proyecto Ruta del Sol.

Imagen No. 1. "**ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL - ANTECEDENTES**"

- ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL
ANTECEDENTES**
- 14/3 de marzo 2006*
1. El documento Conpes 3314 de marzo de 2006 sometió a consideración el Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 - 2014 a cargo del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, para ser declarado de importancia estratégica. Dentro de este Conpes se incluyó el Proyecto de Ruta del Sol definido como la unión de tres concesiones viales:
 - (Ruta del Sol 1-A) Doble calzada Bogotá (El Cortijo) - Villota,
 - (Ruta del Sol 1-B) Tobía Grande - Puerto Salgar - San Alberto
 - (Ruta del Sol 2) Santa María - Y de Ciénaga - Bosconia - La Loma - San Alberto.
 - El mismo Conpes en sus recomendaciones encargó al Ministerio de Transporte y al INCO de:
 - "Evaluar con el apoyo de MHCP y DNP los proyectos identificados y establecer cuáles se ajustan a los principios definidos en este documento"
 - "Analizar en coordinación con el MHCP y al DNP los aspectos relacionados con el manejo del Riesgo Contractual del estado", y
 - "Solicitar al MHCP, en coordinación con el INCO y DNP que identifiquen esquemas alternativos para la estructuración financiera de los proyectos."
 2. Posteriormente, en septiembre de 2006 se modificó el proyecto y se redefinió como el trazado Tobía Grande - Puerto Salgar - San Alberto - La Loma - Bosconia - Y de Ciénaga.
 3. Definido este nuevo proyecto la Corporación Andina de Fomento - CAF le ofrece al Ministerio de Transporte y al INCO, en el mes de octubre de 2006, recursos de cooperación técnica para realizar la contratación de asesores especializados para acompañarlos en la estructuración técnica, legal y financiera del proyecto, según los procedimientos establecidos por esta Corporación. Al respecto el DNP emite un concepto técnico favorable.
 4. Una vez se aprueba la cooperación técnica el 15 de Noviembre de 2006, el INCO determina abrir un proceso de selección de una banca de inversión, en el cual invita a tres firmas Colombianas recientemente creadas y con escasa experiencia a participar en un proceso que tiene un periodo de elaboración y recepción de propuestas de no más de 8 días. En este proceso, el INCO con el aval del Ministerio de Transporte selecciona a Structure Banca de Inversión, una firma de banca de inversión con menos de un año de creación.
 5. Seleccionado el asesor, el INCO remite a la CAF para la contratación del mismo, en el mes de diciembre de 2006, los documentos del proceso y el valor ofertado por la firma Structure. La CAF teniendo en cuenta los procedimientos empleados por el INCO y el Ministerio de transporte para la selección del asesor, consideró pertinente objetar el proceso y no contratar al asesor seleccionado. Esta decisión se tomó en el mes de febrero de 2007.

Fuente: Documento contenido en el Expediente¹⁷⁴ (Recuadro rojo no original).

¹⁷² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

¹⁷³ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁷⁴ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Según el referido documento, en octubre de 2006, la **CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO** (en adelante "**CAF**") ofreció al **INCO** y al **MINISTERIO DE TRANSPORTE** *"recursos de cooperación técnica para realizar la contratación de asesores especializados para acompañarlos en la estructuración técnica, legal y financiera del proyecto"*.

Con el anterior auspicio, a partir del 15 noviembre de 2006, el **INCO** adelantó un proceso para seleccionar a una banca de inversión. En el marco de ese proceso, que tuvo una duración de solo ocho (8) días, *"invitó a tres firmas colombianas recientemente creadas y con escasa experiencia"* y, finalmente, con el aval del **MINISTERIO DE TRANSPORTE** se eligió a **STRUCTURE S.A. BANCA DE INVERSIÓN** (en adelante "**STRUCTURE**") para desarrollar la estructuración del proyecto, empresa que a través de su representante legal tenía vínculos con **ODEBRECHT** como se evidenciará más adelante.

No obstante, en febrero de 2007, la **CAF** objetó la selección de la referida compañía. Según aparece en el documento analizado, como consecuencia de la objeción aludida, *"en reuniones informales sostenidas con el Ministro de Transporte a finales de febrero, éste manifestó su inconformismo ante la objeción de CAF para la contratación de la firma Structure"*. Lo anterior se evidencia a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 2. "ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL – ANTECEDENTES–"

- 6 En reuniones informales sostenidas con el Ministro de Transporte a finales de febrero éste manifestó su inconformismo ante la objeción de CAF para la contratación de la firma Structure

Ante esto, y dados los acercamientos realizados por el DNP con la IFC en el marco de las conferencias de Participación Privada en Proyectos de Infraestructura, se comentó al Ministro sobre el interés de esta entidad en realizar la estructuración técnica, legal y financiera de un proyecto de concesiones viales que tuviera como objetivo vincular a firmas concesionarias con el suficiente músculo financiero. El Ministro se mostró interesado en que el IFC estructurara directamente el Proyecto siempre y cuando se hiciera con la firma Structure. DNP contactó al IFC y le ofreció la estructuración de uno de tres proyectos, entre los que se encontraba la Ruta del Sol

- 7 El 13 de marzo por iniciativa del INCO se lleva a cabo una reunión en la que participan funcionarios del INCO, DNP y MHCP, en la que se informa sobre la decisión aparentemente avalada por el Ministro de Transporte de reiniciar un nuevo proceso, en el marco de cooperación técnica de la CAF, para seleccionar una firma de banca de inversión que asesore al INCO en la estructuración del Proyecto. En dicha reunión, el INCO solicita al DNP y MHCP su participación y apoyo técnico en el proceso de estructuración del Proyecto, iniciando con la elaboración de unos términos de referencia y de una lista de bancas de inversión para iniciar un nuevo proceso con la CAF. El mismo día, el DNP envía unos términos de referencia de procesos anteriores para ser tomados como base de redacción por el INCO.

- 8 El 14 de marzo se presenta a la CAF una lista de bancas de inversión preparada por el DNP y el MHCP y se notifica a la CAF la voluntad del gobierno de reiniciar el proceso de contratación de una banca de inversión para la estructuración del Proyecto. En la lista de Bancas de Inversión se incluye a la firma Structure aparentemente por solicitud del Ministro de Transportes a través del INCO.

- 9 El concejo Directivo del INCO del 14 de marzo de 2007 por solicitud de los miembros del concejo solicita al INCO crear un Comité de Apoyo Técnico conformado por funcionarios del DNP, MHCP y del INCO con el propósito de que el mismo sea quien realice recomendaciones al Concejo y se tomen las decisiones pertinentes en los procesos de estructuraciones y renegociaciones de las concesiones.

- 10 El 22 de marzo el INCO envía la primera versión de los Términos de Referencia para la contratación del asesor en la estructuración del Proyecto.

- 11 El 24 de marzo de 2007, en Concejo Directivo del INCO, pese a lo previamente discutido con la CAF, el Ministro de Transporte ratifica a Structure Banca de Inversión como la firma seleccionada para la estructuración del Proyecto ante el Concejo, a lo cual los miembros del Concejo Directivo representantes del DNP y de MHCP solicitaron al Ministro abrir un nuevo proceso con firmas de amplia experiencia en procesos de estructuración de concesiones preferiblemente internacionales.

- 12 El 29 de marzo el DNP envía al INCO comentarios sobre los Términos de Referencia (TdR) para la contratación del asesor.

Fuente: Documento contenido en el Expediente¹⁷⁵ (Recuadros rojos no originales).

Según puede apreciarse en el documento analizado, debido a la objeción de la CAF en la contratación de **STRUCTURE**, y el interés de la IFC en "realizar la estructuración técnica, legal y financiera de un proyecto de concesiones viales", **ANDRÉS URIEL GALLEGU HENAO** (entonces Ministro de Transporte) "se mostró interesado en que el IFC estructurara directamente el Proyecto siempre y cuando se hiciera con la firma Structure". De esta forma, el 14 de marzo de 2007 se

¹⁷⁵ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

presentó a la CAF una lista de bancas de inversión en que "se incluye a la firma Structure aparentemente por solicitud del Ministro de Transportes a través del INCO".

Igualmente, en el documento denominado "ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL –ANTECEDENTES–", puede apreciarse que en una reunión que tuvo lugar el 19 de junio de 2007, se manifestó a la IFC "el interés por explorar la forma de gestionar con ellos la estructuración de la 'Ruta del Sol', ante lo cual ellos [IFC] solicitaron a los miembros de la reunión claridad en cuanto a la voluntad real de adelantar dicho proceso y la factibilidad legal de contratación directa".

En ese punto es relevante señalar que debido a diferentes reparos que tenía el INCO principalmente con su "competencia técnica" e incluso algunos cuestionamientos relacionados con "corrupción", el Departamento Nacional de Planeación (en adelante "DNP") prefería que la estructuración del Proyecto Ruta del Sol "se hiciera de manera externa". Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** declaró que:

"En algún Consejo de Ministros, al cual fui invitado se mencionó el interés por parte del DNP de que esa estructuración se hiciera de manera externa, por los mismos argumentos de que, no sé, no existía la competencia técnica, ahí hay unas consideraciones que siempre pasaban por debajo y era que había unos cuestionamientos de tipo legal, de corrupción y etcétera. Pero obviamente la motivación principal era que no había la competencia técnica, opinión que compartía yo completamente (...)"

*(...) el DNP propuso que, traer una entidad que pudiera contar con las mejores prácticas a nivel internacional que liderara ese proceso, el proceso de estructuración para que esa misma estructuración sirviera de modelo para las futuras estructuraciones, de manera que con esto se lograba no solamente resolver el problema de estructurar bien el proyecto sino además de acoger las mejores prácticas, un proceso de transferencia de conocimiento, que es para lo cual se pedía al IFC, el Ministro **ANDRÉS URIEL GALLEGO** era un oponente a que las estructuraciones las hicieran terceros, él quería, él era de la teoría que el INCO era la entidad más competente de que ahí estaban los mejores profesionales y que las estructuraciones habían sido un éxito, yo no compartía esta idea. Como vieron que yo estaba totalmente de acuerdo con el diagnóstico que se hacía del INCO, me pidieron a mí que liderara, en otras palabras, convencer al Ministro de que autorizara a que se hiciera ese convenio para esa estructuración"¹⁷⁶.*

Como puede apreciarse, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tal y como lo reconoció fue "el promotor, o digamos el encargado de convencer al Ministro de que esa estructuración se la diera al IFC"¹⁷⁷. Una vez logró "convencerlo", **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se reunió con **RICHARD CABELLO** (Senior Investment Officer de la IFC para esa época) para comunicarle "que había convencido al Ministro, de que la estructuración se hiciera con el IFC".

*"(...) recuerdo claramente que tuve una conversación muy larga con el Ministro, en donde, fueron un par de conversaciones en donde pude convencerlo de que, de que lo mejor era para, para la situación del sector, el sector venía muy cuestionado, por falta de ejecución, para la situación del sector y para, de verdad, establecer una transferencia de conocimiento de que fuera el IFC el estructurador y, bueno ahí comencé él me dio el primer sí, recuerdo, me había olvidado completamente, pero recuerdo que me cité con él, yo estaba con otra reunión aquí cerca y me cité con **RICHARD CABELLO** en el OMA que queda aquí en centro internacional, aquí abajo sobre esta calle, y ahí le comuniqué a **RICHARD CABELLO** que había convencido al Ministro de que, de que la estructuración se hiciera con el IFC (...)"¹⁷⁸.*

Posteriormente, el 20 de julio de 2007, **RICHARD CABELLO** (Senior Investment Officer de la IFC para esa época) allegó una propuesta de servicios a **ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO** para que

¹⁷⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Parte 1.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Parte 1.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

la IFC llevara a cabo la estructuración y promoción del Proyecto Ruta del Sol. El texto del documento es el siguiente:

"De acuerdo con lo convenido, es grato adjuntarle a la presente nuestra propuesta para la estructuración y promoción de la carretera Ruta del Sol. Quisiéramos aprovechar la oportunidad para agradecerle por su gentil invitación para presentar esta propuesta y por el importante apoyo recibido por el INCO durante su preparación. Ratificamos nuestro interés en poder apoyarlos en la ejecución exitosa de tan importante proyecto de desarrollo para Colombia.

*Esta propuesta incluye tanto los servicios a ser prestados por IFC, así como servicios de consultores especializados que, actuando bajo nuestra dirección, se requerirían para la implementación exitosa del proyecto. IFC estaría a cargo del proceso de selección de estos asesores"*¹⁷⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Es importante resaltar que este Despacho encuentra pruebas de que precisamente **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien desempeñó un rol protagónico en el sistema anticompetitivo, estuvo al tanto de todos los pormenores y avances en el proceso de legalización de la contratación de la IFC para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol. Al respecto, se cuenta con un correo electrónico con asunto "[Fwd: CONVENIO IFC]", que **FELIPE SARDI CRUZ** (Asesor del Gobierno en Infraestructura) remitió a **RICHARD CABELLO** (*Senior Investment Officer* de la IFC para esa época) con copia a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Mediante ese mensaje informó cuáles eran las normas aplicables a los convenios que celebraba el Gobierno con organismos multilaterales¹⁸⁰.

Los anteriores antecedentes del Proyecto Ruta del Sol, específicamente relacionados con la contratación de quien estaría encargado de su estructuración, valorados en conjunto con otras evidencias que reposan en el Expediente, adquieren una connotación especial que permite develar diferentes actuaciones inicialmente desplegadas por **ODEBRECHT** para tratar de interferir y alterar la estructuración del referido proyecto.

En primer lugar, es relevante resaltar que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien desempeñó los cargos de Viceministro de Transporte y Director Encargado del INCO y del INVIAS, y tuvo un rol protagónico en el sistema anticompetitivo, en el marco del PBC delató que la estrategia de **ODEBRECHT** era "sofisticada (...) en donde no solamente involucran a las personas directamente responsables de suscribir los contratos, sino que va desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos (...) "¹⁸¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De esa forma, en el contexto presentado previamente resulta particularmente llamativo el interés que con tanta insistencia y abiertamente mostró **ANDRÉS URIEL GALLEGU HENAO** (entonces Ministro de Transporte) en que **STRUCTURE** fuera seleccionado como estructurador del Proyecto Ruta del Sol, bien fuera como encargado y líder de la totalidad de la estructuración o como asesor integrante del equipo, máxime cuando dicha empresa tenía "escasa experiencia" y era "una firma de banca de inversión con menos de un año de creación". En efecto, de conformidad con su Certificado de Existencia y Representación Legal¹⁸², **STRUCTURE** fue constituida el 17 de octubre de 2006, esto es, para la misma época en que se desarrollaron una serie de actividades de divulgación del Proyecto Ruta del Sol para fomentar la participación privada y tan solo un año antes de que se adelantara el proceso de selección de la banca de inversión que lo estructuraría.

¹⁷⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁸⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁸¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

¹⁸² Folios 4414 al 4416 del cuaderno público No. 22 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

A lo anterior se suma el hecho de que en el computador de **LILIANA CAROLINA SARMIENTO VARGAS** (abogada de **ODEBRECHT**) se hallaron varios correos electrónicos en los que empleados de **ODEBRECHT** dialogaban sobre la importancia de que una persona, que ellos identificaban como "Héctor" o con las iniciales "HU", influenciara a funcionarios del **INCO** para gestionar diferentes asuntos en beneficio de los intereses de **ODEBRECHT**. Precisamente, desde la creación de **STRUCTURE** —esto es, 2006—, quien ha fungido como su Presidente y, adicionalmente, a partir del mes de octubre de 2016 fue reportado en el registro mercantil como "persona natural matriz" de dicha compañía es **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ**¹⁸³.

A modo de ejemplo, en el Expediente se encuentra un correo electrónico en que intervienen algunos de los empleados de **ODEBRECHT** que junto con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** jugaron un papel determinante en el sistema anticompetitivo que se reprocha en el presente acto administrativo.

Sobre el particular, en el correo electrónico con asunto "RE: Interventoría", enviado el 3 de septiembre de 2010 por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (entonces Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia) a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** (Director Jurídico de **ODEBRECHT**), el remitente pidió expresamente que "hable por favor con Héctor", también conocido como "HU". Como respuesta, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** afirmó lo siguiente:

"HABLÉ CON HU ANOCHE Y ME INDICÓ QUE QUIEN ANDABA DETRÁS ERA LA VICE PERO POR EL TEMA DE PUNTAJES. ESTO PUEDE RESULTAR EN UNA OPORTUNIDAD PARA QUE EL COSTEÑO PUEDA METER EL TEMA DE PUNTAJES QUE NOS INTERESAN. ESTOY INTENTANDO HABLAR NUEVAMENTE CON HU AHORA PERO EL NO IBA A ESTAR DISPONIBLE PARTE DE LA MAÑANA"¹⁸⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Aunque el citado correo electrónico no coincide específicamente con la época en que se estaba eligiendo al encargado de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, a partir de los antecedentes y evidencias presentadas existen elementos de juicio suficientes que de manera razonable permiten concluir que las iniciales "HU" o el nombre "Héctor" hace referencia a **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ** (Presidente y controlante de **STRUCTURE**) y que él era una de las personas encargadas de transmitir las necesidades de **ODEBRECHT** a funcionarios y personal del **INCO**.

No puede olvidarse que según el documento titulado "ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL –ANTECEDENTES—" desde un inicio existieron múltiples intentos en que el encargado de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol fuera **STRUCTURE**, compañía que para esa época tenía "escasa experiencia" y "menos de un año de creación", y que precisamente debido a la objeción de la **CAF** no fue posible su contratación.

Adicionalmente, existen otras evidencias que corroboran que las iniciales "HU" o el nombre "Héctor" correspondía a **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ** (Presidente y controlante de **STRUCTURE**). Al respecto, en el Expediente reposa una cadena de correos electrónicos cruzados entre funcionarios de **ODEBRECHT** y **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ** durante febrero de 2016¹⁸⁵. El primer mensaje fue remitido por **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ** a **FELIPE PAZ CABRAL DE ALMEIDA** para ofrecerle sus "servicios financieros" para un asunto relacionado con **NAVELENA S.A.S.**, la sociedad constituida para recuperar la navegabilidad del Río Magdalena. El contenido del mensaje es el siguiente:

¹⁸³ Folios 4414 al 4416 del cuaderno público No. 22 del Expediente.

¹⁸⁴ Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/correos:C:\Users\caro\Documents\correos\nuevopst.pst/NuevoPST/Principio de las Carpetas personales/RECIBIDOS/RE: Interventoria. Object Id. 3042358.

¹⁸⁵ Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC_05_JOSE_DAMIAN_SAEZ.ad1/C:\Windows7_OS[NTFS]/[root]/Users/josedamian.saez.mart/AppData/Local/Micro soft/Outlook/josedamian.saez.martinez@accionaria.com.ost/[deleted]/Re: Reunión CAPEV Object ID. 2662549.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"Estimado Felipe,

De acuerdo con nuestra conversación, me place presentar a tu consideración nuestra propuesta de servicios financieros para actuar como Financial Advisors en una posible emisión de bonos en los mercados internacionales de capitales (Rule 144A / Reg S).

Cordialmente,

Héctor Ulloa J. | Structure Banca de Inversión".

Posteriormente, **CÉSAR RODRIGO PONS** (funcionario de **ODEBRECHT**) reenvió a varios de sus compañeros el mensaje anterior y señaló lo que se presenta a continuación:

"(...)

Si **Héctor** consigue enviar un draft rápido, tal vez podemos hacer una reunión miércoles/jueves próximo y barrer dudas/comentarios que tengamos. Les parece?

Abz!

César". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como respuesta al mensaje anterior, **JORGE BARRAGÁN HOLGUÍN** (Representante Legal de **NAVELENA S.A.S.** para esa época) manifestó:

"Considero que vamos avanzando con una reunión previa con **HU**; vale la pena llamarlo hoy día para reunimos mañana" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, los funcionarios de **ODEBRECHT** efectivamente se refieren en diferentes comunicaciones a **HÉCTOR HORACIO ULLOA JIMÉNEZ** como "Héctor" o "HU", quien desde la constitución de **STRUCTURE** fungió como su Presidente, y posterior controlante, y mantuvo una prolongada relación con **ODEBRECHT** para transmitir los intereses de esta empresa ante las instancias oficiales de decisión y, precisamente, para prestarle servicios de estructuración financiera, como fue el caso en 2010 del proyecto de la línea 1 del Metro de Panamá¹⁸⁶ en que tenía participación **ODEBRECHT**.

Finalmente, el 18 de octubre de 2007, el **INCO** y la **IFC** celebraron un "Convenio de Cooperación Técnica"¹⁸⁷ con el objetivo de que el organismo multilateral asistiera al **INCO** en la revisión, estructuración y puesta en marcha del proyecto. Particularmente, **STRUCTURE** efectivamente terminó siendo vinculada como uno de los asesores para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol a través de la **IFC**, como había sido sugerido insistentemente, desde el inicio, por **ANDRÉS URIEL GALLEGU HENAO** (entonces Ministro de Transporte).

La **IFC** como organismo especializado que pertenece al Grupo del Banco Mundial¹⁸⁸ tiene como función principal, de conformidad con su Convenio de Constitución, promover el desarrollo

¹⁸⁶ "Estructuración del Metro de Panamá". "Structure participó en el desarrollo de la estrategia de implementación de la fase I del proyecto, que incluyó el desarrollo de un plan de negocios para la implementación de la primera línea de Metro, explorando posibles esquemas de concesión, gerenciamiento y administración para la operación y sostenibilidad del sistema Metro. Como resultado de la asesoría integral ("Integrator Assessor of the Metro System in Panama"), en Octubre de 2010 se adjudicó la licitación pública para la construcción de la primera línea del Metro, en el cual el adjudicatario presentó una oferta por 1,446 millones de dólares". Disponible en: <http://www.structure.com.co/casos-de-exito/>.

¹⁸⁷ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁸⁸ Folios 4419 a 4429 del cuaderno público No. 23 del Expediente. (acta de preservación de página web <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2012/10/22/world-bank-ifc-report-finds-developing-countries-made-significant-progress-improving-business-regulations>). El Grupo del Banco Mundial está integrado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (**BIRF**), la Asociación Internacional de Fomento (**AIF**), el Organismo

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

económico mediante el estímulo a empresas privadas y para ello promueve oportunidades de inversión y condiciones que favorezcan el flujo de capital privado local y extranjero¹⁸⁹. En tal medida, las labores a su cargo en virtud del "Convenio de Cooperación Técnica" que celebró con el INCO estaban divididas en dos fases: una de "Estructuración de la Transacción" y otra de "Implementación". Es importante señalar que el desarrollo de cada una de estas actividades se llevó a cabo por los asesores contratados por la IFC y por miembros de su propio equipo atendiendo a la especialidad de cada uno, como se indica más adelante¹⁹⁰.

La fase de "Estructuración de la Transacción" tenía como objetivo definir la estructura del Proyecto Ruta del Sol. Como resultado de esa función, la IFC debía entregar un modelo de todo el proyecto, que debía ser sometido a discusión y aprobación del INCO. Es importante resaltar que para el desarrollo de la etapa en comento se conformó un comité de estructuración interinstitucional integrado por el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, el **DNP** y la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, que actuó como coordinadora. El propósito del comité era evaluar, aprobar o hacer recomendaciones o modificaciones sobre el pliego de condiciones y la estructura general de la concesión que elaboraría la IFC. Esa estructura interinstitucional se ilustra en la siguiente diapositiva:

Imagen No. 3. Presentación del PROYECTO RUTA DEL SOL – Noviembre de 2008



8

Fuente: Documento contenido en el Expediente¹⁹¹.

Una vez concluida la "Estructuración de la Transacción" se iniciaría la segunda fase del "Convenio de Cooperación Técnica", esto es, la de "implementación". El propósito de esta etapa era "la promoción y ejecución de la licitación hasta la adjudicación y acompañamiento al INCO en la conclusión de los actos de cierre"¹⁹². En lo que atañe con el equipo que la IFC conformó para efectos

Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

¹⁸⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Corporación Financiera Internacional. Convenio Constitutivo. artículo 1. Objeto. Colombia aprobó el Convenio Constitutivo de la IFC mediante el Decreto 1457 de 1956. Diario Oficial 29.080 de 13 de julio de 1956.

¹⁹⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁹¹ Folio 3339 del cuaderno público 17 del Expediente. INFORMACION CONTRACTUAL RUTA DEL SOL.ad1/G:\TOSHIBA EXT [NTFS]\[root]\IFC\cd 5\Anexo 15 Presentaciones de Promoción/Seminarios\112108 RDS CCI Cartagena Final V3.pdf.

¹⁹² Folios 3348 a 3365 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de llevar a cabo la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, debe resaltarse que contrató un conjunto de consultores externos especializados en diferentes áreas¹⁹³, entre los que estaba, como ya se indicó, **STRUCTURE** para temas financieros.

Así mismo, de conformidad con el Anexo 3 del "Convenio de Cooperación Técnica", el equipo de trabajo de la IFC también estuvo integrado por personal vinculado directamente y por dos especialistas del Banco Mundial¹⁹⁴. Además de las personas señaladas de forma expresa en el referido Anexo 3 del "Convenio de Cooperación Técnica", también se sumaron a la labor de estructuración del Proyecto Ruta del Sol otros empleados del organismo, en particular **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** y **FAICÉ GUTIÉRREZ DE PIÑERES**, quienes tenían el cargo de *Senior Investment Officer* de la IFC.

En ese orden de ideas, dentro de las actividades que, con fundamento en el "Convenio de Cooperación Técnica", se emprendieron en la fase inicial, de conformidad con el "Informe de Debida Diligencia y Estructuración de Marzo de 2009", elaborado por la IFC, se encuentran las siguientes:

"Durante el mes de noviembre de 2008, IFC contactó directamente más de 40 empresas nacionales e internacionales para confirmar su interés en el proyecto y organizar visitas individuales. Entre el 8 y el 12 de diciembre de 2008 se llevó a cabo un Road Show nacional e internacional el cual incluyó entrevistas con potenciales inversionistas y financistas en Colombia, Brasil, España, Francia e Italia. Las empresas visitadas fueron Cintra y Ferrovial, Globalvías y FCC, Acciona, OHL, Banco Santander y BBVA, Consultora P4R, Vinci, Impregilo, CCR, Odebrecht, Camargo Correa, OAS y BNDES. Las principales conclusiones de las reuniones fueron las siguientes:

- *Financiación: La crisis financiera ha impactado el valor de las acciones de firmas constructoras y existe limitación en la disponibilidad de recursos en el mercado financiero. La necesidad de financiación requiere habilidades de consecución de recursos de la concesionaria. La participación de multilaterales puede generar tranquilidad y hacer el proyecto más atractivo.*

- *Grado de interés: Se catalogaron las firmas visitadas de acuerdo con su interés y potencial participación.*

- *Empresas que quieren continuar expandiéndose en la región o Colombia: OHL, Impregilo, Odebrecht, Camargo Correa y OAS.*

- *Empresas que tienen a Colombia en la mira pero sólo participarán si el proyecto no genera incertidumbre: Vinci y Bouygues.*

- *Empresas con bajo interés: Globalvías-FCC, Cintra, Acciona, ACS, Astaldi y Abertis*¹⁹⁵.

También en ejercicio de su función de promocionar la realización del Proyecto Ruta del Sol, la IFC llevó a cabo varias presentaciones realizadas en Colombia y en otros países¹⁹⁶. Una que es relevante destacar corresponde a la realizada en Cartagena el 20 de noviembre de 2008 durante el V Congreso Nacional de Infraestructura, organizado por la **CÁMARA COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante "CCI"). En esa oportunidad **GABRIEL IGNACIO GARCÍA**

¹⁹³ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁹⁴ **RICHARD CABELLO**, *Senior Investment Officer*, quien sería el Director del Proyecto; **JEAN LAPREVOTTE**, *Senior Investment Officer*, quien aportaría su experiencia en el sector de transporte; **ROBERTO ALBISETTI**, *Country Manager*, quien participaría en el proyecto con su conocimiento del sector financiero colombiano; **ARI SKROMME**, *Investment Officer*, quien participaría con su experiencia en proyectos de infraestructura en países como Brasil y México; **JUAN LUIS FLORES**, *Investment Officer*, quien brindaría asesoría en el financiamiento de proyectos para la construcción de carreteras; **JOSÉ BARBERO**, *Senior Transport Specialist* del Banco Mundial, encargado de coordinar el trabajo de los consultores técnicos (ingeniería y tráfico) y; **CLEMENTE DEL VALLE**, *Lead Financial Specialist* del Banco Mundial, encargado de apoyar el equipo en el análisis de la problemática de los fondos de pensiones y en la estructuración de la transacción.

¹⁹⁵ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

¹⁹⁶ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MORALES (entonces Viceministro de Transporte), presentó el Proyecto Ruta del Sol¹⁹⁷ junto con los miembros de la **IFC**.

Las evidencias presentadas, analizadas en conjunto con los elementos de juicio que brinda la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial, permiten concluir que el llamativo interés evidenciado para que **STRUCTURE**, empresa que tenía "escasa experiencia" y era una "banca de inversión con menos de un año de creación", fuera contratada como encargada de la totalidad de la estructuración del proyecto o finalmente como asesor del **IFC**, solo encuentra una explicación razonable en que **ODEBRECHT**, en el marco del sistema anticompetitivo que orquestó, inicialmente desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de alterar o, por lo menos, interferir, en su etapa más temprana, en la estructuración del Proyecto Ruta del Sol.

A continuación, se mostrará cómo las diferentes actuaciones de **ODEBRECHT** fueron más allá de las primeras etapas de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol. Comprendiendo en una primera fase la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo.

12.6.3. Primera fase del sistema que limitó la libre competencia económica. La existencia de un acuerdo anticompetitivo

Este Despacho encuentra diferentes evidencias que valoradas en conjunto permiten demostrar plenamente la existencia de un sistema anticompetitivo, inicialmente desplegado por **ODEBRECHT**, y que para su desarrollo contó con el auspicio e intervención directa de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, así como con la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

En el marco de ese sistema anticompetitivo, su primera fase contempló la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo. Con tal propósito, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, quienes integraban la **CONCESIONARIA**, acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una retribución económica que terminó siendo de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) como contraprestación por favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Incluso, las diferentes evidencias que serán presentadas permiten establecer que el verdadero propósito o finalidad del ofrecimiento de la retribución de carácter económico, en virtud del acuerdo anticompetitivo, era garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**.

12.6.3.1. La importancia de GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en el sistema anticompetitivo

A continuación se presenta el trascendental rol que desempeñó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** desde los inicios del Proyecto Ruta del Sol y las diferentes gestiones que desarrolló, a partir de lo cual logra comprenderse la importancia que tenía para **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** contar con su participación en el marco del sistema anticompetitivo.

En efecto, este Despacho encuentra diferentes evidencias que permiten develar que para 2009 los cartelistas al idear su acuerdo ilegal planificaron que la persona a quien debían vincular en su acuerdo anticompetitivo —o a quien ofrecerían una retribución económica— debía ostentar la suficiente capacidad de influencia para incidir o interferir en favor de la **CONCESIONARIA** en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. En ese sentido, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se constituía como una ficha clave para la estrategia implementada por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, en especial, debido a los cargos que desempeñaba y el papel que le fue atribuido respecto del Proyecto Ruta del Sol.

¹⁹⁷ Folio 4419 al 4429 del cuaderno público No. 23 del Expediente. (acta de preservación de página web <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/ruta-sol-listos-pliegos-364472>).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Precisamente, el Proyecto Ruta del Sol fue previsto en el **CONPES 3413** del 6 de marzo de 2006 como parte del "*Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014*" a cargo del **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, que en esa época era liderado por **ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quienes ocupaban los cargos de Ministro y Viceministro, respectivamente¹⁹⁸.

Es relevante recordar que los mencionados funcionarios públicos por estar a la cabeza del sector, eran también los líderes del Proyecto Ruta del Sol, el más importante para el país en su época. Este es un primer factor por el cual, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** participó tan activamente en el Proyecto Ruta del Sol, desde su estructuración, en la licitación subsiguiente y, por supuesto, en la adjudicación y celebración del contrato correspondiente.

En relación con esa activa participación debe llamarse la atención acerca de que dada la importancia e influencia de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el Proyecto Ruta del Sol, incluso desde su posesión como Viceministro de Transporte, que tuvo lugar el 8 de mayo de 2007, logró que se contratara a la **IFC** como estructurador del proyecto, incluso cuando **ANDRÉS URIEL GALLEGO HENAO** (entonces Ministro de Transporte) no estaba de acuerdo, debido a que el **INCO**, en un proceso de selección que tuvo una duración de ocho (8) días, había seleccionado inicialmente a la firma **STRUCTURE** para esos efectos. Esta circunstancia la admitió expresamente **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al señalar que fue "*el promotor, o digamos el encargado de convencer al Ministro de que esa estructuración se la diera al IFC*"¹⁹⁹, tal y como ocurrió.

Esa participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la contratación de la **IFC** por parte del **INCO** y en la fijación de sus condiciones, se corrobora con dos (2) correos electrónicos, uno del 24 de julio de 2007²⁰⁰ y otro del 13 de agosto de 2007²⁰¹, enviados por **FELIPE SARDI CRUZ** (Asesor del Gobierno en Infraestructura)²⁰² a **RICHARD CABELLO** (para el momento *Senior Investment Officer* de la **IFC**), ambos mensajes fueron copiados al correo institucional gabriel.garcia@mintransporte.gov.co. El objeto de tales correos era negociar los pormenores y condiciones finales del "*Convenio de Cooperación Técnica*" entre el **INCO** y la **IFC** para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol. Estas negociaciones, como se abordó en el acápite previo, se prolongaron por varios meses y culminaron el 18 de octubre de 2007²⁰³ con la firma del referido "*Convenio de Cooperación Técnica*".

Lo anterior deja ver que desde su vinculación al **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tuvo una activa y cercana relación con la entidad encargada de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, es decir, con la **IFC**. Además de interceder en su contratación, participó de manera activa en la promoción del proyecto a nivel nacional e internacional, actividad que tuvo lugar entre 2007 y enero de 2009 mediante la realización de *road shows* que tuvieron como objetivo atraer potenciales inversionistas²⁰⁴.

En esa medida, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tuvo un rol trascendental en la gestación, desarrollo y materialización del Proyecto Ruta del Sol, lo que también se advierte inicialmente en el documento **CONPES 3571** del 9 de marzo de 2009, a través del cual el **DNP** declaró la importancia estratégica del proyecto vial "*Autopista Ruta del Sol*" y, en consecuencia, recomendó "*encargar al*

¹⁹⁸ Folios 3490 y 3491 del cuaderno reservado Agencia Nacional de Infraestructura ANI 1 del Expediente.

¹⁹⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Parte 1.

²⁰⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2 carpeta 7, p. 65).

²⁰¹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 77).

²⁰² Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 60).

²⁰³ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 181).

²⁰⁴ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3, carpeta 15, p. 98).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Viceministerio de Transporte adelantar las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto".

Particularmente, la actividad de coordinación interinstitucional que le fue asignada a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** implicó que estuviera en constante contacto y relacionamiento con todas las entidades públicas involucradas en el desarrollo del proyecto: (i) el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, que era la Entidad encargada de aprobar la asignación de riesgos del proyecto conforme con los artículos 44 y 45 del Decreto 423 de 2001 y, además, debía aprobar la asignación de vigencias futuras para la financiación de la concesión vial²⁰⁵; (ii) el **CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA FISCAL** (en adelante "**CONFIS**") para el mismo fin y, finalmente, (iii) el **INCO**, que era la Entidad encargada de adelantar el proceso de selección.

Adicionalmente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se caracterizaba por tener una doble condición para la época de los hechos, puesto que no solo era Viceministro de Transporte, sino además era Director encargado de dos (2) entidades públicas²⁰⁶ con un papel decisivo en la adjudicación. Por una parte, el **INVIAS**²⁰⁷ que era la institución encargada de adelantar el proceso público de adjudicación de contratos de obras públicas y, por otra, el **INCO**²⁰⁸ que era la entidad competente para adelantar el proceso público de adjudicación de concesiones en el país.

Debe recordarse que el Proyecto Ruta del Sol incluía la ejecución, tanto de obras públicas como de concesión, por lo que el **INVIAS** delegó la facultad de adelantar el proceso de adjudicación al **INCO**²⁰⁹, de manera que pudiera adelantarse un único proceso. Para ese propósito, se suscribió un Convenio Interadministrativo en que se delegó al **INCO** la apertura, gestión, cierre y adjudicación del proceso de selección del contrato de obra pública para el Proyecto Ruta del Sol²¹⁰. Esas facultades que confluyeron en **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** le atribuían la responsabilidad de ser el encargado de adjudicar el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, en consecuencia, suscribir el respectivo contrato de concesión. Precisamente, en el marco del **PBC**, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** delató que en la estrategia de **ODEBRECHT** involucraban "(...) a las personas directamente responsables de suscribir los contratos (...)"²¹¹.

En este punto es pertinente mencionar que para esa época si bien el **INCO**, en virtud del parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 del 2008²¹², contaría con un "*comité evaluador*" para la evaluación de las propuestas del Proyecto Ruta del Sol 2, este Comité simplemente emitía una "*recomendación*" que la entidad pública podía o no acoger, es decir, en virtud de la ley, el Director del **INCO** estaba en plena libertad de no acoger la recomendación del Comité Evaluador. Este aspecto despertaba el interés de los cartelistas por contar con la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el sistema anticompetitivo, quien precisamente señaló que tenía la facultad de estar en contra del informe del "*Comité Evaluador*" y que la adjudicación "*dependía en última instancia*" de él.

²⁰⁵ Ley 819 de 2003. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones". Artículo 10.

²⁰⁶ Viceministro de Transporte entre 8 de mayo de 2007 y 30 de marzo de 2010, Director Encargado del **INVIAS** desde el 7 de febrero de 2009 y Director Encargado del **INCO** entre el 23 de septiembre de 2009 al 20 de enero de 2010.

²⁰⁷ Decreto 2056 de 2003 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Inviás, y se dictan otras disposiciones".

²⁰⁸ Decreto 1800 de 2003 "Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura".

²⁰⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3 Carpeta 14. Pág. 103).

²¹⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3 Carpeta 14. Pág. 107).

²¹¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 42:34.

²¹² Actualmente derogado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*"**GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES:** Bueno, aquí entendí que aquí lo que estaba dando y, por eso era la desconfianza conmigo, era un seguro, un seguro porque si yo me oponía, o sea, solo dependía en última instancia de mí, si yo me iba en contra del informe del Comité Evaluador, porque el Comité Evaluador efectivamente si estaba, había considerado que ellos, que el otro proponente había cometido un error y que por lo tanto quedaba rechazado, entonces lo que él está buscando es un seguro porque yo tenía la facultad de irme en contra de lo que proponía el Comité Evaluador, la ley lo permite (...) ²¹³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

De conformidad con lo expuesto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su doble condición de Viceministro de Transporte y, posteriormente, Director Encargado del **INCO**, a partir del 23 de septiembre de 2009, sumado a su calidad de coordinador interinstitucional del Proyecto Ruta del Sol, estaba en una posición privilegiada para tener la suficiente capacidad de influenciar, decidir, y actuar en todas las instancias del Proyecto Ruta del Sol, quizás como ningún otro funcionario del Gobierno. Lo expuesto previamente es suficiente para rechazar los argumentos expuestos por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que el rol de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el proceso de selección contractual no tenía trascendencia. Igualmente, para desestimar los argumentos relacionados con que no fue quien tomó la decisión de seleccionar al ganador.

Como puede apreciarse, a partir de las circunstancias anotadas y las diferentes investiduras que para esa época ostentaba **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, para los demás cartelistas era fundamental contar con su participación en el sistema anticompetitivo a través de un acuerdo ilegal con que pudieran asegurar el sentido de su decisión en el **INCO** de manera que la estructura plural en la que participaban **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** resultara adjudicataria del contrato de concesión correspondiente. Este aspecto fue plenamente reconocido por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al señalar que "(...) Yo solo hable con **GABRIEL GARCÍA** porque tenía conocimiento que **GABRIEL GARCÍA** era la única persona que podía influir en la adjudicación del proyecto, porque era viceministro y director del **INCO**." ²¹⁴.

12.6.3.2. Preludio del acuerdo anticompetitivo. Motivación y acercamientos iniciales

Como se advirtió en acápites iniciales, un rasgo de la estrategia implementada por **ODEBRECHT** para resultar adjudicataria de contratos administrativos a nivel mundial, incluía el contacto directo con funcionarios a cargo de tales proyectos, contactos que podían darse, tanto en reuniones oficiales con la participación de varios agentes del gobierno, o bien de forma privada y secreta. Esta estrategia también se materializó en Colombia y estuvo liderada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**.

Bajo ese contexto, una vez los demás cartelistas establecieron que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se encontraba en una posición privilegiada que le confería la suficiente capacidad para influenciar, decidir, y actuar en todas las instancias del Proyecto Ruta del Sol, quizás como ningún otro funcionario del Gobierno colombiano, enfilaron todos sus esfuerzos con la finalidad de corromperlo y asegurar su participación directa en el despliegue de su sistema anticompetitivo.

Con ese propósito ilegal, aprovecharon la realización de diferentes reuniones, tanto oficiales como secretas y privadas, en las que participó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, para inicialmente realizar una serie de acercamientos y promesas y, posteriormente, tener la suficiente confianza para concretar el ofrecimiento de una retribución de carácter económico. Al respecto, existieron por lo menos (4) cuatro reuniones previas que representan para este Despacho el preludio del acuerdo ilegal entre los cartelistas y que, según uno de sus principales partícipes,

²¹³ Folio 3446 del cuaderno reservado general No. 4. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** interrogatorio Rad. No. 11001600002017000077. 3 febrero de 2017. Min. 37:57.

²¹⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

iniciaron a "mediados de 2009" y se prolongaron hasta "finales de octubre". Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** precisó:

"DELEGATURA: Volviendo en orden cronológico usted dice que conoció a **LUIZ BUENO** a principios de 2009 y tuvo...

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No, mediados de 2009.

DELEGATURA: Medios de 2009, listo, luego de conocerlo en esas digamos, según le entiendo dos primeras reuniones y me corrige, ¿Luego volvió a tratar con él?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí, tuve, como yo lo dije tuve unas, no fueron dos han podido ser tres o cuatro reuniones públicas con presencia de otros funcionarios oficiales del Ministerio hasta finales de octubre que fue cuando ya tuve unas reuniones, además de las reuniones públicas tuve unas reuniones donde se trataron los actos ilegales de manera privada."²¹⁵.

De tal manera, las evidencias que reposan en el Expediente permiten evidenciar unos primeros acercamientos que realizó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** con la finalidad de manifestar el interés de **ODEBRECHT** en participar en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

"(...) inicialmente lo conocí nuevamente como un empresario que se presentó en el Ministerio oficialmente, en donde manifestaba su interés de que iban a participar. En ese momento todavía ni siquiera tenía definido si iban a ir en consorcio, si iban solos, él se presentó en varias ocasiones con su grupo de profesionales en donde hizo una presentación extensa de la experiencia de ODEBRECHT de las calidades técnicas de su experiencia en los temas de concesiones (...)"²¹⁶.

En el marco de ese acercamiento, se llevó a cabo esa primera reunión oficial, en que precisamente **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** conoció a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** cuando este promocionaba a **ODEBRECHT** por "las calidades técnicas de su experiencia en los temas de concesiones". Acerca de esta primera reunión, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** expresó ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que:

"(...) Importante decir que a esta altura, ya había estado la primera vez con el Ministro de Transporte ANDRÉS URIEL GALLEGÓ y con GABRIEL GARCÍA el Viceministro por intermedio de una reunión oficial en el Ministerio de Transportes, cuando tuve la oportunidad de presentar la empresa a ellos y escuchar de ellos los planes de desarrollo de infraestructura en Colombia, después de esa reunión y como yo había dicho teníamos una preeminencia grande, empecé a encontrarme con GABRIEL GARCÍA y el gabinete de él en el Ministerio de Transporte (...)"²¹⁷.

Días después se produjo una segunda reunión en donde se relacionó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con "dos personas más de **ODEBRECHT**" y en la que transmitieron una preocupación sobre la percepción que tenían acerca del manejo de las licitaciones en Colombia. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** manifestó que:

"Después de esa reunión me invitó el doctor RAFAEL NIETO a su apartamento para presentarme unos inversionistas muy importantes con intereses en Colombia, allí llegaron

²¹⁵ Folio 14170-C2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** del 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 42:27.

²¹⁶ Folio 14170-C2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** del 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 39:56.

²¹⁷ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CODECLARAION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. 28 de abril de 2017. p. 4.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

el señor **BUENO** y si no estoy mal dos personas más de **ODEBRECHT** y el mensaje fue el mismo: interés de participar en Colombia y las capacidades de **ODEBRECHT**, adicionalmente mencionó que le preocupaba la percepción que había en Colombia en cuanto que las licitaciones se manejaban con muchas leguleyadas, y que incluso conocían de casos donde a las audiencias de adjudicación asistían abogados penalistas para intimidar a las entidades y a los funcionarios encargados, yo le respondí que aunque el encargado no era yo, la participación del IFC y de los consultores que ellos habían contratado a su discreción, daban garantías a los participantes de que dicha adjudicación estaría blindada (...) "²¹⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lo anterior es concordante con la declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, quien corroboró que tal preocupación surgió por información que recibió de sus socios, puesto que no había tenido oportunidad de participar en procesos de licitación en Colombia. Al respecto, señaló:

"De verdad ese era un tema que me generaba mucha preocupación, yo estaba recién llegado al país y mis socios siempre decían que muchas veces había mal manejo de los procesos licitatorios, empresas que no cumplían los pliegos seguían adelante"²¹⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de las evidencias presentadas este Despacho no solo encuentra relevante destacar el marcado interés de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en exhibir las calidades de **ODEBRECHT**, sino además la llamativa preocupación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** quién se manifestó en torno a que los procesos de selección se decidieran por "leguleyadas". Estas circunstancias influyeron en **ODEBRECHT**, toda vez que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** optó por el ofrecimiento de una retribución de carácter económico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para evitar cualquier contratiempo ("leguleyada").

De lo anterior es posible inferir que tal preocupación fue transmitida a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en ese momento Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, socio de **ODEBRECHT** en la **CONCESIONARIA**. Precisamente, para la época de estas reuniones se estaba negociando el **MOU** que se suscribió el 10 de julio de 2009 y en que estas empresas — **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**— manifestaron que estaban "(...) interesadas en presentar propuesta para uno o más sectores dentro del proceso de Licitación (...) "²²⁰ del Proyecto Ruta del Sol.

La anterior conclusión se encuentra corroborada a través de una valoración en conjunto con la declaración de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien manifestó que su preocupación antes de la apertura del proceso licitatorio era que no hubiera transparencia en ese contexto, puesto que, por su experiencia, consideraba habitual que en los procesos de selección se eximiera a algunas empresas del cumplimiento de los requisitos inicialmente fijados, lo que coincide plenamente con la preocupación que manifestó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. Al respecto, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** indicó:

"Por lo tanto para mí más que el trabajo de propuesta, lo otro era que simplemente fuera resuelto el proceso de manera transparente. La única, para mí, contingencia era que no hubiera transparencia en la decisión y transparencia digo yo, en el sentido que los requisitos legales que se exigían de verdad hubieran sido bien cumplidos por los demás y si no los cumplían al igual que a CORFICOLOMBIANA le pasó en anteriores experiencias, también

²¹⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. 7 de febrero de 2017. p.3.

²¹⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\DECLARAION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. 28 de abril de 2017. p. 4 y 5.

²²⁰ Folios 8059 a 8067 del cuaderno reservado general No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*los descalificaran. A **CORFICOLOMBIANA** lo habían descalificado en la licitación de aeropuertos porque una sociedad que tenía una participación del dos por ciento en el grupo o consorcio del proyecto tenía una duración de la sociedad inferior al plazo máximo de la concesión. Eso es una absoluta ridiculez, pero por eso la descalificaron*"²²¹.

A partir de las evidencias presentadas, su análisis en conjunto, y las declaraciones del Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, socio local de **ODEBRECHT**, éste señaló que en Colombia no había transparencia y que, en virtud de manipulación de procesos y corrupción, un proponente podía ser descalificado muy fácilmente, o le podían cambiar las reglas de juego, lo que se evitaba garantizando la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**, a lo que se suma que las pruebas indican que esa preocupación le fue transmitida a **ODEBRECHT**, quien tenía toda la experiencia en corrupción, tal y como se detalló en la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba a nivel mundial, para superar este tipo de problemas, es posible establecer que **CORFICOLOMBIANA** conoció, junto con **ODEBRECHT**, la puesta en marcha y despliegue del sistema anticompetitivo, lo que corrobora su participación directa y protagónica.

En ese sentido, para este Despacho es posible determinar que, en el marco del sistema anticompetitivo, el acuerdo ilegal que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, estuvo motivado e influenciado por la percepción y experiencia de **CORFICOLOMBIANA** que a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**) le transmitió a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en relación con las vicisitudes que podrían suceder en el marco de procesos de contratación pública, tal y como lo ratificó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al señalar que "(...) a ellos les preocupaba mucho de que se cambiaban las reglas de juego (...) "²²².

12.6.3.3. Materialización del acuerdo anticompetitivo

En desarrollo del sistema anticompetitivo, los cartelistas desplegaron una serie de reuniones para definir y concretar el acuerdo ilegal, con quien previamente habían identificado como "la única persona que podía influir en la adjudicación del proyecto, porque era viceministro y director del INCO."²²³. Para ese cometido, inicialmente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** efectuó diferentes insinuaciones a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con la finalidad de abonar el escenario propicio para pactar una retribución económica como contraprestación por favorecer en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**.

En efecto, este Despacho encuentra evidencias que permiten determinar que para finales de octubre de 2009, se perpetraron reuniones secretas e ilegales en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** empezó a persuadir a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con diferentes propuestas o planteamientos con el propósito de que interfiriera en su favor en la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2.

Una primera insinuación que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le planteó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** consistió en la "posibilidad de un trabajo en alguna de las oficinas de **ODEBRECHT** en el exterior". Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** manifestó:

"DELEGATURA: ¿En qué momento iniciaron las negociaciones que usted ha denominado ilegales?"

²²¹ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Superintendencia de Industria y Comercio. 18 de julio de 2017. Carpeta "1714777-180717". Min. 2:12:32.

²²² Folio 14170-C2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 43:19.

²²³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: En octubre 20, eh, posterior a la entrega de las propuestas, eso fue en octubre 27 o 28 del 2009, ahí fue la primera conversación donde él me hizo un planteamiento, como lo mencioné, el primer planteamiento que me hizo básicamente fue que la posibilidad de un trabajo en alguna de las oficinas de ODEBRECHT en el exterior. Para no ser tan anecdótico, básicamente la forma que comenzó la conversación es que me dijo que los funcionarios en Colombia tenían muy bajo sueldo y que él quería funcionarios valiosos, entre comillas, como yo y que y que podía haber algunas posibilidades laborales en el futuro. Yo le manifesté que había un impedimento, yo tenía un impedimento en Procuraduría para sanciones disciplinarias, en ese momento era de hasta un año, y me dijo que no había problema porque eso sería en el exterior en otra firma, etc. etc. (...)”²²⁴.

Otro planteamiento estuvo relacionado con que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tuviera la oportunidad de que **ODEBRECHT** le financiara un proyecto de emprendimiento personal por uno o dos millones de dólares.

*"En esas reuniones hubo dos temas, obviamente la insistencia en que se dieran las condiciones de objetividad en la licitación, pero me mencionó otra posibilidad para compensarme por eso y fue el tema de que ODEBRECHT tenía un área que financiaba emprendimientos, en caso de que la oferta laboral no se pudiera concretar por las restricciones ellos podrían financiar algún proyecto que yo tuviera en mente, entre uno y dos millones de dólares en condiciones muy "favorables". Quedamos en seguir hablando en la medida en que se desarrollara el proceso"*²²⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Sin embargo, la supuesta existencia de una oportunidad laboral y la financiación de un emprendimiento obedecieron simplemente a una forma con que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** pretendió generar el suficiente acercamiento y confianza para finalmente efectuar el ofrecimiento de una retribución económica como contraprestación de los compromisos que se ejecutarían en virtud del acuerdo anticompetitivo. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** sostuvo que: *"(...) el tema del trabajo y eso fue como una forma de acercarse y tomar confianza y que empezáramos a hablar de temas que claramente no debíamos de estar hablando (...)"*²²⁶.

En esa medida, una vez se generó un ambiente o escenario propicio, en que existía la confianza necesaria debido a las diferentes insinuaciones y propuestas reseñadas previamente, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** enfiló sus esfuerzos a realizar el ofrecimiento de una retribución de carácter económico. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** señaló:

"Después en la segunda reunión me dijo que ellos preferían no tratar ese tema así porque era muy difícil la coordinación y que ellos siendo multinacionales eran objeto de supervisión por parte del acto corrupto de las prácticas corruptas en el exterior y, que ese tipo de temas de que un funcionario que les había adjudicado un contrato pasara a trabajar con ellos, era una bandera roja que les podía generar eh investigaciones por parte del Gobierno Americano eventualmente, dado que ellos tenían participación allá.

*Y finalmente, la propuesta que fue la que se concretó, no en los términos específicos como se concretó, pero era que era un soborno, el utilizaba eufemismos y lo llamaba de otra de forma, pero era un soborno. (...) "*²²⁷.

²²⁴ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 52:40.

²²⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 7 de febrero de 2017, p. 6.

²²⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

²²⁷ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 52:40.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En este punto es importante advertir que el reproche realizado por esta Superintendencia es exclusivo del ámbito de la responsabilidad administrativa —no responsabilidad penal— por la infracción de las normas sobre protección de la libre competencia económica. En ese sentido, es claro que el empleo de la expresión "*soborno*", deberá entenderse como una retribución de carácter económico como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud de un acuerdo anticompetitivo.

Por lo tanto, el análisis de las conductas anticompetitivas, aun cuando tengan rasgos comunes, es independiente a la estructuración y exigencias de las conductas punibles (i.e. *cohecho propio o impropio*) y a cualquier otro tipo de responsabilidad administrativa (i.e. *disciplinaria o fiscal*). A partir de lo anterior, los argumentos presentados por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en sus observaciones al Informe Motivado en que pretende limitar las circunstancias de tiempo, modo y lugar a la investigación que se le adelantó en materia penal, así como también los argumentos presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** dirigidos a exculpar su responsabilidad administrativa fundamentado en que ni siquiera se le abrió averiguación o investigación de carácter penal, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

De esta forma, en una "*reunión clandestina*" celebrada entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, este último concretó el ofrecimiento de una retribución de carácter económico que denominó como una "*compensación*".

"(...) Luego, en una reunión clandestina que tuvimos, él me hizo una oferta concreta de que, si yo me aseguraba de que no hubiera intervenciones indebidas en el contrato, ellos estaban dispuestos a darme una compensación, digo compensación, porque los términos en que lo refirió eran esos, yo reconozco que no era más que un soborno disfrazado de una buena expresión, pero su solicitud fue en términos de que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal."²²⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Nótese cómo lo que solicitó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, que supuestamente tenía que cumplir **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en contraprestación por la "*compensación*", esto es, "*que se acogiera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal*", es coincidente con la preocupación que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** transmitió a **ODEBRECHT** sobre el proceso licitatorio, respecto a la contingencia relacionada con que "*los requisitos legales que se exigían de verdad hubieran sido bien cumplidos*"²²⁹, existiera transparencia y no fueran a cambiar las reglas de juego. Lo que ratifica no solo la motivación del acuerdo anticompetitivo advertida en acápites previos, sino también la participación directa de **CORFICOLOMBIANA**.

Adicionalmente, existen diferentes pruebas que permiten corroborar la participación directa de **CORFICOLOMBIANA** a través del conocimiento y autorización expresa, por intermedio de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, de las negociaciones, tratativas y compromisos adquiridos en las reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo.

En efecto, una muestra de lo anterior es el contenido de la denuncia penal instaurada ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** el 6 de enero de 2017 por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. En la denuncia referenciada se indicó:

"15.- En el ámbito de los consorciados únicamente el doctor JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA tenía conocimiento de las reuniones que fueron realizadas entre LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, por manera que

²²⁸ Folio 12378 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** rendida ante el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá. 26 de febrero de 2018.

²²⁹ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Superintendencia de Industria y Comercio. 18 de julio de 2017. Carpeta "1714777-180717". Min. 2:12:32.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de la ocurrencia de las mismas no se informó al señor CARLOS SOLARTE, entre otras razones por cuanto la participación de CSS CONSTRUCTORES de 4,99%, era irrelevante en el consorcio;

(...)

20.- LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR también contactó al doctor JOSÉ ELÍAS MELO, para informarlo acerca de dicho compromiso, quien también lo autorizó para actuar en la forma requerida por el doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES.²³⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como se aprecia, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en su calidad de Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, no solo participó de la ideación del acuerdo anticompetitivo, sino que además conoció de las reuniones privadas e ilegales que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sostuvo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para concretarlo, autorizó los compromisos que se establecieron para favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adjudicación y, posteriormente, aprobó las actuaciones derivadas de lo pactado.

En este punto es importante señalar que en otras oportunidades esta Superintendencia ha considerado que "el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo adelante únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada o tenga una participación menor en la misma, en nada desdibuja su responsabilidad por su participación en la conducta colusoria ni la existencia de la misma, siempre que se logre probar que con su actuar buscó aportar en la consecución de un objetivo común anticompetitivo y conozca, o pueda prever de manera razonable, los comportamientos ejecutados por los demás cartelistas"²³¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así mismo, la jurisprudencia administrativa ha señalado recientemente que este tipo de conductas cartelistas constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos:

"(...) este tipo de infracciones no son realizadas por una sola persona, en efecto, los acuerdos empresariales, implican la participación no solo de dos o más personas jurídicas, sino, además, de los empleados de estas que son quienes realizan dicha concertación, en la medida que, si bien una empresa constituye una persona jurídica, ficción que la hace sujeto de derechos y deberes; lo cierto es que materialmente actúa por conducto de las personas naturales que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

En ese orden de ideas, una conducta cartelista constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos, sin que se puedan desligar estos últimos de la actividad ilícita de la empresa."²³² (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

En esa medida, contrario a lo sostenido por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado, las declaraciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en que señala la participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el acuerdo anticompetitivo, tienen plena credibilidad, consistencia y validez probatoria, máxime cuando el análisis en conjunto de diferentes evidencias permite corroborar la activa participación de **CORFICOLOMBIANA**, tal y como se evidenciará en acápites posteriores. Así mismo, no es de recibo el argumento de **CORFICOLOMBIANA** respecto a que la

²³⁰ Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

²³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020.

²³² Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo del Circuito de Bogotá. Sentencia del 30 de junio de 2020. Rad. No. 110013341045 2017 00112 00.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

conducta de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no le es imputable, pues tal y como lo sostiene la jurisprudencia citada, la persona jurídica actúa por conducto de las personas que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y, como se evidencia en este caso, realizan los pactos irregulares.

En efecto, en declaración ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien como se ha visto fue uno de los principales partícipes del arreglo ilegal, corroboró que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tuvo pleno conocimiento sobre las reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo. Al respecto, señaló:

"FISCAL: Señor BUENO JUNIOR, ¿Quiénes tuvieron conocimiento de las reuniones que usted realizó con GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES para tratar el tema de la adjudicación del proyecto Ruta del Sol 2 a favor del consorcio integrado por ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA, EPISOL, CSS CONSTRUCTORES?"

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Solamente yo y doctor JOSÉ ELÍAS MELO.²³³
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de las evidencias presentadas este Despacho encuentra probado que en la concreción del acuerdo anticompetitivo, en que se pactó con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una retribución económica como contraprestación por favorecer la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**, participó directamente **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y, adicionalmente su ideación, celebración y concreción, también contó con el auspicio, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

12.6.3.4. Verdadero propósito del acuerdo anticompetitivo

A continuación, este Despacho presentará las diferentes evidencias que permitirán establecer que el verdadero propósito o finalidad del ofrecimiento de una retribución de carácter económico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en virtud del acuerdo anticompetitivo, más que favorecer era garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**.

Sobre el particular, es importante anotar que la dinámica advertida previamente en los acercamientos, en que inicialmente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** planteó desde una oportunidad laboral hasta el financiamiento de un emprendimiento con la intención de abonar el escenario propicio para finalmente ofrecer una retribución de carácter económico que incluso denominó "*compensación*"²³⁴, se caracteriza por el uso frecuente de "*eufemismos*", lo que se logra identificar como un rasgo característico durante toda la negociación del acuerdo anticompetitivo.

El anterior aspecto es relevante para este Despacho debido a que el empleo de expresiones más suaves o decorosas para referirse a lo que en palabras simples y comunes no sería más que conductas punibles o infracciones administrativas, se traduce en una estrategia altamente sofisticada y conscientemente deliberada en que a través del uso de determinado lenguaje se buscaba aminorar el impacto de unas conductas evidentemente reprochables para así generar un ambiente de suficiente "*confianza*" con el propósito de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en forma paulatina, y plenamente consciente, se fuera involucrando en el sistema anticompetitivo.

Precisamente, doctrinantes en materia del derecho de la competencia consideran que los perpetradores de este tipo de conductas "(...) no suelen reconocer su existencia, ni suelen celebrarlo por escrito, ni ante testigos, sino que intentan cubrir de la mejor manera posible las

²³³ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración. **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:01:41.

²³⁴ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601". Min. 52:40.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

huellas de su conducta contraria a libre competencia, utilizando mecanismos cada vez más sofisticados para eludir controles y evitar levantar sospechas"²³⁵ (Subrayas fuera de texto original).

En efecto, ese tipo de eufemismos también se pueden advertir en la percepción inicial de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a su contraprestación por el pago de la "compensación", debido a que señaló que únicamente se limitaría a "(...) que se dieran las condiciones de objetividad en la licitación (...) "²³⁶ y se "(...) garantizara que se cumpliera el pliego tal y como había sido definido en las etapas previas"²³⁷.

En este punto es importante señalar que incluso si se aceptara en gracia de discusión que el acuerdo estaba encaminado únicamente a garantizar supuestamente condiciones de objetividad, no por ello perdería su carácter de anticompetitivo. En efecto, un acuerdo como el evidenciado, y aun cuando supuestamente pretendiera el estricto cumplimiento del pliego de condiciones en la licitación, tiene toda la potencialidad o suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado. Lo anterior es razón suficiente para rechazar de plano los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado con que infructuosamente intenta evadir su responsabilidad al señalar que pagó un soborno con la finalidad de garantizar que el pliego de condiciones se mantuviera incólume, debido a que creía que las condiciones del juego estaban desniveladas, y los demás participantes podían estar pagando sobornos con el fin de resultar adjudicatarios.

La anterior encuentra fundamento en un análisis a partir de las máximas de la experiencia²³⁸, que como lo ha señalado la jurisprudencia no solo constituyen "una importante expresión de la sana crítica" en la valoración probatoria, sino que además permite "explicar eventos semejantes". Al respecto, la Corte Suprema de Justicia²³⁹ ha considerado que:

"Es de su esencia que se refieran a fenómenos cotidianos, pues frente a los que no tienen esta característica no es factible, por razones obvias, constatar que siempre o casi siempre ante una situación A se presenta un fenómeno B, al punto que sea posible extraer una regla general y abstracta que permita explicar eventos semejantes."
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Entonces, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una máxima de la experiencia para el análisis del presente caso podría expresarse así: *Siempre o casi siempre que una persona acepta una promesa remuneratoria a cambio de desarrollar determinada labor, querrá, por lógica, que aquella labor que realizará resulte tal como se le encomendó*, esta premisa o regla general, que surge de la observación repetida de fenómenos cotidianos de la conducta humana, permite a este Despacho inferir, por elemental razón, que al mediar el ofrecimiento de una retribución económica, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indudablemente tendría un interés o inclinación en que la **CONCESIONARIA** resultara favorecida con la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, afectando la transparencia y objetividad que debía caracterizar el proceso de selección.

²³⁵ Miranda Londoño, A., Deik Acostamadero, C. (2018). La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales. 1ª ed. Bogotá D.C.: Editorial Ibáñez. p. 56.

²³⁶ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017, p. 6.

²³⁷ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601". Min. 46:29.

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 enero de 2014, Rad. 42086. "Las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana".

²³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 octubre de 2016, Rad. 37175.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En esa medida, los argumentos presentados por **ODEBRECHT** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en sus observaciones al Informe Motivado dirigidos a alegar que no se afectó el principio de selección objetiva o igualdad frente a los demás competidores tampoco tienen ningún mérito de prosperidad. En efecto, la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censura el sistema anticompetitivo y, en su primera fase, el acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, debe "(...) *ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*", tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. *transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros*). En ese sentido, tampoco son de recibo los argumentos de **ODEBRECHT** al señalar que se omitió probar, o siquiera indicar, qué subsistema se está afectando y que, en tal sentido, la prohibición general es inaplicable.

Más aún, a modo de ejemplo, un acuerdo en que medie el ofrecimiento de una retribución de carácter económico con el propósito de asegurar la adjudicación de un contrato estatal en favor de determinado competidor, incluso cuando no produzca el resultado esperado, tampoco por ese hecho perdería su carácter de anticompetitivo. En otras palabras, para este Despacho un acuerdo probado como está, que hace parte de todo un sistema anticompetitivo, tiene toda la idoneidad y aptitud necesaria para causar daño en un mercado, con independencia de la intención inicial de los agentes o sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado.

Aceptar que un acuerdo en que medie el ofrecimiento de una retribución económica para hacer cumplir el pliego de condiciones no es anticompetitivo, sería tanto como patrocinar que los competidores se puedan concertar ilegalmente con el propósito de evitar que el proceso licitatorio sea declarado desierto con tal de no frustrar las expectativas del Estado en celebrar un contrato estatal. En uno y otro caso, independiente de la intención de sus perpetradores, ese tipo de acuerdos son lesivos para el mercado y desconocen las normas que protegen la libre competencia económica.

Adicionalmente, no puede olvidarse que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del **PBC**, relató que la estrategia de **ODEBRECHT** era "*sofisticada*" y que iba "(...) *desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos* (...) "²⁴⁰, por lo que aun cuando el acuerdo supuestamente se limitara a que se "(...) *garantizara que se cumpliera el pliego tal y como había sido definido en las etapas previas*"²⁴¹, existen suficientes elementos de juicio para corroborar que tiene plena capacidad para limitar la libre concurrencia, máxime cuando en acápites previos quedó en evidencia que **ODEBRECHT** inicialmente desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de alterar o, por lo menos, interferir, en su etapa más temprana, la estructuración del Proyecto Ruta del Sol.

Además, no puede olvidarse que cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** inició los acercamientos para el ofrecimiento de la retribución económica en virtud del acuerdo ilegal, reconoció "(...) *que en preparación de propuestas, asesores, y lobistas se había gastado más de 15 millones de dólares hasta ese momento* (...) "²⁴², lo que para este Despacho resulta una inversión particularmente llamativa no solo debido al esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial, sino que además **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** señaló que la preparación de la propuesta "*no debería costar tanto*"²⁴³, máxime cuando los costos de la propia estructuración del Proyecto Ruta del Sol a cargo de la **IFC** no superaban un millón de dólares.

²⁴⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

²⁴¹ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 46:29.

²⁴² Folio 3446 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** interrogatorio Rad 11001600002017000077. 3 febrero de 2017. Min. 37:09.

²⁴³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 31:49.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 4. Convenio de Cooperación Técnica entre el INCO y la IFC

4. Remuneración

(a) En caso que el INCO opte por licitar el Proyecto como un todo integrado, es decir en una sola licitación, el INCO pagará a la CFI los siguientes honorarios:

(i) Un honorario fijo de Trescientos Cuarenta Mil Dólares Americanos (US\$ 340,000) por concepto de la entrega del Plan de Trabajo y por el desarrollo de los servicios referidos en la Fase I del Anexo 2, a ser pagado al finalizar el primer (1°) mes a partir de la fecha de suscripción del presente Convenio y dentro de los 15 días siguientes al vencimiento de dicho mes.

(ii) Un honorario fijo de Doscientos Treinta Mil Dólares Americanos (US\$ 230,000) por el desarrollo de los servicios referidos en la Fase II del Anexo 2, a ser pagado dentro de los 15 días siguientes de la aprobación de las bases de licitación y el formato del contrato de concesión por el INCO.

(b) En caso que el INCO opte por dividir el Proyecto en varias secciones y efectuar más de una licitación, el INCO pagará a la CFI adicionalmente a lo establecido en el literal a) anterior, Ciento Cuarenta y dos Mil Quinientos Dólares Americanos (US\$ 142,500) por cada proceso de licitación adicional. Este honorario fijo adicional, se pagará mensualmente en cuatro partes iguales a partir de la aprobación de las bases o pliego de la licitación correspondiente.

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁴⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, lo cierto es que este Despacho encuentra que el acuerdo no solo tenía por propósito que se mantuviera incólume el pliego de condiciones, lo cual, como quedó demostrado previamente, nada le restaría a su carácter anticompetitivo. En efecto, una valoración en conjunto de diferentes pruebas, permite establecer razonablemente que el acuerdo anticompetitivo tuvo un mayor alcance que el percibido inicialmente por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, no solo porque así lo indicó quien precisamente ofreció la retribución económica, sino además debido a que en su ejecución se puede constatar que efectivamente tuvo como efecto restringir la libre concurrencia en el mercado.

Al respecto, diferentes evidencias permiten determinar el verdadero propósito que tuvo la contraprestación por el ofrecimiento de la retribución de carácter económico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Sobre el particular, en la denuncia que fue presentada ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** se puede apreciar:

"En los días que antecedieron a la entrega de las propuestas (lo cual aconteció el 21 de octubre de 2009), en reunión que tuvo lugar en el referido apartamento al norte de Bogotá, el doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, quien era responsable por la adjudicación del proyecto dado que era el Director del Instituto Nacional de Concesiones - INCO- y Vice-Ministro de Transportes, orientó a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR para que la compañía ODEBRECHT produjera una propuesta formalmente perfecta y se comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que presentasen cualquier vicio formal (...)"²⁴⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

²⁴⁴ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente (Caja 2, carpeta 7, pp.176 a 212).

²⁴⁵ Folio 144 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

La anterior declaración sobre el alcance del acuerdo ilícito es coincidente con la versión que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** posteriormente rindió ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

*"En los días que antecedieron la entrega de la oferta, yo estuve con GABRIEL GARCIA en el apartamento, en el sector norte de Bogotá en el que acostumbrábamos a reunirnos, en esa oportunidad él me orientó a que presentásemos una oferta formalmente perfecta, sin ningún tipo de error y se comprometió a descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores, o sea, él no permitiría ningún tipo de flexibilización, o relajación de la mesa evaluadora en los cumplimientos de las condiciones de los pliegos."*²⁴⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de las anteriores evidencias, con independencia de la percepción que tuvo **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a lo que sería su supuesta contraprestación por el ofrecimiento de una retribución económica, la valoración conjunta del acervo probatorio permite definir el verdadero propósito o alcance del acuerdo. En efecto, es posible evidenciar que el alcance del acuerdo ilegal no se limitaba simplemente a que se "(...) *garantizara que se cumpliera el pliego*", sino que además incluía orientar la presentación de una "*oferta formalmente perfecta*", "*influir en el proceso de licitación*" y "*descalificar*" o eliminar competidores. Nótese que paradójicamente esa era precisamente la preocupación de **CORFICOLOMBIANA** basada en su experiencia y que transmitió a **ODEBRECHT**.

En razón a lo anterior, para este Despacho no son de recibo los argumentos presentados por varios investigados en sus observaciones al Informe Motivado dirigidos a señalar que los competidores fueron eliminados conforme a los pliegos de condiciones por errores propios en la presentación y estructuración de sus propuestas. Contrario a ello, las evidencias que reposan en el Expediente demuestran que su eliminación se produjo como consecuencia de la plena ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo.

Incluso, los anteriores hallazgos son completamente concordantes con un análisis integral de la declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien espontáneamente, en el marco del **PBC**, delató que el acuerdo ilegal que es objeto de análisis además tenía un "*compromiso implícito*".

*"DELEGATURA: Usted nos comentaba que parte del compromiso que asumió con, pues con **LUIZ BUENO** y **ODEBRECHT**, era que, si había alguna zona gris en algo, usted pudiera interceder en beneficio...*

***GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí, eso era un compromiso implícito, o sea, implícito, llaman, no lo discutimos textualmente, pero era un compromiso implícito, o sea, digamos, 'es probable que haya personas en el Comité Evaluador en contra de ODEBRECHT', decía él, 'es probable que no nos quiera alguien de IFC, es probable que no nos quiera...', por ejemplo, ellos tenían, ahora que lo dije, ellos tenían mucha prevención con MANUEL MAIGUASHCA, ellos por alguna razón tenían información de que MAIGUASHCA no se refería en buenos términos a ellos por algunos proyectos que habían realizado en el pasado de hidroeléctricas, creo, en tema de hidroeléctricas, textualmente MAIGUASHCA lo que decía 'esos tipos son unos jodidos, son complicados, son litigiosos, muy litigiosos', entonces ellos tenían, ahora que me recuerdo, ellos tenían una prevención, por ejemplo, en el caso de MAIGUASHCA, pues, específicamente y tenían en general, tenían prevención de que alguien en el Comité Evaluador o alguien en el Comité Asesor pudiese tener animadversión hacia ellos, o preferencia por otros. Entonces a eso se refería, de que en determinado momento yo terciara a favor de ellos si había alguna oposición manifiesta o muy pronunciada"**²⁴⁷.*

²⁴⁶ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSY CO", archivo "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf".

²⁴⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 20 de octubre de 2017. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 30:10.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como puede apreciarse, la anterior declaración corrobora que el acuerdo anticompetitivo implícitamente contemplaba que "si había alguna zona gris", **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** debía intervenir "a favor de ellos", es decir, en apoyo de los intereses de **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, que no eran otros que lograr la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol para la **CONCESIONARIA**. En ese sentido, la anterior perspectiva de la contraprestación por el ofrecimiento de una retribución económica, es coincidente con lo manifestado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** al señalar que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** "se comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que presentasen cualquier vicio formal".

Lo anterior es coherente con estudios económicos sobre proyectos de infraestructura con evidencia de corrupción por parte de **ODEBRECHT**, en que precisamente un rasgo común es la existencia de una transacción o "contrato implícito" entre dicha empresa y un funcionario público, en que se acordaba un precio (coima o soborno) a cambio de una contraprestación, por ejemplo, ventajas en la adjudicación del contrato. Así, ese "contrato implícito revela dos cosas: primero, los aspectos institucionales por los que la empresa está dispuesta a pagar, con el fin de tener ventajas en la adjudicación de un proyecto particular. Segundo, los espacios que la institucionalidad da a los funcionarios públicos para que puedan influir y otorgar efectivamente estas ventajas a las empresas"²⁴⁸.

A partir de lo expuesto, también es posible determinar que en la labor encomendada a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, a modo de ejemplo, una tarea inicial consistía en intervenir ante el "Comité Asesor" y el "Comité Evaluador" para favorecer a la **CONCESIONARIA**. Esta labor estaba motivada en que, a juicio de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, podría existir alguna malquerencia por miembros de la IFC o, específicamente, una "animadversión" por parte de **MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO** (Asesor Financiero Externo – **INCO**) en contra de **ODEBRECHT**.

Sobre el particular, debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 del 2008, vigente para esa fecha²⁴⁹, para la evaluación de las propuestas presentadas para el Proceso Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, existía un Comité Evaluador, que se conformó mediante Acta del 29 de octubre de 2009, encargado de recomendar a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en su calidad de Director Encargado del **INCO**, "el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada".

"Artículo 12.

(...)

Parágrafo 2°: Para la evaluación de las propuestas en proceso de selección por licitación, selección abreviada o concurso de méritos, la Entidad designará un comité asesor, conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del presente decreto, que deberá realizar dicha labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones. El comité evaluador, el cual estará sujeto a las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses legales, recomendará a quien corresponda el sentido de la decisión a adoptar de conformidad con la evaluación efectuada. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada. En el evento en el cual la entidad no acoja la recomendación efectuada por el comité evaluador, deberá justificarlo en el acto administrativo con el que culmine el proceso." (Subrayas fuera del texto original).

²⁴⁸ DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE EL CASO ODEBRECHT. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Documento de referencia N°43. Junio 2019. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/10/DocRef4_Informe-Analisis-Datos.pdf.

²⁴⁹ El Decreto 2474 del 2008 fue derogado por el Artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Sin embargo, pese a la existencia por orden legal de ese Comité Evaluador, días después a la concreción del acuerdo anticompetitivo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en su calidad de Director Encargado del INCO, mediante la Resolución 593 el 29 de octubre de 2009, adicionalmente creó un Comité Asesor Especial para el Proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 — Sectores 1, 2 y 3— que tendría *"única y exclusivamente carácter consultivo"*²⁵⁰. Este Comité Asesor Especial, según la declaración de su propio creador, tenía un grado de influencia en el "Comité Evaluador". Sobre el particular, señaló:

"APODERADA DE ODEBRECHT: ¿Usted en algún momento sintió o quiso apartarse de algún concepto que se hubiera tomado al interior del Comité Asesor?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No yo nunca me aparté, yo acogí, el concepto lo acogí desde el comienzo, desde la primera evaluación, acogí el concepto del Comité Evaluador, y monté fue la resolución que creó el Comité Asesor, precisamente el Comité Asesor lo que estaba era para dirimir, primero para consultar inquietudes que de pronto no tuvieran el conocimiento los del Comité Evaluador, pero también era para eventualmente dirimir controversias, si había alguna controversia, no hubo controversia pero sí hubo, no hubo controversias como tales, pero sí hubo, sí hubo temas que se llevaron para ratificar, para ratificar, y yo quise que el Comité Asesor, opinara sobre todo lo que quisiera, o sea, yo no le puse a ellos solamente la restricción que fuera los temas que el Comité Evaluador llevara, sino que si ellos tenían alguna inquietud la trajeran"²⁵¹.

Así mismo, el Comité Asesor Especial fue conformado con personas que, en su mayoría, fueron escogidas directamente por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Al respecto, indicó:

"APODERADA DE ODEBRECHT: ¿Quién directamente seleccionó y nombró los miembros del Comité Asesor?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Yo, yo"²⁵².

De esta forma, los miembros elegidos por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para el Comité Asesor Especial fueron:

"ALESSIA ABELLO, identificada con cédula de la ciudadanía No. 52.255.074 (Asesora Jurídica Externa – INCO)

RICARDO IGNACIO HOYOS DUQUE, identificado con cédula de la ciudadanía No. 70.076.725 (Asesor Jurídico Externo – INCO)

GUSTAVO ALBERTO CUBEROS GÓMEZ, identificado con cédula de la ciudadanía No. 17.134.155 (Asesor Jurídico Externo – INCO)

RICHARD CABELLO, identificado con cédula de la ciudadanía No. 10.550.761 (Gerente de Asesoría en Infraestructura de América Latina y el Caribe – Coordinación Financiera)

FAICÉ GUTIÉRREZ DE PIÑERES, identificado con cédula de la ciudadanía No. 52.880.928 (Analista de Inversiones – Corporación Financiera Internacional)

RENÉ ALEJANDRO CORTÉS FORERO, identificado con cédula de la ciudadanía No. 80.503.673 (Asesor Financiero Externo – INCO)

²⁵⁰ Folio 4823 a 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

²⁵¹ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 1:36:30.

²⁵² Folio 14170-CD2 del cuaderno público No 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 1:30:14.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO, identificado con cédula de la ciudadanía No. 16.828.593 (Asesor Financiero Externo – INCO)

DIETER CASTRILLÓN, con cédula de ciudadanía No. 3.306.508 (Asesor Técnico Externo – INCO)²⁵³.

Como puede observarse, el Comité Asesor Especial estaba conformado no solo por personas pertenecientes a la IFC, sino también por **MANUEL FERNANDO MAIGUASHCA OLANO** (Asesor Financiero Externo – INCO), en quienes concretamente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** había identificado posibles malquerencias e incluso "animadversión" en contra de **ODEBRECHT** y por lo que, tal y como se advirtió antes, le encomendó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que "terciara a favor de ellos".

En relación con la participación de la IFC en el Comité Asesor Especial que conformó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, es importante señalar que por lo general²⁵⁴, el estructurador de un proyecto recibe una comisión de éxito dependiendo del número de propuestas habilitadas en el correspondiente proceso de selección, lo que efectivamente ocurrió en este caso, mediante el Convenio de Cooperación Técnica celebrado entre el INCO y la IFC en que se estipuló el pago de honorarios de éxito²⁵⁵ a favor de la IFC —en calidad de estructurador del proceso de selección— y a cargo del adjudicatario, lo que se concretó en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010²⁵⁶.

Para este Despacho ese tipo de circunstancias propicia serios problemas de competencia debido a que genera que concurren en la misma persona las calidades de estructurador y evaluador, esta particularidad produce un estímulo para que se impulse la contratación, por ejemplo, del único proponente habilitado para asegurar la comisión de éxito. De allí que el principio de selección objetiva resulte menguado, puesto que se genera un interés²⁵⁷ que podría estar por encima del interés general, lo que sin lugar a dudas afectaba la imparcialidad y transparencia al momento de realizar la adjudicación.

De ese modo, el Comité Asesor Especial desde su conformación no solo encarnaba un incentivo perverso al propiciar que confluyeran las calidades de estructurador y evaluador en una sola persona, sino además, al mediar previamente el ofrecimiento de una retribución económica para que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, entre otras cuestiones, "terciara" ante el mismo Comité por posibles malquerencias de personas de la IFC en contra de **ODEBRECHT**, definitivamente se eliminaba de tajo cualquier posibilidad para que en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol se garantizaran los principios de selección objetiva, imparcialidad y transparencia.

²⁵³ Folio 4823 y 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

²⁵⁴ Folio 12431 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración del 4 de septiembre de 2019. Min. 19:32. **ALESSIA ISABEL ABELLO GALVIS**: "(...) En la audiencia, ya en el proceso de adjudicación, no es usual que los asesores legales y, de hecho, que ninguno de los asesores de las entidades participen en la evaluación, en este caso fue un caso especial (...)".

²⁵⁵ Folio 3352 (reverso) del cuaderno público No. 17 del Expediente.

²⁵⁶ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_987131.

"SECCIÓN 19.23. Comisión de Éxito Estructurador y Otros Pagos.

El Concesionario pagará a la International Finance Corporation (IFC) los siguientes montos por concepto de gastos de la Licitación, de acuerdo a las instrucciones de pago que IFC enviará al Concesionario luego de la Adjudicación. (...)".

²⁵⁷ Folio 14486 del cuaderno público No. 60 del Expediente. Declaración del 25 de septiembre de 2019. Min. 02:04:03. **MARIO ARTURO DIB DE CASTRO** (vicepresidente financiero de ODINSA): "(...) habría además unos conflictos de interés muy fuertes entre un estructurador que hace el rol de estructurar y además participa en el rol de evaluar y adjudicar (...) hasta donde yo conozco en ninguna parte funciona que un estructurador haga parte del grupo evaluador o del grupo de adjudicación, eso es como una partición de poderes".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Particularmente, acerca de la labor y participación del Comité Asesor Especial en el curso de la evaluación de las ofertas, **ALESSIA ISABEL ABELLO GALVIS** (abogada del equipo de estructuración de la IFC) fue enfática en afirmar que el Comité Asesor Especial era propiamente un "comité asesor del Comité Evaluador".

"APODERADA DE ODEBRECHT: Si ustedes tenían una libertad total en los análisis para conceptuar frente a los puntos que se traían al Comité Asesor en los diferentes temas o si debían partir de que no se podía aceptar, digamos no estoy hablando de modificación a los pliegos sino una interpretación favorable frente a lo que estuvieran ustedes revisando.

ALESSIA ISABEL ABELLO GALVIS: No había ninguna directriz, y para eso justamente estábamos los abogados en ese Comité Asesor, porque ese Comité Asesor se conforma es cuando una vez entregadas las propuestas, no antes y, nuevamente, es un Comité Asesor del Comité Evaluador. Entonces, si por alguna razón algún miembro, no abogado, empezaba a hacer unas interpretaciones que iban en contra digamos de la literalidad del pliego y de la claridad del pliego, pues evidentemente el componente legal que estaba en el Comité asesor decía: bueno, esa puede ser una interpretación muy interesante, pero la literalidad del pliego qué dice, porque insisto, luego de la presentación de las ofertas el pliego es inamovible y, nuevamente, salvo que hubiera y se hubiera identificado en ese momento alguna contradicción o algún aparte oscuro nadie puede entrar ni a flexibilizar ni a interpretar los pliegos después, en el periodo de en el periodo evaluación"²⁵⁸.

Como puede apreciarse, la anterior declaración es relevante debido a que evidencia que si bien era cierto que luego de la presentación de las ofertas el pliego era "inamovible", también lo era el hecho de que si se identificaba alguna "contradicción" o "aparte oscuro" era posible entrar a "flexibilizar" o "interpretar" los pliegos durante la evaluación de las ofertas, máxime cuando una de las funciones del Comité Asesor Especial precisamente era "[c]onceptuar sobre las controversias, diferencias y/o conflictos que se generen al interior del grupo evaluador o que se generen en el curso de la evaluación"²⁵⁹.

Esta conclusión es pertinente debido a que precisamente uno de los aspectos a los que se comprometió **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, como contraprestación por el ofrecimiento de la retribución económica, era "que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego". Al respecto, en su condición de delator en el marco del **PBC**, manifestó:

"DELEGATURA: Usted nos podría precisar qué fue lo que usted se comprometió con, con ODEBRECHT?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: (...) que se cumpliera lo que se había hecho en el pliego y de que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego. (...) "²⁶⁰.

Así las cosas, existen suficientes elementos de juicio para corroborar que, en el marco del sistema anticompetitivo, aun cuando la contraprestación por el ofrecimiento de una retribución económica fuera el estricto cumplimiento del pliego de condiciones, ese acuerdo tuvo toda la suficiencia e idoneidad para restringir o, por lo menos, limitar la libre competencia debido a que garantizaba que la **CONCESIONARIA** resultara favorecida con la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Sobre el particular, este Despacho al realizar un análisis comparativo encontró que la interpretación que se realizó respecto del pliego de condiciones para Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol, en que existe evidencia de competencia, se caracterizó por ser flexible, a diferencia de la interpretación rigurosa respecto al pliego de condiciones para el Sector 2, en que se encuentra probada la

²⁵⁸ Folio 12431 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **ALESSIA ISABEL ABELLO GALVIS**. 4 de septiembre de 2019. Min. 3:39:55.

²⁵⁹ Folio 4823 a 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

²⁶⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

existencia de un acuerdo anticompetitivo para favorecer a la **CONCESIONARIA** en que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se había comprometido a *"que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego"*.

Nótese que resulta particularmente llamativo que esa interpretación rigurosa para el pliego de condiciones del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol fue realizada a través del Comité Asesor Especial precisamente creado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en su calidad de Director Encargado del INCO por considerarlo *"pertinente"* con la aplicación de las políticas trazadas conjuntamente con el despacho del Ministro de Transporte²⁶¹. Recuérdese que el Comité Asesor Especial no era obligatorio y resultaba adicional al Comité Evaluador, este sí creado con fundamento en lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 del 2008, vigente para esa fecha²⁶², a efectos de realizar la evaluación de las propuestas presentadas para la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

Además, la creación del Comité Asesor Especial —29 de octubre de 2009— es concomitante con la época en que se perpetraron reuniones secretas e ilegales en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** empezó a persuadir a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con diferentes propuestas o planteamientos con el propósito de que interfiriera en favor de la **CONCESIONARIA** en la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2, esto es, finales de octubre de 2009²⁶³. En esa medida, no tienen prosperidad los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado al señalar que el principio de selección objetiva se garantizó, por ejemplo, a través de más de dos (2) cuerpos colegiados que materializaron la evaluación técnica y la comparación de las propuestas.

En ese contexto, a modo de ejemplo, en el Acta No. 1 del 9 de noviembre de 2009 se solicitó al Comité Asesor Especial que interpretase el numeral 4.2 (d) del pliego de condiciones referente a la experiencia en construcción de carreteras o vías urbanas correspondiente al Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol. Al respecto, el numeral 4.2. del pliego de condiciones incluía 4 eventos para acreditar dicha experiencia:

"(...) Los contratos que se podrán acreditar deberán tener por objeto la construcción de una cualquiera de las siguientes alternativas:

- (a) La construcción de carreteras de dos (1 2) o más calzadas.*
- (b) La construcción de segundas calzadas.*
- (c) La construcción de carreteras de calzadas sencillas de doble carril.*
- (d) En los casos anteriores, el ancho mínimo de carril deberá ser al menos tres punto cinco metros (3.5 m). En Vías Urbanas Principales podrá ser inferior siempre que se cumpla con la definición contenida en el literal (iii)"*²⁶⁴ (Subrayas fuera de texto original).

A partir del estricto cumplimiento del pliego, en todos los casos el ancho mínimo de carril debía ser de mínimo 3.5 metros, con excepción de las *"Vías Urbanas Principales"*, pues en este último caso, el carril *"[podía] ser inferior siempre que se [cumpliera] con la definición contenida en el literal (iii)"*²⁶⁵. En ese sentido, el literal (iii) del numeral 1.4. del pliego de condiciones para considerar una

²⁶¹ Folio 4823 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

²⁶² El Decreto 2474 del 2008 fue derogado por el Artículo 9.2 del Decreto 734 de 2012, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

²⁶³ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 52:40.

²⁶⁴ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\ DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.

²⁶⁵ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\ DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"*Vía Urbana Principal*" exigía literalmente que, en todos los casos, el ancho mínimo de la sección transversal debía ser siempre de 40 metros.

*"(iii) 'Vía Urbana Principal'. Es la vía llamada vía arteria, troncal o autopista, e incluye una vía de un sistema urbano con prelación de tránsito sobre las vías ordinarias del mismo sistema, con control total, de doble calzada con un ancho mínimo de sección transversal de cuarenta (40) metros."*²⁶⁶ (Subrayas fuera de texto original).

En consecuencia, una interpretación literal de la regla contenida en el numeral 4.2 (d) para acreditar la experiencia del Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol implicaba (i) que el ancho mínimo del carril fuera menor de 3.5 metros y (ii) que el ancho mínimo de sección transversal fuera de 40 metros. La consecuencia de la interpretación literal del requisito de experiencia era que solo se podía acreditar la experiencia con la construcción de carriles con ancho inferior a 3.5 metros, siempre que se tratara de experiencia en construcción en "*Vías Urbanas Principales*", las cuales debían tener un ancho mínimo de sección transversal de 40 metros.

Pese a que lo anterior era la única conclusión posible con fundamento en una interpretación literal, el Comité Asesor Especial cambió el requisito (i) mencionado en el párrafo anterior, el cual suponía que el ancho del carril fuera menor a 3.5 metros e invirtió la regla, es decir, asumió que la vía urbana debía ser de al menos 3.5 metros.

Imagen No. 5. Acta No. 1 del 9 de noviembre de 2009 se solicitó al Comité Asesor Especial

3- Estudio y análisis del caso por parte del Comité Asesor.

Analizada la definición del literal (iii) vía urbana principal y lo establecido en el literal d) del numeral 4.2, la sección transversal de la vía debe tomarse entre paramentos y si el ancho de carril en la vía urbana es de al menos 3.5 metros, no es necesario que la sección transversal de la doble calzada sea de 40 metros. En este orden de ideas, se concluye que si las vías urbanas principales tienen carriles de al menos 3.5 metros, no es necesario que el ancho mínimo de la sección transversal sea de 40 metros como lo define el literal (iii).

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁶⁷.

Como puede apreciarse, el Comité Asesor Especial, pese a lo establecido en el pliego de condiciones, evidentemente flexibilizó la interpretación de "*Vía Urbana Principal*" para concluir que "*si las vías urbanas principales tienen carriles de al menos 3.5 metros, no es necesario que el ancho mínimo de la sección transversal sea de 40 metros como lo define el literal (iii)*".

No obstante, para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, donde precisamente existía un acuerdo anticompetitivo en que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se había comprometido a "*que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego*", frente a asuntos tales como la experiencia que debía demostrarse, a través del Comité Asesor Especial, se realizó una aplicación restrictiva del pliego de condiciones, para excluir la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de pasajeros, que pretendía acreditar **VÍAS DEL SOL**, quien era competidor de la **CONCESIONARIA**.

²⁶⁶ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.

²⁶⁷ Folio 4839 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Acta No. 1 Reunión del Comité Asesor.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 6. Acta No. 1 del 9 de noviembre de 2009 del Comité Asesor Especial

3- Estudio y análisis del caso por parte del Comité Asesor.

En primer lugar, se analizó la definición de Sector de Infraestructura contenida en los pliegos de condiciones, verificando que en las respuestas dadas por el INCO claramente se establece que para efectos del presente proceso modalidad ferroviaria no hace parte de un sistema de transporte masivo de pasajeros. Respecto al mencionado sistema, se constató que en la respuesta 156 de la octava ronda de preguntas, frente a las modalidades que hacen parte del sector de infraestructura vial de sistemas de transporte masivo de pasajeros definido en el sector de infraestructura en los pliegos de condiciones, se refiere específicamente a obras de infraestructura vial para sistemas de transporte masivo de pasajeros como Transmilenio.

En segundo lugar, en la respuesta 32 se ratificó que la experiencia en construcción de ferrocarriles y metro, no corresponde con la complejidad de obras de construcción asociadas con los sectores incluidos en la definición de sector de infraestructura que se debe acreditar para la experiencia en construcción en general.

De esta manera, y dando estricto cumplimiento a lo establecido el capítulo I numeral 1.4 cuya definición reza en el literal (nn) "Pliego de Condiciones" o "Pliego": *"Es el presente documento que señala las condiciones, plazos y procedimientos dentro de los cuales los interesados y proponentes deben formular sus Propuestas. Los Pliegos también incluirán, las Adendas, las respuestas entregadas por el INCO a las preguntas formuladas por los Interesados y debidamente publicadas en el SECOP, las actas de las diferentes audiencias y los Estudios y Documentos Previos"*, es procedente concluir que las respuestas dadas por el INCO excluyen la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de pasajeros, tal como se expresó en las respuestas generadas por el INCO, las cuales, como ya se demostró, constituyen parte integrante del respectivo Pliego de Condiciones. En ese orden de ideas, las respuestas dadas por el INCO y debidamente publicadas en el SECOP, tienen efectos vinculantes para los Interesados y por lo mismo, solo podrá validarse la experiencia general referida a las modalidades que incluye la definición de sector de infraestructura contenida en el Pliego de Condiciones.

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁶⁸. (Recuadro rojo no original).

Las evidencias presentadas permiten concluir razonablemente que el "estricto cumplimiento" del pliego de condiciones para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, estuvo indudablemente determinado por el compromiso que adquirió **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en virtud del acuerdo anticompetitivo, de "que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego", en este caso, la interpretación de las modalidades que incluía la "definición de sector de infraestructura".

En efecto, la razón por la cual se declaró no admisible la propuesta de uno de los principales competidores de la **CONCESIONARIA** correspondió precisamente al "estricto cumplimiento" del pliego de condiciones en la interpretación de las modalidades que incluía la "definición de sector de infraestructura". Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el marco del **PBC**, en su condición de delator, reconoció que las circunstancias de esa inadmisión obedecieron precisamente a "una interpretación un poco ambigua de una definición"²⁶⁹ lo que propició que la propuesta de **VÍAS DEL SOL** cometiera "un error hasta tonto"²⁷⁰ y, aprovechando esa situación, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le sugirió directamente que "con ese error, ellos están eliminados"²⁷¹.

²⁶⁸ Folio 4839 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Acta No. 1 Reunión del Comité Asesor.

²⁶⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 2:21:14.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Nótese que con el comportamiento evidenciado no solo desconocieron los principios de selección objetiva y transparencia en el proceso contractual debido a que no es posible concebir que un competidor sea quien sugiera el rumbo de las decisiones que debe adoptar quien está encargado de realizar una adjudicación, sino además coincide plenamente con lo declarado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** al señalar que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** "se comprometió a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que presentasen cualquier vicio formal"²⁷².

A continuación, se presenta prueba documental que permite evidenciar los resultados que finalmente obtuvieron los competidores que se encontraban participando por el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con los cuales se realizó la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**.

Imagen No. 7. Acta del 14 de diciembre de 2009 del INCO - Audiencia de Adjudicación

SECTOR 2

NUMERO DEL PROPONENTE	NOMBRE DEL PROPONENTE	CALIFICACION REQUISITOS HABILITANTES	OFERTA ECONOMICA	RESULTADO EVALUACION OFERTA ECONOMICA	PUNTAJES OTORGADOS A LOS SIGUIENTES CRITERIOS.			PUNTAJE DEFINITIVO
			COP Millones		Oferta Economica	Apoyo a la Industria Nacional	Oferta Técnica	
PROPUESTAS VALIDAS			1		600	100	100	1000
2	VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. P&F	NO ADMISIBLE				30.00	0.00	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	ADMISIBLE	2.094.286	VALIDA	800.00	100.00	100.00	1000.00
5	UNION TEMPORAL CONCESION RDS	RECHAZO				75.00	0.00	

ORDEN DE ELEGIBILIDAD

VALOR OFERTA GANADORA* 2.094.286,00 (en millones de pesos)		
No.	PROponente	PUNTAJE
1*	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	1.000,00

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁷³. (Recuadros rojos no originales).

Como puede observarse, en la evaluación final de las propuestas la **CONCESIONARIA** obtuvo un puntaje definitivo de "1000,00" puntos sobre 1000 posibles, resultado que coincide con los compromisos adquiridos en el pacto ilegal, es decir, presentó una "oferta formalmente perfecta, sin ningún tipo de error"²⁷⁴, tal y como declaró **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le había sido sugerido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Igualmente, se evidencia que las otras propuestas fueron descalificadas —rechazo o no admisible—, incluida la propuesta de **VÍAS DEL SOL**, resultado que también coincide con el compromiso de "descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores"²⁷⁵.

²⁷² Folio 144 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

²⁷³Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Archivo "DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1456879.pdf".

²⁷⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSY CO", archivo "DECLARAION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf".

²⁷⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSY CO", archivo "DECLARAION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En efecto, existen suficientes elementos de juicio para determinar que existió la inequívoca finalidad de que, sin ningún tipo de presión competitiva al momento de la evaluación, a la **CONCESIONARIA** se le otorgara el puntaje máximo de 800 puntos por su oferta económica, lo que sumado a que las calificaciones por la oferta técnica y apoyo a la industria nacional eran determinísticas, le permitió asegurar los 1.000 puntos posibles, esto es, "**una oferta formalmente perfecta**".

Sobre el particular, la ausencia de competencia que en efecto se materializó para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol al momento de la evaluación de las ofertas económicas, y que fue provocada por el acuerdo ilegal, en el marco de un sistema anticompetitivo, tuvo un impacto significativo alto. Para comprender ese impacto, es importante resaltar que, de acuerdo con el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, para los sectores 2 y 3, el valor presente neto de las propuestas estaba compuesto por la suma entre el valor presente de los aportes **INCO**, provenientes de las vigencias futuras de la entidad pública, y el valor presente del recaudo de los peajes en el respectivo tramo.

Precisamente, en este caso existió un ahorro nulo para la entidad pública en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, toda vez que el valor ofrecido en la oferta económica de la **CONCESIONARIA** coincidió exactamente con el valor de las vigencias futuras²⁷⁶ máximas que el **INCO** podía comprometer de su presupuesto de inversión. Al respecto, se encontró que el monto máximo, autorizado en comunicación del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, suscrita por la Secretaria Ejecutiva del Consejo Superior de Política Fiscal – **CONFIS**, desde el 9 de marzo de 2009, correspondía para cada año a los siguientes valores expresados en millones de pesos del 31 de diciembre de 2008.

Imagen No. 8. Montos máximos de vigencias futuras autorizados en el presupuesto de inversión del INCO para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol

Sector 2:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Pesos*	149.761	373.767	210.894	569.310	660.550	157.269	172.996	155.697

Año	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Pesos*	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008.

Fuente: Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009²⁷⁷.

De acuerdo con el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, numeral 8.4.6, para los años 2016 a 2025 —*Etapa de Operación y Mantenimiento*— las vigencias futuras eran fijas y por lo tanto el monto de los aportes **INCO** para cada uno de esos años estaba definido y no podía ser modificado en la oferta económica por parte de los proponentes. Sin embargo, de acuerdo con el numeral 8.4.4, los proponentes si podían determinar el perfil de los aportes **INCO** para los años 2011 a 2015 —*Etapa Preoperativa*—, siempre que no superaran el tope máximo presupuestado para cada año.

²⁷⁶ Folio 3329 del Cuaderno Público No. 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009. "Vigencias Futuras". Es la autorización que otorga el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, a nivel nacional para comprometer o afectar presupuestos futuros de gastos, con anterioridad a su aprobación." p. 12.

²⁷⁷ Folio 3329 del Cuaderno Público 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, p. 14 y 15.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De tal modo, la **CONCESIONARIA**, ante la ausencia de presión competitiva generada por el compromiso de "*descalificar cualquier grupo o consorcio*", no tuvo ningún incentivo por ofrecer mejores condiciones al Estado en su oferta económica y, en consecuencia, solo requería que los perfiles que iba a determinar no sobrepasaran el valor máximo presupuestado por el **INCO** en la Etapa Preoperativa, máxime cuando el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 estableció que "[s]i en cualquier etapa de la evaluación sólo queda una Oferta Económica Unitaria admisible, que además cumple con los requisitos exigidos para el "sobre No. 2", **el INCO adjudicará el Sector a ese único Proponente**"²⁷⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En efecto, a continuación, se puede evidenciar en la oferta económica de la **CONCESIONARIA** que los perfiles que determinó para la Etapa Preoperativa coinciden exactamente con el tope máximo presupuestado por el INCO para los años 2011 a 2015, lo que representó un ahorro del **0%** para la entidad contratante en este componente:

Imagen No. 9. Oferta económica presentada por la CONCESIONARIA para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol

FORMATO 1A

Oferta Económica Unitaria

Octubre 27 de 2009

Señores

Instituto Nacional de Concesiones INCO

Avenida El Dorado CAN

Edificio Ministerio de Transporte, Tercer piso

Bogotá D.C.

REFERENCIA:

Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009
Oferta Económica Unitaria

Apreciados señores:

Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación de "ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S." conformada por CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A. y CSS CONSTRUCTORES S.A. y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar Oferta Económica Unitaria (según este término se define en los pliegos de la Licitación) para el Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol en los siguientes términos:

SECTOR 2:

VPIT 5	2.094.286.000.000,00
Valor en Letras:	Dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones 00/100
Porcentaje en Dólares	20% (veinte por ciento)

El perfil de los Aportes INCO ofrecido es el siguiente:

²⁷⁸ Folio 3329 del Cuaderno Público 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, p. 99.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

163

2011	2012	2013	2014	2015
149.761	373.767	210.894	569.310	660.550

*Cifras en millones de Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008.

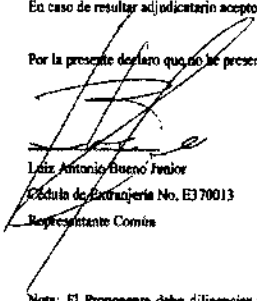
2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
157.269	172.996	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Cifras en millones de Pesos constantes del 31 de diciembre de 2008.

En caso de que el VPIT ofertado sea inferior al valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI, el valor que se tomará como Oferta Económica es el valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI.

En caso de resultar adjudicatario acepto los términos y condiciones de la minuta de contrato.

Por la presente declaro que no he presentado Oferta Económica con Economía de Escala.


Luis Antonio Bueno Junior
Cédula de Extranjería No. E370013
Representante Común

Nota: El Proponente debe diligenciar un Formato 1A para cada Sector. Para el efecto podrá (i) asignar las referencias a los demás Sectores o (ii) poner en los cuadros correspondientes la leyenda "N/A".

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁷⁹ (Recuadros rojos no originales).

En similar sentido, además de los perfiles de los aportes **INCO** para la *Etapa Preoperativa y Etapa de Operación y Mantenimiento*, la oferta económica contenía el valor único presente neto de los ingresos (VPIT) que incluía, como se advirtió previamente, el recaudo de los peajes. Al respecto, el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, numeral 8.4.1, estableció que para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol dicho valor no podía, en ningún caso, ser superior a \$ 2.240.000.000.000.

De ese modo, la oferta económica de la **CONCESIONARIA** incluyó un VPIT por \$ 2.094.286.000.000 que correspondía al 93,5% de la disponibilidad presupuestal fijada en el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, de modo que el ahorro percibido en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol fue finalmente de tan solo un 6,5%, esto es, aproximadamente \$ 145.600.000.000 contenido en su totalidad en el concepto de peajes, pues se reitera, el monto de los perfiles en la *Etapa Preoperativa* representó el 100% de las vigencias futuras presupuestadas por el **INCO**, es decir, un ahorro del 0%.

En este punto es importante mencionar que debido a que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** tenían "*mucha incertidumbre de si se iban a presentar o no oferentes*" al Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, duda que no lograron eliminar a través de unos acuerdos restrictivos de la libre competencia económica —*colusión*— que pretendieron consolidar con algunos competidores que tenían interés en participar, tal y como se evidenciará posteriormente en el acápite **12.6.3.7. Otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo**, la **CONCESIONARIA** preparó "*tres (3) sobres de propuestas*", dependiendo de la cantidad de competidores que se pudieran presentar en la licitación. Al respecto, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para la época, señaló que:

"**DELEGATURA:** ¿Usted tuvo conocimiento acerca de cómo dejaron consolidada la oferta entre **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y ahora **CSS**? O sea, ¿Quién se encargó de revisarla? ¿Quién dio el visto bueno para presentarla? ¿Quién la presentó?

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: (...) la oferta final dependía mucho de la competencia. Recuerdo que, pues como había mucha incertidumbre de si se iban a presentar o no oferentes, pues recuerdo que había tres (3) sobres de propuesta. Uno la máxima,

²⁷⁹ Folio 615 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Carpeta "Información Ruta del Sol 2 (Tera)". Carpeta "DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES". Archivo "RUTA DEL SOL SECTOR 1Y2 CAJA 12 CARP. 77".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

considerando que había demasiada competencia, digamos, el máximo esfuerzo en el punto de vista de números, una no tan extremo, pero un poco más prudente y otra con el máximo del precio autorizado en el proyecto si no había ningún otro competidor.

(...)

Entonces no se presentó la propuesta más agresiva ni se presentó la propuesta más favorable sino la propuesta intermedia, porque pues uno está pendiente el día que hay que presentar los sobres de si hay más competidores, si hay más propuestas y entonces como vimos que había más propuestas, se presentó la intermedia"²⁸⁰.

Como puede apreciarse, la propuesta presentada por la **CONCESIONARIA** era considerada como una "propuesta intermedia" y no fue la "más agresiva" para sus competidores, es decir, la más favorable para el **INCO**. Además, es posible evidenciar que también se tenía preparada una propuesta con una oferta económica que contemplaba "el máximo del precio autorizado en el proyecto si no había ningún otro competidor", es decir, \$ 2.240.000.000.000. En esa medida, en el contexto analizado, en que **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** celebraron un acuerdo ilegal con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, el hecho de haber presentado una "propuesta intermedia" o "prudente", para este Despacho constituye un indicio económico adicional que ratifica que uno de los compromisos del acuerdo anticompetitivo era necesariamente "descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores"²⁸¹.

Ahora, con el fin de determinar si la magnitud del ahorro presentada previamente puede considerarse propia de un escenario de competencia o, por el contrario, del escenario anticompetitivo materializado, a continuación, este Despacho presenta dos ejercicios de comparación con un carácter meramente ilustrativo.

Por un lado, se procedió a realizar un análisis contrafactual para determinar cuál hubiera sido el ahorro del **INCO** de haberse presentado competencia entre la **CONCESIONARIA** y al menos una empresa adicional. Para tal fin, se tomó en cuenta la propuesta económica de **VÍAS DEL SOL**, que resultó tener el valor más cercano al de la empresa adjudicada²⁸². Sobre el particular, respecto de los valores relacionados con los aportes **INCO**, se encontró que **VÍAS DEL SOL** también presentó una oferta económica con un monto de los perfiles en la *Etapa Preoperativa* que representó el 100% de las vigencias futuras presupuestadas por el **INCO**. Sin embargo, el **VPIT** que ofertó dicho proponente correspondió a \$ [REDACTED], valor que representaba tan solo el [REDACTED]% de la disponibilidad presupuestal fijada en el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

ESPACIO EN BLANCO

²⁸⁰ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

²⁸¹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSY CO", archivo "DECLARAION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf".

²⁸² Folio 4289 a 4301 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 10. Oferta económica presentada por VÍAS DEL SOL para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol

4294

**VIA DEL SOL AUTOPISTA S.A. - PROMESA DE
SOCIEDAD FUTURA**

FORMATO 1A
Oferta Económica Unitaria

Bogotá, D.C., 27 de Octubre de 2009

Señores
Instituto Nacional de Concesiones INCO
Avenida El Dorado CAN
Edificio Ministerio de Transporte, Tercer piso,
Bogotá D.C.

REFERENCIA: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009
Oferta Económica Unitaria

Apreciados señores:

Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación de VIA DEL SOL AUTOPISTA S.A. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, conformada por Obrascon Huarte Lain S.A., Pavimentos Colombia S.A., Ingenieros Constructores e Interventores ICEN S.A., Cencay S.A. y Aguilar Construcciones S.A. y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar Oferta Económica Unitaria (según este término se define en los pliegos de la Licitación) para el Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol en los siguientes términos:

SECTOR 2:

El perfil de los Aportes INCO ofrecido es el siguiente.

Año	2011	2012	2013	2014	2015
Pesos*	149.761	373.767	210.894	569.310	660.550

VIA DEL SOL AUTOPISTA S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA
Dirección: Avenida Carrera 9 No. 119-52 Ofc. 402
Tel: 6296369
Fax: 6296369
e-mail: stad@viasolautopista.com.co

2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
157.269	172.996	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008.

En caso de que el VPIT ofertado sea inferior al valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI, el valor que se tomará como Oferta Económica es el valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI.

En caso de resultar adjudicatario excepto los términos y condiciones de la minuta de contrato

Por la presente declaro que he presentado Oferta Económica con Economía de Escala

Nombre: MIGUEL RICAURTE LOMBANA
Identificación: 19.142.770 de Bogotá
Cargo: Apoderado Especial

Nota: El Proponente debe diligenciar un Formato 1A para cada Sector. Para el efecto podrá (i) eliminar las referencias a los demás Sectores o (ii) poner en los cuadros correspondientes la leyenda "N/A".

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁸³ (Recuadros rojos no originales).

²⁸³ Folio 4289 a 4301 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De lo anterior puede concluirse que de haber resultado admisible la propuesta de **VÍAS DEL SOL**, y haber sido evaluada su oferta económica junto con la presentada por la **CONCESIONARIA**, la propuesta de **VÍAS DEL SOL** habría obtenido un resultado de 800 puntos, toda vez que representaba ser la menor posible dentro del rango permitido, mientras que la **CONCESIONARIA** habría obtenido un resultado de 0 puntos, resultando así adjudicataria la primera de ellas. En ese escenario hipotético, el ahorro total respecto del valor máximo del **VPIT** sería del %, que corresponde a un valor superior a los \$ respecto de la disponibilidad presupuestal del **INCO**.

El segundo ejercicio relevante para dimensionar el alcance del impacto de la conducta desplegada consiste en contrastar lo sucedido en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol con la evaluación de las ofertas económicas del Sector 1, en donde no se tiene evidencia de prácticas anticompetitivas, por lo menos entre dos (2) competidores —**CONSORCIO VIAL HELIOS** y **CONSORCIO DESARROLLO VIAL RUTA DEL SOL**— que resultaron admitidos y cuyas ofertas fueron sometidas a evaluación.

A continuación se presenta una comparación entre el valor de las vigencias futuras²⁸⁴ máximas que el **INCO** podía comprometer de su presupuesto de inversión para el Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol y los perfiles que fueron determinados por el **CONSORCIO VIAL HELIOS** en su oferta económica ganadora. En este caso, al igual que para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, los proponentes del Sector 1 podían determinar el perfil de los aportes **INCO** de los años 2011 a 2015, siempre que no superaran el tope máximo señalado para cada año y existía un aporte fijo correspondiente al año 2016.

Imagen No. 11. Montos máximos de vigencias futuras autorizados en el presupuesto de inversión del INCO para el Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol

Sector 1:

Año	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Pesos*	631.518	765.036	184.812	24.880	17.499	307.842

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008.

Fuente: Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009²⁸⁵.

De esa forma, para la evaluación de las ofertas económicas del Sector 1 resultaron admitidas dos (2) propuestas —**CONSORCIO VIAL HELIOS** y **CONSORCIO DESARROLLO VIAL RUTA DEL SOL**—, con lo cual la oferta ganadora sería aquella que, cumpliendo con los criterios de evaluación, fuera la menor posible. Es importante resaltar que ambas ofertas presentaron diferencias respecto del valor de las vigencias futuras, situación que no sucedió en el Sector 2, donde precisamente existía un acuerdo anticompetitivo.

²⁸⁴ Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009. "Vigencias Futuras". Es la autorización que otorga el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, a nivel nacional para comprometer o afectar presupuestos futuros de gastos, con anterioridad a su aprobación." p. 12.

²⁸⁵ Folio 3329 del Cuaderno Público 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, p. 14.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 12. Oferta económica presentada por CONSORCIO VIAL HELIOS para el Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol

FORMATO 1A

OFERTA ECONÓMICA UNITARIA

27 de octubre de 2009

Señores
Instituto Nacional de Concesiones INCO
Avenida El Dorado CAN
Edificio Ministerio de Transporte, Tercer piso,
Bogotá D.C.

REFERENCIA: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 Oferta Económica Unitaria

Apreciados señores

Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación del CONSORCIO VIAL HELIOS, conformada por CONCRETO S.A., CSS CONSTRUCTORES S.A., IECSA S.A. Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar Oferta Económica Unitaria (según este término se define en los pliegos de la Licitación) para el Sector 1 del Proyecto Vial Ruta del Sol en los siguientes términos:

SECTOR 1:

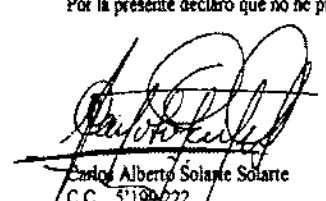
VPIT	\$ 962.075.973.782,00
Valor en letras:	Novecientos sesenta y dos mil setenta y cinco millones novecientos setenta y tres mil setecientos ochenta y dos pesos

El perfil de los Aportes INCO ofrecido es el siguiente: (cifras en millones de pesos)

2011	2012	2013	2014	2015	2016
631.518	375.713	184.812	24.880	17.499	307.842

En caso de resultar adjudicatario acepto los términos y condiciones de la minuta de contrato.

Por la presente declaro que no he presentado Oferta Económica con Economía de Escala.


Carlos Alberto Solarte Solarte
C.C. 5'199.222
Representante Legal
Consortio Vial Helios

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁸⁶ (Recuadros rojos no originales).

Como puede apreciarse, en el Sector 1, el **CONSORCIO VIAL HELIOS** resultó adjudicatario del contrato producto de una oferta económica que no coincidió con el tope máximo presupuestado por el INCO para los años 2011 a 2015, particularmente para el perfil del año 2012, lo que implicó que el INCO percibiera un ahorro del **20,85%** al momento de adjudicar dicho tramo. En otras palabras,

²⁸⁶ Folio 615 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Carpeta "Información Ruta del Sol 2 (Tera)". Carpeta "DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES". Archivo "RUTA DEL SOL SECTOR 1Y2 CAJA 9 CARP. 53".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

teniendo en cuenta que el tope máximo del valor de las vigencias futuras en el presupuesto del INCO era de 1.215.509.840.000, el ahorro en la adjudicación del Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol correspondió a un valor superior a los \$ 253.433.000.000.

En esa medida, la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el Sector del 2 del Proyecto Ruta del Sol, en que no solo se tenía como finalidad garantizar la adjudicación, sino también "*descalificar cualquier grupo o consorcio*", generó un alto impacto debido a que la **CONCESIONARIA** no tuvo ningún incentivo en competir —*ofrecer mejores condiciones o presentar una propuesta "más agresiva"*—. En otras palabras, la conducta analizada no afectó solamente a los demás oferentes que participaron y vieron defraudadas sus expectativas por rivalizar sanamente en busca de la adjudicación del contrato estatal, sino que consecuentemente tuvo un efecto negativo para la entidad estatal, que no pudo recibir más y mejores ofertas económicas, generando ineficiencia en su proceso contractual y un evidente desequilibrio en su gasto público.

En virtud de lo anterior, los argumentos presentados por varios de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado dirigidos a señalar que no existió una afectación a la libre competencia económica no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan completamente por improcedentes.

Así las cosas, a través de la plena ejecución de los compromisos adquiridos por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo con **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, que no se limitaba simplemente a que se "(...) garantizara que se cumpliera el pliego", sino que además incluía orientar la presentación de una "*oferta formalmente perfecta*", "*influir en el proceso de licitación*" y "*descalificar*" o eliminar competidores, el INCO, mediante Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, adjudicó el Sector 2 de la Ruta del Sol a que hace alusión el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al único proponente habilitado, esto es, a la "*Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S*", representada legalmente por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (entonces Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia) e integrada por las siguientes firmas: (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (ii) **ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUTURA LTDA.** (37.00%); (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** (33.00%) y (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%), por un valor de \$2.094.286.000.000²⁸⁷.

En este punto es importante señalar que aun cuando **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** desde su percepción²⁸⁸, debido a los eufemismos utilizados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, considerara que la contraprestación por el ofrecimiento de una retribución económica no incluía impedir la entrada de otros competidores; tampoco influir en el Comité Asesor Especial o Evaluador; y menos que se garantizara la adjudicación del contrato, lo cierto es que los hallazgos encontrados

²⁸⁷ Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008.

²⁸⁸ Folio 14170-CD1 del cuaderno público No 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1". Min. 13:14.

"APODERADA DE ODEBRECHT: Muchas gracias, señor **GARCÍA** ¿Ese pago soborno que usted ya refirió, fue para que usted modificara los términos de los pliegos de condiciones?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No.

APODERADA DE ODEBRECHT: ¿Ese pago o soborno que usted refirió tenía como propósito que usted impidiera la entrada de otros participantes dentro del proceso licitatorio?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No.

APODERADA DE ODEBRECHT: Ese pago o soborno tenía como propósito que usted influyera en los Comité Evaluador y/o asesor para las tomas de decisiones que tenían a su cargo?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No.

APODERADA DE ODEBRECHT: ¿Ese pago o soborno tuvo como propósito que usted a toda costa adjudicara la propuesta a la sociedad futura de la que hacía parte **ODEBRECHT**?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No.

(...)

APODERADA DE ODEBRECHT: ¿Ese pago o soborno tuvo como propósito que usted le adjudicara a la sociedad **ODEBRECHT** y la estructura plural que conformaba al mayor precio posible?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No, de ninguna manera."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

son contundentes en demostrar que el verdadero alcance y propósito del acuerdo anticompetitivo en definitiva era garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol en favor de la **CONCESIONARIA**, limitando la libre concurrencia de otros competidores.

En esa medida, a partir del análisis de las diferentes evidencias presentadas previamente, los argumentos expuestos por algunos investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** no tuvo injerencia en las evaluaciones de los comités, pues no tenía poder de decisión ni influencia sobre sus miembros y tampoco estructuró el pliego de condiciones, así como que las declaraciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** son contradictorias con lo declarado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en especial con el momento en que se ofreció el soborno y su objeto, no tienen ningún mérito de prosperidad.

Lo expuesto previamente también es suficiente para rechazar los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que las funciones de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en el proceso de selección contractual no tenían nada que ver con su resultado ni tuvo injerencia en las decisiones y que solo se limitó supuestamente a acatar las recomendaciones previstas para garantizar la transparencia y selección objetiva en el curso del proceso licitatorio.

Como si lo expuesto no fuera suficiente, es pertinente anotar que las anteriores valoraciones, que permiten a este Despacho revelar el verdadero alcance de la contraprestación por el ofrecimiento de una retribución de carácter económico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo, son coincidentes con las consideraciones y hallazgos realizados sobre el particular en otras instancias.

Por ejemplo, en el ámbito arbitral, el laudo proferido por el "Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI", en que "por objeto y causa ilícitos" declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, al referirse sobre el ofrecimiento del pago del soborno que aceptó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** consideró que "(...) no fue precisamente para quedarse de brazos como un simple observador para impedir que otros corruptos se hicieran a la Licitación. La suma pagada y recibida indica que su trabajo fue mucho mayor para beneficio de ODEBRECHT (...)"²⁸⁹ (Subrayas fuera de texto original).

En similar sentido, en el ámbito penal, en la sentencia condenatoria contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por los delitos de cohecho impropio en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos, se consideró:

"Los altos directivos de Odebrecht no tuvieron ningún miramiento a la hora de señalar categóricamente a **GARCÍA MORALES**, como responsable de la escogencia subjetiva de su consorcio para adjudicarle la licitación aludida; señalaron pormenorizadamente circunstancias de modo, tiempo y lugar como se produjeron sus encuentros y las componendas efectuadas todas dirigidas para que la licitación les fuera adjudicada; para ello recibieron de **GARCÍA MORALES** no solo la asesoría necesaria sino también la promesa de que nadie se interpondría en el camino para que el contrato les fuera adjudicado por él mismo, lo que en efecto ocurrió."²⁹⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

²⁸⁹ Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: <http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itau Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...)**".

²⁹⁰ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. CD – Documento: CUADERNO DE PRUEBAS No. 196 del folio 1 al 510. pp. 68 a 97. Sentencia condenatoria del Juzgado Treinta y Uno del Circuito con Funciones de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De esta forma, las conclusiones en otras instancias —*arbitral y penal*—, corroboran plenamente los hallazgos presentados previamente por este Despacho respecto a que el verdadero propósito o finalidad del acuerdo anticompetitivo, no era otro que asegurar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**, sin ninguna presión competitiva al momento de la evaluación de su oferta económica y limitando la libre concurrencia de otros competidores.

Incluso, el verdadero propósito o finalidad del acuerdo no se limitaría únicamente a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que existen pruebas que permiten inferir que se pretendía un favorecimiento en todo momento y cuando se necesitara, tanto al momento de adjudicar, como antes en la etapa precontractual y después en la ejecución del contrato. Precisamente, en el marco del sistema anticompetitivo, las evidencias son indicativas de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** tenía una expectativa de "*largo plazo*". Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indicó que:

"(...) yo creo que él [LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR] tenía una expectativa conmigo de largo plazo, porque por eso precisamente él me comenzó a hablar de los temas de las adiciones, él me habló de dos temas fundamentalmente que eran posteriores a la ejecución, el tema de las adiciones y el tema de unas reclamaciones por el aumento de los precios del asfalto. Ellos desde el momento de la adjudicación ya estaban pensando en hacer reclamaciones sobre el tema del asfalto y con el tema de las adiciones (...)"²⁹¹.

Lo anterior es una muestra de que el sistema anticompetitivo fue concebido para tener vocación de permanencia durante la ejecución del contrato de concesión debido a que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** consideraba como un tema fundamental las "*adiciones*" contractuales. Este aspecto será evidenciado en la segunda fase del sistema anticompetitivo, en que se podrá apreciar que no solo se desplegó una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, sino además, concomitantemente, se desplegó una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

12.6.3.5. Monitoreo del acuerdo anticompetitivo para asegurar su cumplimiento

A continuación, se presentarán diferentes evidencias que permiten determinar que, en el marco del sistema anticompetitivo, existió por **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, un constante monitoreo a la ejecución de los compromisos adquiridos en el acuerdo anticompetitivo. En ese sentido, ante un aparente desvío al arreglo ilegal, se recurrió a una serie de intimidaciones y amenazas con el propósito de asegurar su cabal cumplimiento. Adicionalmente, se evidenciará cómo **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** a raíz de esas amenazas solicitó un concepto jurídico para tratar de legitimar posteriormente su actuar ilegal, lo que contó con la participación directa de **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**.

En este punto es pertinente señalar que en otras ocasiones²⁹² esta Superintendencia ha identificado que ese tipo de reacciones como "*amenazas*", son un rasgo común entre los partícipes de acuerdos anticompetitivos cuando precisamente pretenden corregir o encausar cualquier incumplimiento o desvío del arreglo ilegal. Particularmente en este caso, durante la ejecución del acuerdo ilegal desplegado en el marco del sistema anticompetitivo, se encuentran diferentes pruebas que permiten

Conocimiento, del 12 de diciembre de 2017 contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por los delitos de cohecho impropio en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos.

²⁹¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2" Min. 19:09.

²⁹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 57600 de 2019 "(...) la circunstancia descrita ocasionó que **QUIMPAC** no solo presentara serias reclamaciones, sino que además amenazara con "*venderle*" a uno de los acueductos que dentro de la dinámica ilegal era atendido por **BRINSA**, como represalia o retaliación por el desvío o incumplimiento en el acuerdo anticompetitivo".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

evidenciar la existencia de intimidaciones y amenazas con el propósito de evitar cualquier incumplimiento. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** sostuvo:

"DELEGATURA: En la declaración del 22 de febrero usted narró un incidente que se dio cuando el **INCO** expidió alguna especie de documento para promover la subsanación de requisitos subsanables.

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí.

DELEGATURA: Ahí, usted narraba ahí que **LUIZ BUENO** pensó que le habían rechazado.

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí.

DELEGATURA: ¿Usted nos podría precisar qué fue lo que pasó en ese incidente, por favor?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí, hubo una comunicación el 19 de noviembre... salió una comunicación de la entidad, que era un procedimiento normal en donde se solicitan los temas subsanables a los interesados, a los proponentes, y al final de la comunicación se lee que en el evento de no ser advertido este requerimiento en el plazo previsto en las disposiciones antes citadas, la propuesta será rechazada. Él [LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR], después me confesó, que había entendido eso como que los querían rechazar a ellos, porque había unos temas ahí que todavía estaban, habían quedado pendientes y que aparentemente eran subsanables, él lo tomó como que se le iba a rechazar y eso incrementó la desconfianza aparente que él tenía conmigo, es decir, a pesar de que teníamos un acuerdo, él de todas maneras, desconfiaba de mí, por un lado, de que pudiese estar yo en contacto con los otros proponentes, o con el otro proponente y, por otro lado, de que no tuviera, no me hubiera atrevido a suscribir el contrato en esas condiciones. Eh, eh, o ante cualquier duda, finalmente él, incluso me citó y me amenazó con el error que estaba cometiendo y fue cuando me dijo que estaba poniendo en riesgo un aporte, aportes muy importantes a la campaña presidencial, pero finalmente, le dije que eso era un procedimiento normal, que ahí no se estaba rechazando a nadie y, después de un rato, él habló como que con su asesor, no sé quién es, porque eso hablaban portugués, yo no hablo portugués y me dijo que ya sí, que le habían aclarado que ese era un procedimiento normal, etcétera, etcétera. Pero eso me ratificó que él siempre estuvo con alguna duda conmigo, incluso recuerdo que en la audiencia, en repetidas ocasiones, él, cuando habían discusiones de los temas, él se ponía de pie, cuando todo el mundo está sentado y me miraba fijamente como tratando de mandarme un mensaje, como tratando de decirme 'estoy aquí, estoy viéndote, mira lo que vas a hacer', se ponía de pie con cierta firmeza cuando la gente se sentaba.

(...)

DELEGATURA: Y, ¿recuerda en qué momento fue la amenaza?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No, la única amenaza.... O sea, era como duda, como fuerte conmigo, pero la amenaza más clave, la amenaza más clara fue cuando me dijo que él me mandaba decir que de parte de sus jefes que tuviera en cuenta que si yo adjudicaba a esta persona, a esta propuesta, ellos iban a demandar y con lo que yo entendí, en primera instancia, como que era una demanda ante el Consejo de Estado, pues yo dije eso es su derecho, así como el derecho de cualquiera, yo no lo... 'No, pero no se trata solamente de una demanda ante el Consejo de Estado, vamos a, lo denunciaríamos a usted penalmente por celebración indebida de contratos' y, me decía, acto seguido, 'que obviamente que yo no quiero hacer eso, pero usted tiene que entender que son mis jefes, esto no depende de mí' (...) "²⁹³.

Como puede apreciarse, a pesar de la existencia del acuerdo anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** tenía cierta "desconfianza" en que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se

²⁹³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 24:27.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

desviara de los compromisos adquiridos, estuviera en contacto con otros competidores o que no se atreviera a suscribir el contrato estatal en virtud de su pacto ilegal. Esa situación motivó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** realizara un constante monitoreo de la ejecución del acuerdo anticompetitivo. En desarrollo de ese control, este Despacho evidencia que usualmente empleaba determinadas intimidaciones con el propósito de verificar o supervisar su cabal cumplimiento.

La evidencia previamente presentada también da cuenta de la existencia de un incidente que representó para **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** un posible desvío del pacto ilegal. Esa confusión fue ocasionada por un malentendido ante una comunicación en que el **INCO** solicitó a la **CONCESIONARIA** allegar determinada información y documentos, y pese a que era un "procedimiento normal", llevó a que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** asumiera que "los querían rechazar a ellos", lo que interpretó como un incumplimiento del acuerdo anticompetitivo, tal y como se lo reconoció posteriormente a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

El episodio reseñado está corroborado en la comunicación del 19 de noviembre de 2009 remitida por el **INCO** a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, en su calidad de representante legal de la **CONCESIONARIA**, donde se puede apreciar la situación que generó la confusión. En dicho requerimiento, el **INCO** señaló "[s]e advierte que en el evento de no ser atendido este requerimiento en el plazo previsto en las disposiciones antes citadas, la propuesta será RECHAZADA" (Subrayas fuera de texto original).

Imagen No. 13. Solicitud de "información y documentos" - INCO

Instituto Nacional de Concesiones
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010

Para contestar cite:
Radicado INCO No. 20091010142761
Fecha 19-11-2009

Bogotá D. C.

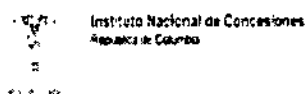
Señor
LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR
Representante Legal
PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL
Avenida Carrera 15 No. 100 - 69 ofc. 603
E-mail: dch@debrechil.com
Bogotá, D. C.

Asunto: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009

De conformidad con lo previsto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en el numeral 9.5.1. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, le solicita aportar la información y documentos que se indican a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"



BICENTENARIO
de la independencia de Colombia
1810-2010

Para contestar cite:
Radicado INCO No. 20091010142761
10120091010142761
Fecha 19-11-2009

7. Para el contrato 003/ARTESP/2009, certificar la tasa de cambio utilizada para la conversión del monto de la financiación de US\$ 493 120 902,57.
8. Adjuntar copia del contrato de crédito para la financiación del contrato 003/ARTESP/2009
9. Acreditar la situación de control de la empresa Citredchi Inversiones En Infraestructura Ltda, sobre la empresa Concesionaria Ruta des Banderas, por parte de cada una de ellas debidamente suscritas por sus representantes legales.

Con el propósito de garantizar los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad el SHCO le otorga el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de este oficio para aportar la información y documentos aquí requeridos sin perjuicio de lo previsto en los artículos 5º de la Ley 1150 de 2007 y 10 del Decreto 2474 de 2008

Se advierte que en el evento de no ser atendido este requerimiento en el plazo previsto en las disposiciones antes citadas, la propuesta será RECHAZADA

Cordialmente,


CLAUDIA FERNANDA QUINTERO ALBARRACÍN
Coordinadora Grupo Defensa Jurídica, Doctrina y Conceptos

Fuente: Documento contenido en el Expediente²⁹⁴. (Recuadros rojos no originales).

De tal modo, esa aparente desviación del arreglo ilegal generó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, en un comportamiento propio de cualquier actividad al margen de la ley, efectuara amenazas directas contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** relacionadas con acudir a diferentes acciones judiciales —*demandas y denuncias penales*— en caso de que se incumpliera lo pactado en el acuerdo anticompetitivo, esto es, no adjudicar el contrato a la **CONCESIONARIA**.

Las anteriores intimidaciones y amenazas con que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** pretendió asegurar el cumplimiento de lo pactado en el acuerdo anticompetitivo y castigar posibles desvíos del mismo, cobran aun mayor relevancia en el presente caso debido a que esa presión ocasionó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitara un particular concepto jurídico para tratar de cubrir posteriormente con un manto de aparente legalidad su reprochable actuación. Al respecto, en el marco del **PBC**, confesó:

"GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Y, de hecho, cuando él [LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR] me dice lo de la amenaza es cuando yo le pido el concepto. El concepto del doctor HUGO PALACIOS. Como un poco protegerme por sí, pues lo estaba haciendo por encima de cualquier consideración legal, ¿no? Si era un cuento de él o si algún abogado prestante como el que yo exigí, porque era un listado, era capaz de sustentarme eso por escrito a mí, personalmente, como efectivamente ocurrió"²⁹⁵.

Sobre el particular, en forma concordante, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la etapa de instrucción de la investigación señaló:

"APODERADO DE JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: Manifestó usted en la declaración que rindió usted hace unos minutos en este Despacho que usted solicitó el concepto a **LUIZ BUENO**, que fue rendido posteriormente por el doctor **HUGO PALACIOS**. Por favor, le

²⁹⁴ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. Archivo "DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1384815.pdf".

²⁹⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 29:18.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

pediría que, y si la memoria se lo permite, detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se dio esa solicitud del concepto.

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Muy bien, en una de las reuniones que tuve con el señor LUIZ BUENO, previas a la adjudicación, él me manifestó que incluso que si yo, que incluso que si yo adjudicaba o, cómo se dice, yo permitía que el Comité Evaluador admitiera el otro proponente y ellos no, pues, y ellos no eran los adjudicatarios, que yo estaría cometiendo el delito de celebración sin el lleno de los requisitos. No conozco el tipo penal exacto. Eso me lo dijo unos días antes, que él estaba tan seguro de que no había lugar a que esta gente, a que el proponente OHL clasificaba que incluso me estaba exponiendo yo a cometer el delito de celebración indebida de contrato, o celebración sin el lleno de los requisitos, no conozco el tipo penal. Eh, y me dijo incluso que ninguno del Comité Evaluador iba a asumir esa responsabilidad, y que él me advertía por obligación, que él me advertía que, si eso ocurría, él tenía que actuar en ese sentido.

Eso a mí me preocupó mucho, y a pesar de que yo estaba seguro de que, de lo que había visto en el Comité Evaluador y eso, de todas maneras me creó una duda, de que si él le quedaba alguna duda de la, de la fortaleza del concepto, de pronto me estaba exponiendo a mí a algo que no me había contado ¿sí? que de pronto el concepto no, que había tenido que acudir a intimidarme porque de pronto la idea de que el otro proponente no era admisible no era tan sólido. Y a raíz de eso yo empecé a pensar de la necesidad que de pronto a futuro, de pronto si se abría una investigación en la Contraloría o en la Procuraduría por el tema de la adjudicación, yo empecé a analizar, de pronto él tiene alguna duda y ahí fue cuando me surge a mí la idea de pedir un concepto jurídico.

Y se lo pido, y así se lo expresé: yo quiero tener una garantía de que el día de mañana, si abren una investigación, yo tener al menos un sustento jurídico que no puede ser el mismo, pues así lo entendí yo, no puede ser el mismo de los Comités Asesores, y del otro, tenía que tener un soporte adicional y, en esas circunstancias decidí solicitarle el concepto y por eso le exigí que fuera antes de la adjudicación, o sea, que fuera el 15 a más tardar, antes de adjudicar, precisamente previendo que después de adjudicado no me lo fuera a dar²⁹⁶.

A partir de lo anterior, es posible determinar que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tuvo "la idea de pedir un concepto jurídico" precisamente motivado por la preocupación que le generaron las amenazas con que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** pretendió encausar el aparente desvío del arreglo ilegal. Así mismo, se puede evidenciar que una de las exigencias respecto a la solicitud del referido concepto era que fuera entregado "antes de la adjudicación" y su propósito era servir posteriormente para amparar la posible responsabilidad ante cualquier futura investigación por parte de los entes de control y eventuales consecuencias penales. En esa medida, los argumentos presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en sus observaciones al Informe Motivado en que señaló que el concepto jurídico tenía como finalidad buscar una opinión experta y objetiva desprovista de sesgos o intereses, son completamente contrarios a la realidad y no tienen ningún mérito de prosperidad.

Incluso, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** reconoció que la amenaza de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** estuvo directamente dirigida a presionarlo para no permitir "que el Comité Evaluador admitiera al otro proponente", lo que coincide con los compromisos adquiridos en el acuerdo anticompetitivo para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**. Al respecto, manifestó: "(...) que incluso que si yo adjudicaba o, cómo se dice, yo permitía que el Comité Evaluador admitiera el otro proponente (...)"²⁹⁷.

²⁹⁶ Folio 14170-CD1 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1". Archivo: 2019-09-19 12-46-30-077. Min. 28:38.

²⁹⁷ Folio 14170-CD1 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1" Archivo 2019-09-19 12-46-30-077. Min. 28:37.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Lo anterior concuerda con la declaración que LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR rindió ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en donde corroboró la solicitud del concepto jurídico. Al respecto, sostuvo:

"FISCAL: ¿Qué otras actividades fueron desarrolladas por usted y el señor MELO ACOSTA para asegurar la adjudicación del contrato Ruta del Sol 2?

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: En la fase de la adjudicación de la carretera, GABRIEL me hizo una solicitud. Aunque nuestra oferta de nuestro consorcio fuera la única que cumplía todas exigencias de los pliegos, GABRIEL está desconfortado. Entonces, él me pidió un concepto jurídico para que pudiera adjudicar el proyecto con tranquilidad. (...) ²⁹⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Adicionalmente, la solicitud del concepto jurídico no solo estuvo supeditada a que este se entregara "antes de la adjudicación", sino además GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES exigió que fuera rendido específicamente por "alguien que hubiese trabajado para CORFICOLOMBIANA o que tuviera alguna relación". Al respecto, indicó:

"APODERADO DE JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: ¿Cuál fue la respuesta que él [LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR] le dio a esa solicitud [del concepto]?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: La primera, que él me daba un concepto y mencionó a un funcionario de ODEBRECHT, y yo le dije que no, pues no se lo dije, pero le dije que quería a alguien que hubiese trabajado para el grupo de CORFICOLOMBIANA, o sea de los concesionarios, de la empresa, filiales o matrices... relacionadas. Porque para mí eso era garantía de que eran profesionales con mucha más experiencia en el tema en Colombia. Entonces yo le pedí específicamente que tenía que ser alguien que hubiese trabajado para CORFICOLOMBIANA o que tuviera alguna relación, y él me dio nuevamente una lista de tres, no recuerdo los otros nombres pero como ya lo dije, el reconocimiento o prestigio del doctor PALACIOS, a quien le conozco su trabajo en materia de concesiones desde la ley de puertos, yo solicité ese concepto, lo escogí a él ²⁹⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

La evidencia presentada permite apreciar que LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR con el propósito de complacer las exigencias de GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES colocó a su disposición "una lista de tres" abogados de los cuales fue escogido HUGO PALACIOS MEJÍA, no solo por su reconocimiento y prestigio en materia de concesiones, sino debido a que tenía una relación con CORFICOLOMBIANA. Lo anterior fue corroborado por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

"Yo presento ese listado de abogados a doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y él le gusta el nombre del doctor HUGO PALACIOS, una persona que yo tampoco conozco, pero esta persona es abogado. El doctor PALACIOS era una persona de la relación de CORFICOLOMBIANA que fue quien intermedió el contrato con el señor y la obtención del concepto jurídico que posterior fue entregado por doctor PEDRO VALENCIA un asesor de CORFICOLOMBIANA que trabajó en todo proceso de oferta y entregó a doctor GABRIEL GARCÍA MORALES para la adjudicación del proyecto." ³⁰⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

²⁹⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:48:59.

²⁹⁹ Folio 14170-CD1 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Declaración de GABRIEL GARCIA MORALES. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1". Archivo 2019-09-19 12-46-30-077. Min. 32:11.

³⁰⁰ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19" Min. 3:48:59.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como puede apreciarse, la exigencia de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a que el concepto jurídico fuera rendido específicamente por "alguien que hubiese trabajado para **CORFICOLOMBIANA** o que tuviera alguna relación" se cumplió a cabalidad cuando se propuso y escogió a **HUGO PALACIOS MEJÍA** para tal propósito. En consecuencia, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le reconoció a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que el referido concepto "(...) lo pidió a través del doctor **JOSÉ ELÍAS MELO**", quien era para esa época el Presidente de **CORFICOLOMBIANA**.

*"**GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**: Cuando me vino con el, la primera vez, cuando vino con los nombres, me dijo que lo iba a solicitar y después me dijo que lo había solicitado, cuando no llegaba el concepto, que el concepto se demoró, y un día yo le dije qué pasa con el concepto, me dijo ya yo se lo solicité a JOSÉ ELÍAS BUENO, lo solicité a JOSÉ ELÍAS MELO, perdón. Eh, pero fue así, no fue algo, es decir, esas conversaciones no eran tan, cómo diría, tan específicas, eran conversaciones: ya lo pedí, se lo pedí a través del doctor JOSÉ ELÍAS MELO, de pronto para darme a entender que se estaba tramitando más rápido o no sé, pero así lo mencionaba sin ninguna prevención"³⁰¹.*

De conformidad con las anteriores pruebas, existen diferentes elementos de juicio para evidenciar la intervención directa de **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en la elaboración del particular concepto jurídico que solicitó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que tal y como se evidenció previamente tenía como propósito amparar su posible responsabilidad ante cualquier investigación por parte de los entes de control e incluso consecuencias penales.

En efecto, este Despacho encuentra diversas pruebas documentales y testimoniales que permiten corroborar que para esa época existió una comunicación directa entre **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, y **ODEBRECHT**, a través de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, donde este último dio vía libre para que se solicitara el concepto jurídico a **HUGO PALACIOS MEJÍA**, quien se reitera fue el abogado escogido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Sobre el particular, se cuenta con un correo electrónico del 15 de diciembre de 2009 remitido, con alta importancia, por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con copia a **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** (asesor de **CORFICOLOMBIANA** para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009). En esa comunicación, se precisó no solo el objeto que tendría el concepto jurídico, sino además se indicó expresamente que se realizaría por **HUGO PALACIOS MEJÍA**, tal y como había sido exigido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. A partir de lo anterior, los argumentos presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en sus observaciones al Informe Motivado en que señaló que no tuvo relación en la consecución del concepto jurídico se rechazan por infundados.

El referido correo electrónico fue reenviado por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** precisamente a **HUGO PALACIOS MEJÍA**, con el fin de que se procediera, según lo solicitado. En el texto de la cadena de correos se lee lo siguiente:

"De: José Elías Melo Acosta
Enviado el: martes, 15 de diciembre de 2009 2:00 p. m.
Para: [REDACTED]
Asunto: RV: CONCEPTO JURIDICO

Importancia: Alta

Dr. Hugo,
Mil gracias por su colaboración.
José Elías

³⁰¹ Folio 14170-CD1 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1". Archivo 2019-09-19 12-46-30-077. Min. 38:38.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De: Yesid Arocha [mailto:yesid@odebrecht.com]
Enviado el: martes, 15 de diciembre de 2009 13:49
Para: José Elías Melo Acosta
CC: [REDACTED]
Asunto: CONCEPTO JURIDICO
Importancia: Alta

APRECIADO DOCTOR JOSE ELIAS

POR MEDIO DEL PRESENTE LE CONFIRMO QUE SE PUEDE SOLICITAR EL CONCEPTO DEL DR HUGO PALACIOS MEJIA SOBRE EL TEMA DE LA EXPERIENCIA FERREA Y DE LA INHABILITACION EN LOS LOTES 1 Y 2 DEL PROPONENTE 2 VIAS DEL SOL AUTOPISTAS SA EN NOMBRE DEL PROPONENTE 3 CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S Y DEL PROPONENTE 1 CONSORCIO VIAL HELIOS PARA SER ENVIADO DIRECTAMENTE AL INCO.

ATENTAMENTE

Yezid A. Arocha A.
Asesor³⁰² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

El anterior hallazgo se encuentra corroborado con los documentos allegados por **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** (asesor de **CORFICOLOMBIANA** para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009) al momento de rendir su declaración, en donde puede apreciarse que efectivamente los puntos específicos que serían tratados en el concepto jurídico solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fueron discutidos al interior de **CORFICOLOMBIANA**. Uno de dichos documentos muestra un correo electrónico enviado también el 15 de diciembre de 2009 por **JUAN NICOLÁS DEVIS MORALES** (empleado del área jurídica de **CORFICOLOMBIANA**) a **HUGO PALACIOS MEJÍA** y a **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN**.

En ese correo se indican concretamente las preguntas que debían ser resueltas en el concepto jurídico "de acuerdo con las conversaciones sostenidas con los doctores José Elías Melo y Pedro Valencia" — ambos vinculados a **CORFICOLOMBIANA** —. A continuación, el texto del correo:

"Apreciado doctor HUGO,

De acuerdo con las conversaciones sostenidas con los doctores José Elías Melo y Pedro Valencia, le remito las preguntas que necesitamos que nos colabore a responder a través de un concepto suyo.

Preguntas:

al marco de la licitación número SEA LP 001 2009 del INCO:

1. ¿Era válido acreditar experiencia en construcción de vías férreas para acreditar los requisitos de experiencia en construcción en general o en construcción de carreteras o vías urbanas?
2. ¿En caso de un proponente que se presentó bajo la modalidad de propuesta para los Sectores 1 y 2, le son aplicables los requisitos habilitantes previstos en el capítulo VII de los pliegos de la licitación? En caso de ser afirmativa la respuesta, cuál sería la consecuencia de que el comité evaluador determine que dicho proponente no cumple con la totalidad de los requisitos habilitantes exigidos para el número de sectores para los cuales se presentó y de acuerdo con qué apartado de los pliegos?
3. En el caso de que un proponente quisiera presentar una propuesta tanto para el Sector 1, como para el Sector 2 del proceso, dicho proponente podía presentar una propuesta bajo la modalidad diferente a la de propuesta unitaria para los sectores 1 y 2. En caso

³⁰² Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta "RUTA DEL SOL 2". Carpeta "RDS_2_EPISOL_1". Carpeta "INFO". Correo electrónico: RV_CONCEPTO JURIDICO[319542].msg.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de que sí exista una modalidad diferente a la mencionada, cuál sería el efecto respecto de la propuesta presentada para el sector 2 en caso de que dicho proponente no pudiese acreditar la experiencia requerida por los pliegos para el sector 1?

Cordial saludo,

Juan Nicolás Devis Morales³⁰³ (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

La anterior prueba es plenamente coincidente con la declaración de **HUGO PALACIOS MEJÍA**, quien también confirmó la intervención de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para obtener el concepto jurídico mencionado. Al respecto, aclaró lo siguiente:

"DELEGATURA: Doctor, doctor **PALACIOS** para, para aclarar un poco. Usted dice que **PEDRO VALENCIA** en ese momento tendría alguna relación con las personas que solicitaron el concepto. Nos gustaría saber si el señor **JOSÉ ELÍAS MELO** le pidió a usted algo en relación con este concepto.

HUGO PALACIOS MEJÍA: Yo no recuerdo que el doctor **MELO** me haya pedido algo. Es posible que me haya, por ejemplo, llamado a decirme reciba al doctor **PEDRO VALENCIA**, ese tipo de comunicaciones, pues, es a veces frecuente con varios clientes. Eso es posible que haya ocurrido, pero no recuerdo nada más³⁰⁴.

En esa medida, las evidencias también permiten apreciar que el objeto específico del concepto jurídico estuvo directamente relacionado con la acreditación de "experiencia en construcción de vías férreas", aspecto donde particularmente en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol existió una aplicación restrictiva del pliego de condiciones que tuvo como consecuencia la exclusión de la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de pasajeros, que como experiencia pretendía acreditar **VÍAS DEL SOL**, quien era competidor de la **CONCESIONARIA**.

Dicho de otro modo, el cuestionado concepto jurídico lo que pretendía era avalar o revestir de una aparente legalidad el compromiso que en virtud del acuerdo anticompetitivo había adquirido **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** de "que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego".

A partir de la valoración conjunta de las pruebas presentadas, este Despacho puede concluir que existió una intervención directa de **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, y otros de sus funcionarios, en la solicitud y elaboración del particular concepto jurídico que solicitó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para tratar posteriormente de legitimar y amparar su reprochable conducta.

El comportamiento analizado es tan irregular como si en un proceso judicial luego de que las partes rindieran sus alegaciones finales, en forma clandestina un juez le solicitara a alguna de ellas un concepto para fundamentar la sentencia que en derecho le corresponde proferir. En igual sentido, en un escenario de igualdad, objetividad y transparencia, principios que están llamados a regir la contratación pública, no es posible concebir que un competidor, en forma oculta y al margen de sus rivales, por solicitud de quien realizará la adjudicación, estructure y elabore un concepto para soportar precisamente su escogencia. Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del PBC, confesó:

"(...) el concepto jurídico que me fue entregado de manera subrepticia, eso no fue un tema público, eso no es un tema que yo puse a disposición de los demás competidores, no fue un tema que fue controvertido públicamente, sino un tema que

³⁰³ Folio 14568 del cuaderno reservado general No. 24 del Expediente.

³⁰⁴ Folio 14589 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Testimonio de **HUGO PALACIOS MEJÍA** del 3 de octubre de 2019. Superintendencia de Industria y Comercio. Min. 58:23.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*yo solicité para proteger eventuales reclamaciones futuras ya fuera en Contraloría o sanciones administrativas e incluso penales*³⁰⁵.

Nótese que los comportamientos cuestionados desconocieron completamente el principio de transparencia en la licitación pública por lo que el particular concepto jurídico no fue puesto a disposición, ni controvertido por los demás competidores, entre ellos, **VÍAS DEL SOL**. No puede olvidarse que el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 estableció como causal de rechazo de la propuesta precisamente la *"confabulación entre los Interesados o Proponentes tendiente a alterar la aplicación de los principios fijados por el INCO"*³⁰⁶.

En esa medida, es menester señalar que los argumentos presentados por algunos investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que no existió ninguna infracción al pliego de condiciones no tienen ningún mérito de prosperidad. Tal y como se ha demostrado con suficiencia en acápites previos, las diferentes conductas desplegadas por los investigados en el marco del sistema anticompetitivo alteraron los principios de selección objetiva y transparencia.

Así mismo, para este Despacho no es de recibo el argumento según el cual la inexistencia de demandas contra el acto de adjudicación es muestra de que no existió violación al pliego de condiciones. Aceptar semejante excusa sería tanto como establecer sin mayor fundamento una causal de exculpación, pese a que se encuentra plenamente probada la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo ilegal en el marco de un sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica.

Tan irregular era el referido concepto que **ADRIANA MARÍA ESPINOSA PIÑEROS** (abogada de la firma de abogados **ARRIETA MANTILLA Y ASOCIADOS S.A.S.** que asesoró a **ODEBRECHT** para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009) al ser interrogada por el apoderado de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, señaló que no tenía conocimiento de que los oferentes del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol hubiesen tenido la intención de presentar *"conceptos de abogados"*.

"APODERADO DE JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: *Ubiquémonos en la audiencia de adjudicación, usted hizo referencia en una respuesta anterior, en la que hacía mención a esa audiencia... manifestó usted que en esa audiencia las partes podían incluso presentar documento y que era otra oportunidad o era el último espacio para replicar lo decidido. ¿Entendí bien?*

¿Usted tuvo conocimiento que en esa audiencia los proponentes del sector 2 que han sido calificadas, no hubieran sido habilitados o calificados como admisibles, tuvieran la intención o la idea de presentar conceptos de abogados, de terceros para sustentar sus argumentos?

ADRIANA MARÍA ESPINOSA DE PIÑEROS: *No, yo no tuve conocimiento de eso*³⁰⁷.

Adicionalmente, existen diferentes pruebas que permiten corroborar la manera *"subrepticia"* y el momento en que fue entregado el concepto jurídico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, lo que coincide específicamente con la exigencia realizada a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en cuanto a que debía ser entregado *"(...) el 15 [de diciembre de 2009] a más tardar, antes de adjudicar, precisamente previendo que después de adjudicado no me lo fuera a dar"*³⁰⁸.

³⁰⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

³⁰⁶ Folio 3329 del cuaderno público No. 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:\17-14777\DA_PROCESO_09-1-41316_124001001_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, p. 120.

³⁰⁷ Folio 14481 del cuaderno público No. 60 del Expediente. Declaración de **ADRIANA MARÍA ESPINOSA PIÑEROS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 24 de septiembre de 2019. Min. 20:38 a 21:37 (Parte 2).

³⁰⁸ Folio 14170 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P1". Archivo: 2019-09-19 12-46-30-077. Min. 28:38.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De esta manera, el 15 de diciembre de 2009, en menos de un día, **HUGO PALACIOS MEJÍA** realizó el concepto solicitado por **CORFICOLOMBIANA** y la persona que se encargó de recogerlo y llevarlo directamente a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, fue **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** (asesor de **CORFICOLOMBIANA** para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009), quien precisamente participó en las conversaciones sostenidas con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para determinar las preguntas que debían ser resueltas en el concepto jurídico. Al respecto, **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN**, expuso lo siguiente:

"DELEGATURA: Luego, el doctor **HUGO**, según lo que le entendí, le entregó a usted el concepto. ¿Qué pasó después?

PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN: Correcto. El concepto era para entregar al **INCO**. El concepto era para entregar al INCO, yo cojo el concepto y, debo decirle con certeza, ese detalle exacto no me acuerdo y si no estoy mal, salgo directo al MINISTERIO DE TRANSPORTE y entrego el concepto al VICEMINISTRO. Ese día había una audiencia, las audiencias, pues a todos los proponentes nos avisaban va a ser a tal hora y, luego, la corrían no sé por qué razón y entrego el documento.

DELEGATURA: ¿En dónde entrega usted el documento, en qué lugar físico?

PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN: Si mal no estoy, lo entrego en el MINISTERIO DE TRANSPORTE en el Despacho del que era el Director encargado del INCO.

(...)

DELEGATURA: Como usted menciona que no recuerda si se radicó o se dejó copia, por lo que le entendemos, usted se lo entregó a la mano al señor Viceministro del momento, ¿Es eso cierto?

PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN: Sí, sí. Como encargado del **INCO**³⁰⁹.

Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** corroboró que el concepto jurídico que solicitó le fue entregado directamente por **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** en "un sobre cerrado" y cuando precisamente "estaba solo" en su oficina en el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**. Al respecto precisó:

"DELEGATURA: ¿Quién le entregó a usted ese concepto?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: El concepto me lo entregó en mi oficina PEDRO VALENCIA, que era un abogado que había, que yo lo había visto asistir a las audiencias, a quien yo conocía, había asistido a las audiencias y entiendo que había sido asesor de CORFICOLOMBIANA, pero no puedo, no tengo la constatación de que era un asesor y que estuviera vinculado en ese momento.

DELEGATURA: Usted menciona que el concepto se lo entregó **PEDRO VALENCIA**, ¿Usted recuerda dónde le entregó él a usted ese concepto?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: En mi oficina del viceministerio, simplemente tocó, se presentó ahí, me entregó un sobre cerrado, ni siquiera conversamos sobre el tema.

DELEGATURA: En ese momento, usted dice que estaba en su oficina de su Viceministerio ¿Estaba acompañado por alguien más?

³⁰⁹ Folio 14586 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Testimonio de **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN**. Superintendencia de Industria y Comercio. 3 de octubre de 2019. Min. 1:55:10 a 1:59:10.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No, estaba solo. Al mismo tiempo se iba a llevar a cabo la continuación de la audiencia de adjudicación pero en las horas de la tarde, todavía no estaba la audiencia de adjudicación en sesión³¹⁰.

Adicionalmente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indicó precisamente que "no podía recibir extraoficialmente conceptos relacionados con el proceso de licitación en curso". Al respecto, señaló:

"Es importante resaltar que yo no podía recibir extraoficialmente conceptos relacionados con el proceso de licitación en curso, este evento que no fue reportado, ni el documento radicado oficialmente, hace parte del compromiso o la relación indebida que tuve con ODEBRECHT"³¹¹ (Subraya y destacado fuera de texto).

Como puede observarse, el documento no fue reportado ni menos aún "radicado oficialmente" en el INCO, lo que ratifica que las circunstancias que rodearon su entrega secreta obedecieron a que no iba a ser conocido ni controvertido por ningún competidor. En efecto, no se encuentra ninguna explicación razonable para que la entrega del concepto jurídico no se realizara en la continuación de la audiencia de adjudicación o que se radicara formalmente ante la entidad pública.

Así mismo, es posible evidenciar que se cumplió efectivamente con la exigencia realizada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** de que el concepto jurídico fuera entregado "antes de adjudicar" el contrato de concesión a la **CONCESIONARIA**. En esa medida, para este Despacho no existe duda que, en el marco del sistema anticompetitivo, existió una participación coordinada y plenamente concertada por parte de **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con el propósito de elaborar y entregar el particular concepto jurídico que fue exigido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien reconoció en su condición de delator que para tal efecto existió una especie de repartición de roles.

"DELEGATURA: En la Fiscalía, de lo que le han preguntado, si usted ve elementos de juicio para pensar si **CORFICOLOMBIANA** o alguien de **CORFICOLOMBIANA** hubiera estado enterado de esto. Entonces le quería formular las mismas preguntas, ¿Tiene elementos de juicio para llegar a alguna conclusión sobre esa participación de **CORFICOLOMBIANA**?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Es decir, para mí siempre estaba, en primer lugar, el testimonio de **BUENO**, y cuando me decía que a través de ellos estaban haciendo las preguntas, que **CORFICOLOMBIANA** se había encargado de formalmente solicitar los cambios o las observaciones, digamos, pues para no hablar de cambios, propiamente de las observaciones, o sea, como si ellos se hubieran repartido los roles en este tema. Eh, y para mí siempre era un hecho aunque yo no podía demostrarlo en ese momento, en ese momento era un hecho que CORFICOLOMBIANA estaba participando en las decisiones y en las actuaciones que ellos tenían. Y lo que fue determinante para confirmar de que **CORFICOLOMBIANA** estaba participando, fue el hecho de que los abogados que me ofrecen, como posibles suscriptores de un concepto que yo pedía, eran abogados de **CORFICOLOMBIANA**, que habían tenido trabajo o vínculos con **CORFICOLOMBIANA** y cuando me pusieron el listado me dijeron, 'estos son los abogados de **CORFICOLOMBIANA**, puedes escoger alguno, el que tú quieras', por las razones que expliqué en la Fiscalía escogí al doctor **HUGO PALACIOS** a quien no conozco personalmente, digamos, pero de quien sabía su trayectoria, en mi experiencia en temas de transporte, él fue quien redactó la ley primera de puertos, entonces, en ese momento, para mí fue una confirmación que CORFICOLOMBIANA sabía lo que estábamos, lo que estaba pasando porque esto fue un concepto que no, que se me entregó por debajo de la mesa y como pudo comprobar la Fiscalía porque yo le pedí que lo

³¹⁰ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601". Min. 1:11:02 a 1:13:40.

³¹¹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 22-02.pdf. Declaración **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 22 de febrero de 2017, p. 2.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

comprobara, esto fue un concepto pagado por CORFICOLOMBIANA, según declaró el mismo que suscribe el concepto. (...)"³¹².

Como puede observarse, la evidencia presentada permite corroborar que, a partir de esa repartición de roles, efectivamente **"CORFICOLOMBIANA estaba participando en las decisiones"**, lo que explica su intervención directa en la consecución, elaboración, entrega e incluso pago del concepto jurídico que, en el marco del sistema anticompetitivo, se **"entregó por debajo de la mesa"** a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con el propósito de asegurar la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**.

Con fundamento en las diferentes evidencias presentadas previamente, los argumentos expuestos por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que el concepto jurídico de **HUGO PALACIOS MEJÍA** no demuestra que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conociera del entramado corrupto de **ODEBRECHT** y que tampoco hay prueba de que ordenara que dicho concepto se le entregara a la mano a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, resultan absolutamente infundados y no tienen ningún mérito de prosperidad.

Finalmente, este Despacho encuentra pruebas documentales que permiten corroborar que el particular concepto jurídico entregado **"antes de adjudicar"** y en forma **"subrepticia"** a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, fue pagado en su totalidad por **CORFICOLOMBIANA**. En efecto, mediante **"Factura de Venta No. 5806"** del 15 de diciembre de 2009, el mismo día en que se realizó la adjudicación del Sector 2 de la Ruta del Sol³¹³, **HUGO PALACIOS MEJÍA** realizó el cobro de \$11.600.000 pesos a **CORFICOLOMBIANA** por honorarios profesionales.

legis
ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

³¹² Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:05:19.

³¹³ Mediante Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, el **INCO** adjudicó el Sector 2 de la Ruta del Sol a que hace alusión el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al único proponente habilitado, esto es, a la **"Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S"**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 14. Factura de Venta No. 5806 del 15 de diciembre de 2009

164

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

NTT. 860.049.641-3

Factura de Venta No. 5806

Bogotá, 15 de diciembre, 2009

CORFICOLOMBIANA S.A.

NTT. 890.300.653 - 6

Debe a:

ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

NTT. 860.049.641 - 3

Por concepto de honorarios profesionales en relación con el estudio jurídico sobre el marco de la licitación número SEA LP 001 2009 del INCO.

La suma de: \$ 10'000.000,00

IVA 16% \$ 1'600.000,00

TOTAL \$ 11'600.000,00 *

SOM: ONCE MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE.

Atentamente,

Hugo Palacios Mejía
HUGO PALACIOS MEJÍA
ESTUDIOS PALACIOS LLERAS S.A.

Fuente: Documento contenido en el Expediente³¹⁴. (Recuadros rojos no originales).

Adicionalmente, se cuenta con el comprobante de contabilidad No. 287 del 16 de diciembre de 2009, en donde puede corroborarse que, un día después de la adjudicación, efectivamente **CORFICOLOMBIANA** realizó el pago total del respectivo concepto jurídico por un valor de \$11.600.000 a **HUGO PALACIOS MEJÍA**.

³¹⁴ Folio 12229 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: Anexos a la respuesta de las pruebas solicitadas por la SIC. Carpeta: Anexo 4 ESTUDIOS PALACIO LLERAS. Carpeta 2009. Archivo. 2-15dic09.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 15. Comprobante de contabilidad de CORFICOLOMBIANA No. 287 del 16 de diciembre de 2009

CORPORACION FINANCIERA COLOMBIANA S. A.		COSQL2	SISTEMAS
CONTABILIDAD		CH.APECTAC	171209
Concentracion Definitiva por Decimo SIC		CF0291KXD	111508
FECHA DE CORTE:		PAGINA :	6001
Cuenta ----- Detalle ----- Debito ----- Credito ----- --- NIT --- Nombre o Concepto --- U.C.N			
Comprobante: 287 20091216			
Documento	112438 20091216		
20150140	IVA TRANSITO 14% OTROS GROS COMUNES IVA (14%)	1,400,000.00	.00
25450001	PROVEEDORES Contrapartida Arrendo a Cuenta	.00	9,631,000.00
25550314	EFFECTUADOS S/ MONOPARIOS MONOPARIOS DECLARATIS	.00	1,100,000.00
25550325	IVA RET 3 PAG.ROS COMUN SERVICIOS GRAVADOS ROS COMUN	.00	600,000.00
25550532	RETENCION ICA POR PAGAR ICA,STRVICIOS PROFESIONALES	.00	69,000.00
51104101	OTROS PAGO MONOPARIOS LICITACION BUS	10,000,000.00	.00
TOTALS DOCUMENTO FUENTE.....		11,600,000.00	11,600,000.00
TOTALS COMPROBANTE. . .		11,600,000.00	11,600,000.00

Fuente: Documento contenido en el Expediente³¹⁵. (Recuadros rojos no originales).

A partir de las pruebas presentadas, este Despacho encuentra plenamente corroborado que **CORFICOLOMBIANA** asumió directamente el pago del concepto jurídico entregado en forma subrepticia, y sin conocimiento de los demás competidores, a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien lo solicitó "antes de adjudicar" ante la preocupación generada precisamente por las amenazas con que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** pretendió encausar un aparente desvío a los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo, advertido durante el monitoreo realizado para asegurar su cumplimiento.

12.6.3.6. Pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo

A continuación, este Despacho presentará las diferentes evidencias que permiten determinar no solo el *modus operandi* ideado, acordado y ejecutado por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** con que "posteriormente dividirían los costos" de la retribución económica, sino además el monto que finalmente fue pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en contraprestación por los compromisos que adquirió y ejecutó en virtud del acuerdo anticompetitivo.

Sobre el particular, se cuenta con el contenido de la denuncia penal del 6 de enero de 2017 instaurada ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, contra **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. En la denuncia se indicó:

"19.- LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR transmitió a su superior directo en Brasil, LUIZ ANTONIO MAMERI, la solicitud que hizo el doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, procediendo a autorizar el pago del dinero solicitado por el entonces viceministro de transportes;

20.- LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR también contactó al doctor JOSÉ ELÍAS MELO, para informarlo acerca de dicho compromiso, quien también lo autorizó para actuar en la forma requerida por el doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES;

³¹⁵ Folio 12229 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: Anexos a la respuesta de las pruebas solicitadas por la SIC. Carpeta: Anexo 4 ESTUDIOS PALACIO LLERAS. Carpeta 2009. Archivo. 2-15dic09.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

21.- LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR acordó con el Presidente de CORFICOLOMBIANA/AVAL, doctor JOSÉ ELÍAS MELO, que posteriormente dividirían los costos a lo largo del proyecto, lo cual tendría lugar únicamente entre las compañías ODEBRECHT y EPISOL, sin la participación de CSS CONSTRUCTORES, quienes, como se dijo, no tenían conocimiento de este acuerdo.³¹⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, la evidencia presentada permite determinar que una vez LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR concretó el ofrecimiento de una retribución económica para GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, tal y como se demostró con suficiencia en acápites previos, con el propósito de llevar a cabo su pago se contó con el concierto y autorización de ODEBRECHT, a través de LUIZ ANTONIO MAMERI, y de CORFICOLOMBIANA, a través de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA. Precisamente, LUIZ ANTONIO MAMERI era el encargado de supervisar las actuaciones de ODEBRECHT en América Latina y Angola³¹⁷ y era el superior jerárquico de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR³¹⁸.

Con tal finalidad, ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA acordaron que para cubrir el pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo "posteriormente dividirían los costos a lo largo del proyecto, lo cual tendría lugar únicamente entre las compañías ODEBRECHT y EPISOL", este último vehículo de inversión de CORFICOLOMBIANA, y ambos integrantes de la CONCESIONARIA, aspecto que será ampliamente evidenciado en la segunda fase del sistema anticompetitivo en donde se desplegó toda una dinámica de desembolsos y encubrimiento de pagos ilícitos.

En consecuencia, ODEBRECHT inicialmente se encargaría de pagar la totalidad de la suma correspondiente a la retribución económica que se ofreció a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, tal y como se acordó con CORFICOLOMBIANA en la "oficina personal" de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA al día siguiente de concretar el acuerdo anticompetitivo. Lo anterior se encuentra corroborado en la declaración que rindió LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, quien indicó lo siguiente:

"FISCAL: Señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, formulo la pregunta: ¿Cómo fue la autorización que efectuó el señor JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, entonces presidente de CORFICOLOMBIANA sobre el compromiso de pagar a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES por la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2?

³¹⁶ Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

³¹⁷ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO MAMERI. Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103]. Min. 14:50. Al respecto, debe tenerse en cuenta que LUIZ ANTONIO MAMERI manifestó: "Como Vicepresidente para América Latina y Angola, yo supervisaba las operaciones de la CONSTRUCTORA en esta región, como indiqué previamente. Esto significaba un seguimiento de las actividades de la empresa en esa región y Colombia estaba incluida en mi trabajo. Más específicamente, hacía el seguimiento del presupuesto de mi área de trabajo, establecía metas con los directores de los países, obras a ser conquistadas. Era una supervisión que llamaría: bastante macro. Una vez que la empresa estaba departamentalizada y la gestión era bastante descentralizada".

³¹⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO MAMERI. Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103] Min. 16:10 y 17:00.

"FISCAL: Señor MAMERI, ¿Usted a quién supervisaba en Colombia entre el año 2009 y 2010?

LUIZ ANTONIO MAMERI: En ese entonces, el directivo máximo de la empresa en Colombia era LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. Era mi subordinado directo.

(...)

FISCAL: Señor MAMERI ¿A quién reportaba el señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR sobre su gestión en Colombia?

LUIZ ANTONIO MAMERI: Directamente a mí.

FISCAL: ¿Quién era el superior jerárquico del señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR?

LUIZ ANTONIO MAMERI: Era yo."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: En la mañana siguiente a ese acuerdo con GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, yo salí de mi casa y fui derecho para oficina de doctor JOSÉ ELÍAS. Doctor JOSÉ ELÍAS estaba en junta y yo me quedé aguardando en la sala de espera. En algún momento doctor GUSTAVO RAMÍREZ me hace compañía, y yo acabo de una manera suelta, comentando con doctor RAMÍREZ lo que había pasado en la noche anterior con doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. Doctor RAMÍREZ me habla que ese era un tema para doctor JOSÉ ELÍAS. Doctor JOSÉ ELÍAS, él sale de la junta, me atiende en su oficina personal, yo comento a él lo que estaba pasando y que había pasado en la noche anterior. El se pone de acuerdo con el pago de 6,5 millones de dólares, pero me dijo que tenía una dificultad, por un tema del compliance de GRUPO AVAL no podría concretar su participación, su pago para GABRIEL. Entonces yo dije a él que ODEBRECHT adelantaría la parte de él de CORFICOLOMBIANA, haría el cien por ciento de los pagos y nosotros haríamos el encuentricontras más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol. Fue una reunión bastante rápida y el final de la reunión doctor JOSÉ ELÍAS pide que yo trate ese tema exclusivamente con él, que yo no hable de eso con ALBERTO MARINO y que él iba a dar conocimiento al Dr. LUIS CARLOS SARMIENTO JUNIOR sobre el trato con GABRIEL³¹⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De lo anterior se desprenden dos razones por las que ODEBRECHT acordó con CORFICOLOMBIANA cubrir inicialmente la totalidad de la retribución económica que se realizaría a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. La primera razón obedeció a "un tema de compliance" del GRUPO AVAL al que pertenecía CORFICOLOMBIANA que impedía dejar evidencia de ese tipo de pagos. La segunda razón se encuentra en la continuidad que se tenía contemplada para el sistema anticompetitivo, que se perpetuaria con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, "más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol".

Nótese que ciertos asuntos eran tratados "exclusivamente" con JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, lo que permite corroborar que dada la sofisticación del funcionamiento del sistema anticompetitivo, ciertos aspectos eran únicamente conocidos y tratados al más alto nivel directivo de las compañías involucradas. Lo anterior es coincidente con la contextualización que realizó este Despacho respecto del esquema corrupto mediante el cual operaba ODEBRECHT a nivel mundial, en que existía una compartimentación de roles y tareas que permitía un limitado acceso a determinada información entre los distintos actores que hacían posible el funcionamiento del aparato ilegal, lo que disminuía el riesgo de su desestabilización y garantizaba en todo momento que los involucrados únicamente tuvieran que conocer o manejar la información necesaria para llevar a cabo cierta tarea, con lo que, a su vez, se difuminaba cualquier responsabilidad dentro del entramado ilegal.

Precisamente, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, como delator logró advertir que "(...) ellos [ODEBRECHT] tenían ese esfuerzo por compartimentalizar la información y aislar todos los que estaban en el entramado criminal"³²⁰.

En efecto, la división de los costos derivados del pago por el acuerdo anticompetitivo fue un aspecto corroborado por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, quien indicó que el cruce de cuentas por el pago que inicialmente cubrió en su totalidad ODEBRECHT se realizó "más adelante en la concesión de la carretera en CONSOL".

"FISCAL: Señor BUENO JUNIOR ¿Cómo se hizo el ajuste de cuentas del valor pagado a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES por la adjudicación del contrato Ruta del Sol 2 a ODEBRECHT CORFICOLOMBIANA, EPISOL Y CSS CONSTRUCTORES?

³¹⁹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

³²⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 33:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: El encuentro de cuentas se dio un poco más adelante en la concesión de la carretera en CONSOL³²¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Debe recordarse que **CONSOL** estaba integrado por las mismas empresas que conformaban la **CONCESIONARIA** y se constituyó en atención a la obligación prevista en el Capítulo V del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, la cual disponía que era necesario celebrar un Contrato de **EPC** (*Engineering Procurement and Construction*) para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento contratadas. En esa medida, la planificación que realizaron para la división de costos con la finalidad de cubrir el pago de la retribución económica del acuerdo anticompetitivo entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** fue un aspecto corroborado por **LUIZ ANTONIO MAMERI**, quien inicialmente autorizó su pago por parte de **ODEBRECHT**. Al respecto, señaló:

FISCAL: Señor **MAMERI** ¿Usted supo que el señor **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** había autorizado el pago al señor **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**?

LUIZ ANTONIO MAMERI: Supe después a través de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR.

FISCAL: ¿Usted supo sobre la división de ese pago por parte de los socios?

LUIZ ANTONIO MAMERI: Supe después de mi autorización, donde el señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR donde me informó que los costos serían divididos entre las empresas³²² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así mismo, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** manifestó en declaración jurada del 27 de abril de 2017, en relación con el mecanismo de pagos que efectuarían entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, lo siguiente:

"ODEBRECHT pagó la totalidad de los 6.5 millones de dólares a GABRIEL GARCÍA como ya dije, entonces como JOSÉ ELÍAS MELO tenía la dificultad de realizar los pagos por el tema de ética corporativa (compliance) y que por esto ODEBRECHT se encargaría de pagar 100% del pago y que posteriormente se dividiría los costos a lo largo del proyecto, exclusivamente entre ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA, ahí tienen actividad directamente en el contrato, yo tenía una persona allá que es MANUEL XIMENES él es brasilero, ya salió de ODEBRECHT, no sé dónde está y CORFICOLOMBIANA tenía su representante que era MAURICIO MILLÁN, entre ellos dos se hacía la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA, quiero aclarar que ODEBRECHT no asumió el 100% de los costos, por esa razón de los 6.5 millones de dólares."³²³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** idearon y planificaron que, entre **ODEBRECHT**, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se haría "la división de los costos, considerando el aporte que debía dar **CORFICOLOMBIANA** de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a **GABRIEL GARCÍA**". En efecto, **ODEBRECHT** designó a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien en ejecución de sus funciones estaría al tanto de la autorización de los pagos que correspondiera realizar, aspecto que también será evidenciado en la segunda fase del sistema anticompetitivo que

³²¹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:19:28.

³²² Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO MAMERI**. Juzgado 14 con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103]. Min. 1:33:47.

³²³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA IDSY CO\DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. pp. 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

se reprocha en este acto administrativo. Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** manifestó:

"PREGUNTADO: ¿Cómo se aseguró ODEBRECHT de que CORFICOLOMBIANA pagara el porcentaje que le correspondía de los 6.5 millones de dólares?

CONTESTO: Yo di orientación a MANUEL XIMENES para hacer la división de los costos y si eso no pasaba o hubiera tenido algún problema, ese tema volvería a mí de nuevo para yo solucionarlo con JOSÉ ELÍAS MELO, nunca ocurrió porque se cumplió como se había acordado³²⁴ (Subrayas fuera de texto original).

En consecuencia, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, empleado de **ODEBRECHT** quien fue designado como Director del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para el Proyecto Ruta del Sol 2, fue instruido para hacer la división de costos durante la ejecución del referido contrato, tarea que "se cumplió como se había acordado", tal y como lo reconoció **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y será evidenciado en acápites posteriores de este acto administrativo.

Lo expuesto hasta este punto es suficiente para rechazar por completo los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado en que señaló que no tuvo participación en el pago que **ODEBRECHT** le hizo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Como puede apreciarse, la forma acordada para realizar el pago del acuerdo anticompetitivo y, posteriormente, la división de sus costos, que obedeció precisamente a "un tema de compliance" del **GRUPO AVAL** al que pertenecía **CORFICOLOMBIANA**, es una muestra de su intervención y directa participación.

Sobre el particular, este Despacho debe precisar que el hecho de que **CORFICOLOMBIANA** tuviera un rol o participación diferente para concurrir al pago derivado del acuerdo anticompetitivo, a la luz del régimen de competencia económica no es una razón jurídicamente atendible para excluir su responsabilidad. De manera que la mayor o menor participación de una empresa en una conducta anticompetitiva es un aspecto a ser valorado al momento de la imposición de la sanción correspondiente, en virtud de los criterios previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, y no para exculpar su responsabilidad administrativa.

Al respecto, en el caso *Anic Partecipazioni Vs Comisión de la Comunidad Europea*, el Tribunal de Justicia Europea, precisamente ha señalado que:

"(...) el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado debe tomarse en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine la multa"³²⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Adicionalmente, la concertación entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** para cubrir el pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo resulta corroborada a través de la declaración que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** rindió ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al señalar que se contó con la "aprobación de pagos por parte de **CORFICOLOMBIANA** al doctor **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**". Al respecto señaló:

"FISCAL: Señor **BUENO JUNIOR** le repito la pregunta, ¿Cuáles fueron las razones en las cuales usted menciona que se involucra en la denuncia que relacionan en esta audiencia el nombre del señor **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**?

³²⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA IDSY CO\DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. pp. 7 y 8.

³²⁵ *Anic Partecipazioni Vs Comisión de la Comunidad Europea*. Caso C-49/92. Sentencia Tribunal de Justicia Europeo del 8 de julio de 1999.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: El conocimiento de doctor JOSÉ ELÍAS MELO de las reuniones con doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y **también de la aprobación de pagos por parte de CORFICOLOMBIANA al doctor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES.**³²⁶

(...)

FISCAL: Señor BUENO JUNIOR, ¿Quién más tuvo conocimiento sobre el trato que usted tuvo con GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, Viceministro de Transporte, Director encargado del INCO, para obtener la adjudicación del proyecto Ruta del Sol a favor de ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA, EPISOL, CSS CONSTRUCTORES a quien le pagaron 6,5 millones de dólares por tal adjudicación?

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Por parte de CORFICOLOMBIANA doctor José Elías Melo, por parte de ODEBRECHT, doctor LUIZ ANTONIO MAMERI y la persona que tendría que conceder la autorización, y después en el año entrante doctor LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, una persona de reconocida en el sector de operaciones estructuradas persona esta que hizo la operación de los pagos.

FISCAL: Señor BUENO JUNIOR, ¿Cómo se hizo efectivo, cómo se hizo efectivo el pago de 6,5 millones de dólares acordados entre usted y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, por la adjudicación que este último hiciere y como funcionario encargado del proyecto Ruta del Sol 2 como director encargado del INCO y de conocimiento del señor MELO ACOSTA como presidente CORFICOLOMBIANA? ¿Cómo se hizo efectivo ese pago?

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Después de la adjudicación del proyecto, yo obtuve la autorización de doctor JOSÉ ELÍAS MELO y de doctor LUIZ ANTONIO MAMERI. Vienen entonces las fiestas de final de año y enero de 2010 yo regreso a Colombia, GABRIEL me llama por teléfono y me invita a una reunión en la casa del sector norte de Bogotá, me hace el cobro de los pagos y yo pido a él que me indique la empresa y pido también a LUIZ EDUARDO SOARES, funcionario de ODEBRECHT, y hoy conocido director de operaciones estructuradas que viaje a Colombia para, mi, apoyar operacionalización. LUIZ EDUARDO SOARES viaja a Colombia, él y yo vamos al encuentro de una persona indicada por GABRIEL y a partir de marzo a septiembre de 2010 yo hago la programación de los pagos sobre el nombre clave de costeño y doctor LUIZ EDUARDO SOARES por mi solicitud acabó por hacer la programación de los pagos³²⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

La anterior declaración permite determinar que la operación para el pago de la retribución económica, a que se comprometió ODEBRECHT con CORFICOLOMBIANA para efectuar inicialmente su pago total a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, se realizó "después de la adjudicación", una vez este cumplió con los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo, y fue coordinada en el mes de enero de 2010 por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR.

Con tal propósito, en una reunión LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR le requirió a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES que le indicara la empresa a través de la cual se realizaría el pago y, con la finalidad de colocar en ejecución la operación, solicitó a LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, "director de operaciones estructuradas" que viajara a Colombia con la específica directriz de apoyarlo en esa tarea. Este aspecto está corroborado en la declaración de LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

"FISCALÍA: ¿Cuál fue la participación en los hechos, y cuál fue la responsabilidad en los hechos que usted menciona señor DA ROCHA?

³²⁶ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 2:56:52.

³²⁷ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:01:41.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES: *¿De quién? Perdón, no comprender la pregunta*

FISCALÍA: *¿Cuál fue la participación y/o responsabilidad suya en los hechos de la denuncia?*

LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES: *Gracias, la mía fue de providenciar el pago, tramitar el pago de seis millones y medio de dólares por la adjudicación.*

FISCALÍA: *¿Cómo se realizó ese trámite de pago que usted refiere?*

LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES: *El señor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR me ha solicitado un apoyo para hacer el pago de seis millones y medio de dólares a una persona en Colombia por la adjudicación de ese proyecto y nosotros... y me llamó para que yo fuera a Colombia para ayudarlo en el trámite*³²⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Nótese que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** era precisamente el director de la "División de Operaciones Estructuradas", departamento de soborno independiente creado dentro de **ODEBRECHT**, que reportaba sus actividades ilícitas a los más altos niveles directivos de esa empresa para obtener autorización para el pago de sobornos, tal y como se advirtió en la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial.

En ese orden de ideas, las evidencias analizadas también permiten apreciar que en una reunión posterior **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** se encontraron con la persona que les fue indicada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y, según lo acordado previamente, procedieron a realizar la programación de pagos a partir de marzo hasta septiembre de 2010 con el "nombre clave de costeño". Este *modus operandi* empleado para realizar la operación del pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo concuerda y resulta plenamente corroborado con la declaración que en el marco del **PBC** rindió **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien en su condición de delator confesó:

"DELEGATURA: *En su declaración en la Fiscalía, usted comentaba que para efectos del pago que le iba a hacer **ODEBRECHT**, usted tenía que conseguir una persona que tuviera experiencia en el movimiento de dinero en el exterior.*

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: *Que tuviera récord de negocios en el exterior.*

DELEGATURA: *Y, pues usted pensó en **GHISAYS**.*

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: *Sí.*

DELEGATURA: *¿Usted ya era amigo de **GHYSAYS**? ¿Ya lo conocía?*

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: *Sí, claro. De la infancia.*

DELEGATURA: *¿Amigo de infancia?*

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: *Éramos amigos de infancia, sí. Y sabía que... de la empresa de su padre tenían cuentas en el exterior y negocios en el exterior. Ese era el requerimiento que me hizo **LUIZ BUENO**.* (...) ³²⁹

A partir de lo expuesto, es posible determinar que la persona con quien se reunieron **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** con la finalidad de realizar la

³²⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**. Juzgado 14 Penal con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103] Min. 2:31:26.

³²⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:14:02.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

programación de los pagos fue **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**. Precisamente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** eran "amigos de infancia" y, además, este cumplía el requerimiento realizado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** de "que tuviera récord de negocios en el exterior", debido a que "la empresa de su padre tenía cuentas en el exterior y negocios en el exterior".

De esa manera, este Despacho encuentra probado que los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo, se realizaron a través de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y fueron "girados por la oficina de estructuraciones de **ODEBRECHT**"³³⁰, a la que pertenecía **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**.

En este punto es importante señalar que el *modus operandi* que se acaba de evidenciar en que se hizo uso de "nombres secretos" es otro aspecto que coincide perfectamente con el rasgo identificado por este Despacho en la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial, como también el uso de transacciones fuera de los libros de contabilidad y cuentas bancarias en el exterior. Sobre el particular, en la denuncia del 6 de enero de 2017 presentada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, se indicó:

"27.- Dichos pagos fueron programados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y fueron operacionalizados por **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, ex empleado de **ODEBRECHT** en Brasil, en el período comprendido entre marzo y septiembre de 2010, para lo cual tuvo lugar la utilización de recursos económicos no contabilizados vía offshore, los cuales tuvieron como beneficiario a la empresa **LURION TRADING INC.**, la cual fue indicada por el doctor **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como beneficiaria de los recursos;

(...)

29.- El contacto para la operacionalización de los pagos fue efectuado directamente por **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** con los representantes de la empresa **LURION TRADING INC.**, quedando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** responsable apenas por agendar y/o programar los pagos, lo que ocurría por envío de correos electrónicos corporativos a **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**"³³¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, a través la empresa **LURION TRADING INC** se realizaron los pagos que fueron programados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** empleando "recursos económicos no contabilizados vía offshore". Este aspecto resulta relevante debido a que evidencia la inequívoca intención por asegurar que su operación se mantuviera en absoluta clandestinidad y, además, no dejar ningún rastro que los pudiera comprometer.

En el contexto descrito, también es posible apreciar que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** para llevar a cabo su ilícita tarea empleaba el seudónimo o alias "Tushio" ante **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**. En efecto, este aspecto queda en evidencia a través del testimonio de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, reseñado en el laudo proferido por el "Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI".

"DRA. CONTRERAS: Usted nos acaba de manifestar que va a allegar una serie de información en extractos bancarios y también nos ha hecho referencia a que usted se comunicó con una persona que se identificaba como Tushio. Sabe usted cuál es el nombre real de esa persona que se hacía llamar Tushio?"

³³⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

³³¹ Folios 153 y 154 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

SR. GHISAYS: Antes le comento que todos esos documentos están en la Procuraduría, el nombre de Tushio es Luiz Eduardo de Rocha Soares, pero yo siempre lo conocí como Tushio...

(...)"³³² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Precisamente, esta Superintendencia en diferentes oportunidades³³³ ha logrado identificar que los perpetradores de este tipo de conductas para "ocultar su actividad cartelista, hacen reuniones fuera del país donde se ejecuta el acuerdo, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepagos), así como "alias", entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley"³³⁴.

De otra parte, el referido laudo al reseñar los hechos que fueron tenidos en cuenta en la sentencia en que se condenó penalmente a **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, por las conductas punibles de enriquecimiento ilícito de particulares y lavado de activos, dejó en evidencia que una vez constituida la empresa **LURION TRADING INC** se abrió una cuenta en la "Banca privada D'Andora BPA", en donde **ODEBRECHT** realizó seis (6) consignaciones durante el año 2010 por valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

leqis
ESPACIO EN BLANCO

³³² Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: [<http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...)"

³³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016. En este caso para identificar a las diferentes empresas participantes del cartel empresarial utilizaron como apodos o seudónimos: "PITUFOS" para PAPELES NACIONALES, "FEOS" para FAMILIA, "KIOSKOS" para KIMBERLY y "ROSAS" para C. Y P. DEL R.

³³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 del 6 de julio de 2020. En este caso para llevar una supuesta contabilidad de la cantidad de boletería que les era desviada, y posteriormente revendida a precios superiores, emplearon como alias e iniciales: "GRILLO" y "LB".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 16. Transacciones en la "Banca privada D'Andora BPA".

"Constituida entonces la empresa LEIRON TRADING INC se abre la cuenta número **AD64 0006 0008 2112 0042 1638** en la Banca privada de D'Andora BPA, cuenta a la que según lo relata el mismo ENRIQUE GHISAYS MANZUR ingresan 6 consignaciones durante el año 2010 por valor de 6,5 millones de dólares de ODEBRECHT.

"Me voy a permitir dar las fecha, el concepto y el monto de cada una de esas 6 transacciones como se relacionan a continuación:

TABLA No. 1

FECHA	CONCEPTO	MONTO USD
2/03/2010	PRIMER ABONO	2.000.000
8/03/2010	SEGUNDO ABONO	500.000
27/04/2010	TERCER ABONO	2.500.000
7/07/2010	CUARTO ABONO	685.750
16/07/2010	QUINTO ABONO	384.250
3/09/2010	SEXTO ABONO	130.000
	TOTAL	6.500.000

"Quedando así saldado el acuerdo del pago de la comúnmente denominada coima al Ex viceministro de transporte y entonces Director INCO a través del señor ENRIQUE GHISAYS MANZUR.

"Esta cuenta presenta unos egresos que se hacen importantes en la medida en que como se concreta más adelante, hubo un desvanecimiento de dineros:

TABLA No. 2

FECHA	CONCEPTO	MONTO USD
11/06/2010	PRIMER RETIRO	4.000.000
20/08/2010	SEGUNDO RETIRO	1.500.000
28/01/2011	TERCER RETIRO	850.000
22/12/2011	CUARTO RETIRO	130.000
	TOTAL	6.480.000

"Lo que indicaría que estarían faltando 20 mil dólares lo que según las explicaciones que han dado los hermanos esto sería como abono que se deja en las cuenta el mantenimiento de la cuenta, para la administración de la cuenta.

Fuente: Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019³³⁵. (Recuadro rojo no original).

De esta forma, se encuentra corroborado que el monto finalmente pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** correspondió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000). En ese sentido, la evidencia presentada coincide temporalmente con la programación progresiva de pagos que "a partir de marzo a septiembre de 2010" realizó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. En efecto, el primer abono se realizó el 2 de marzo de 2010 y, el último pago, el 3 de septiembre de 2010.

En este punto es relevante señalar lo extremadamente lucrativo y atractivo que resulta este tipo de conductas para los cartelistas debido a que por el pago de un acuerdo anticompetitivo por valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) —aprox. \$13.000.000.000³³⁶— obtuvieron la adjudicación de un contrato por un valor de \$2.094.286.000.000³³⁷. Es decir, el pago del acuerdo anticompetitivo representó para los cartelistas una inversión ilegal de aproximadamente un **0,62%** a cambio de garantizar la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**.

Así mismo, es posible determinar que efectivamente se materializó el compromiso acordado entre **CORFICOLOMBIANA** y **ODEBRECHT**, consistente en que está última empresa se encargaría

³³⁵ Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: <http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itau Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...)**".

³³⁶ El precio promedio del dólar en pesos colombianos durante el periodo en que fue pagado el acuerdo anticompetitivo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, esto es, durante marzo a septiembre de 2010 correspondió a \$2.000.

³³⁷ Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

inicialmente de cubrir la totalidad de la suma correspondiente a la contraprestación económica por los compromisos que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** adquirió y ejecutó en virtud del acuerdo anticompetitivo, debido a los impedimentos de **CORFICOLOMBIANA** por temas de ética corporativa — *compliance* — del grupo al que pertenecía.

En este punto es evidente que el *modus operandi* de **ODEBRECHT** en la primera fase del sistema anticompetitivo se desplegó a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, creada para que existiera y funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes comportamientos ilegales inequívocamente dirigidos a la consecución de un propósito específico, en este caso, limitar la libre competencia económica.

No de otra forma se entiende que una vez **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, acordó con **CORFICOLOMBIANA**, que inicialmente asumiría la totalidad de la suma correspondiente a la contraprestación por los compromisos que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** adquirió y ejecutó en virtud del acuerdo anticompetitivo, se desplegaron toda una serie de diversos roles y tareas, a través de **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, bien para autorizar, aprobar o planificar los pagos o con la finalidad de materializarlos.

En esa medida, todos los partícipes del acuerdo ilegal contribuyeron en el cabal funcionamiento del sistema anticompetitivo, aunque concurrieran en distintos momentos, con diferentes roles y a partir de contribuciones específicas, su participación terminó confluyendo en un consenso de voluntades para la consecución de su propósito específico, que para este caso se traduce en la ideación, puesta en marcha y ejecución de todo un sistema anticompetitivo que desconoció flagrantemente, y como ningún otro, la libre competencia económica.

12.6.3.7. Otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo

A partir del análisis en conjunto de diferentes evidencias que reposan en el Expediente, y los hallazgos de los acápites anteriores, este Despacho encuentra probado que en forma previa o concomitante a la concreción del acuerdo anticompetitivo se desplegaron varias estrategias con la finalidad de asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

- Estrategia mediática para difuminar información con el propósito de desacreditar competidores

Este Despacho identificó que al tiempo de cuando se daban las reuniones de acercamiento para el ofrecimiento de la retribución económica, y para la época en que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue nombrado como Director Encargado del INCO, en el marco del sistema anticompetitivo, se desplegó toda una estrategia de "*seguimiento o acoso*" de terceros para favorecer a **ODEBRECHT**. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** señaló:

"Cuando me encargan comienza lo que yo he llamado seguimiento o acoso, una vez me encargan comienzan a llegar anónimos a la Entidad, diciendo que yo iba a adjudicar el proyecto al grupo NULE, al mismo tiempo había un despliegue publicitario en medios promocionando a ODEBRECHT. En esos días recibí varias visitas de funcionarios de ODEBRECHT, generalmente promovidas por el señor EDUARDO ZAMBRANO, quien asistía o solicitaba estas reuniones con el señor YEZID AROCHA. El señor EDUARDO ZAMBRANO quien hace parte de una firma de ingeniería muy reconocida tenía muchas relaciones profesionales en las entidades del sector, de manera que él asistía con mucha frecuencia a reuniones con las mismas"³³⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

³³⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017, pp. 4 y 5.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como puede observarse, otra estrategia que utilizó **ODEBRECHT**, con el propósito de asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo, contemplaba un despliegue publicitario promocionando a dicha empresa para lo cual, según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** sirvió de puente para reunirse en privado con empleados de **ODEBRECHT**, entre ellos, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, antes de la entrega de las propuestas y a dos (2) meses de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Sobre este aspecto, en el Expediente reposan pruebas documentales de la vinculación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con **ODEBRECHT**, relacionadas con contratos que durante el año 2007 y 2011 celebró **ODEBRECHT** con **CONSULTORES UNIDOS COLOMBIA – PANAMÁ S.A.** y **CONSULTORES UNIDOS S.A.** (en adelante "**CONSULTORES UNIDOS**"), empresas estas cuyo representante legal era **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**³³⁹. La asesoría que esas empresas prestarían estuvo relacionada con la participación de **ODEBRECHT** en tres proyectos de infraestructura: el Proyecto Ruta del Sol; la Carretera al Mar; y el Ferrocarril de Carare³⁴⁰.

Particularmente, se encuentra prueba documental relacionada con un "**CONTRATO DE ASESORIA**" del 10 de junio de 2011 suscrito entre **ODEBRECHT**, representada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCON** con **CONSULTORES UNIDOS**, representada por **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**. Dicho contrato estaba relacionado con una "*estructuración financiera y técnica del proyecto de adición del alcance del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010*"³⁴¹.

Paradójicamente, en el referido contrato suscrito por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, principal artífice del sistema anticompetitivo, se señaló que era obligación del asesor "*observar los más altos niveles éticos*" y, específicamente, no incurrir en "*prácticas corruptivas*", entre ellas, "[s]oborno. Consiste en ofrecer, dar, recibir o solicitar indebidamente cualquier cosa de valor capaz de influir en las decisiones que deban tomar funcionarios públicos" y "[c]olusión. Consistente en las acciones entre oferentes destinadas a que se obtengan en el Proyecto, precios a niveles artificiales, no competitivos, capaces de privar a **ODEBRECHT** de los beneficios de una competencia libre y abierta"³⁴².

La vinculación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con **ODEBRECHT** resulta corroborada con la declaración que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** rindió ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. En esa oportunidad, señaló que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le ratificó que con **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** existía una relación desde hacía mucho

³³⁹ Folios 4779 a 4781 cuaderno público 23 del Expediente. Certificado de existencia y representación legal de **GESTIÓN Y DISEÑOS ELECTRICOS S.A.** antes **CONSULTORES UNIDOS** Nit. 860.031.282-3. Acto de nombramiento de remoción de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** como subgerente de la compañía y designación de su reemplazo.

³⁴⁰ Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/Documents:C:\Users\caro\Documents\backupcarolina25.pst\Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RV: Contratos Zambrano/Ctto Consultores Unidos.doc. Object Id. 2893940.

Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/Documents:C:\Users\caro\Documents\backupcarolina25.pst\Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RV: Contratos Zambrano/Ctto Consultores Unidos Col-Pan.doc. Object Id. 2893939.

Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/Documents:C:\Users\caro\Documents\backupcarolina25.pst\Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RV: Contratos Zambrano. Object Id. 2893938.

³⁴¹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY Y CO", Archivo: "CONTRATO ODEBRECHT Y CONSULTORES".

³⁴² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY Y CO", Archivo: "CONTRATO ODEBRECHT Y CONSULTORES".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

tiempo y que con él manejaban temas de "lobby" que involucraban pagos en Colombia y en el exterior. Al respecto indicó que:

"(...) me ratificó que con EDUARDO ZAMBRANO tenían una relación desde hacía mucho tiempo, desde las épocas pasadas cuando ODEBRECHT estuvo en Colombia y que él le manejaba unos temas de ingeniería con su empresa CONSTRUCTORES UNIDOS, pero que también, manejaba algunos temas de lobby con él que involucraban pagos en Colombia y en el exterior"³⁴³ (Subraya y negrilla fuera del texto).

A partir de lo anterior, la relación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con **ODEBRECHT**, es relevante en el análisis de las particularidades del sistema anticompetitivo reprochado en esta oportunidad por dos razones. La primera es que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** imputó cargos por las conductas punibles de enriquecimiento ilícito, cohecho, lavado de activos, tráfico de influencias y concierto para delinquir a **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** por los servicios que prestó a la empresa **ODEBRECHT** debido a que habría desarrollado actividades de "lobby" para influenciar a funcionarios públicos clave dentro de las entidades públicas encargadas de adelantar o liderar proyectos de infraestructura, así como que habría empleado a sus empresas como instrumento para realizar pagos de sobornos³⁴⁴.

La segunda razón es que, tal y como se evidenciará en acápites posteriores, dentro de la información contable de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**, que fue obtenida de los registros conservados por la revisora fiscal y auditora, se encuentran una serie de documentos que evidencian que en 2015 se realizaron varios pagos a **CONSULTORES UNIDOS**, empresa que se encontraba bajo la administración de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** y, en 2016, al **CONSORCIO BRACOL**, conformado y liderado por **CONSULTORES UNIDOS**.

Por otra parte, la estrategia de **ODEBRECHT** contempló todo un despliegue orientado a desacreditar a los demás competidores a través de "anónimos", en particular al denominado "grupo NULE", que participó en la **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS** en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Tal y como lo delató **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al señalar que se desplegó una "estrategia mediática"³⁴⁵ a través de la cual diseminaban información con el propósito de "desacreditar competidores"³⁴⁶.

Así mismo, esa estrategia también estuvo dirigida en contra de **OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (OHL)**, que tenía un 70% de participación en **VÍAS DEL SOL**, otro de los competidores directos de **ODEBRECHT** en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, que por "una interpretación un poco ambigua de una definición"³⁴⁷ su propuesta no fue admisible. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** refirió:

"El segundo punto de acoso fue una campaña en los medios sobre el tema de los NULE y el rumor de que se iban a ganar Ruta del Sol, también los comentarios sobre OHL en los medios acerca de algunas licitaciones fallidas en las cuales ellos habían participado."³⁴⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

³⁴³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017. pp. 4 y 5.

³⁴⁴ Folio 4544 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

³⁴⁵ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

³⁴⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

³⁴⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 2:21:14.

³⁴⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017. pp. 7 y 8.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Incluso ese "seguimiento o acoso" generó tal grado de molestia que provocó un fuerte reclamo a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR por la presión que se estaba realizando. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** declaró ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que: "(...) yo molesto le dije que yo sabía que él había impulsado toda esa campaña de acoso de medios, funcionarios y demás, y me dijo que lo entendiera, que había mucho en riesgo, pero que iba a hacer todo para bajarle la presión (...)"³⁴⁹.

A partir de las pruebas expuestas queda en evidencia que **ODEBRECHT** desplegó toda una estrategia mediática, en el marco del sistema anticompetitivo, para difuminar información con el propósito de desacreditar al denominado "grupo NULE" y "OHL", quienes eran sus competidores directos en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a través de la **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS y VÍAS DEL SOL**, respectivamente.

- Estrategia para limitar la participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol

En primer lugar, es relevante anotar que debido a la longitud total del Proyecto Ruta del Sol y la situación financiera que para entonces existía a nivel mundial, la **IFC**³⁵⁰ señaló que se podrían presentar dificultades en la consecución de los recursos necesarios para financiar el proyecto. Por esa razón, sugirió dividir el proyecto en tres sectores³⁵¹, medida que a la postre se terminó por adoptar.

En ese contexto, este Despacho identificó que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, una vez suscribieron —10 de julio de 2009— el **MOU** donde manifestaron que estaban "(...) interesadas en presentar propuesta para uno o más sectores dentro del proceso de Licitación (...)"³⁵² del Proyecto Ruta del Sol, desplegaron toda una estrategia con el inequívoco propósito de limitar la participación de potenciales competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y así asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Al respecto, el 22 de julio de 2009, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) remitió a su jefe **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, y a su colega **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** (Vicepresidente de Banca de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) un correo electrónico que identificó con el asunto "Re: avance ruta de sol". En ese correo resumió los aspectos relevantes de una reunión que sostuvo con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** con el propósito advertido previamente. El correo electrónico se muestra a continuación:

"Alejandro y yo nos reunimos dos horas con Luis Bueno para discutir el tema de Odinsa. En resumen su posición es la siguiente:

- Bueno está convencido que Odinsa puede ir solo en el tramo 3 y en ese escenario sería casi seguro ganador porque tiene ventajas que, Odebrecht cree, no podría igualar.

- (...) **para Bueno es muy importante llegar a un acuerdo con Odinsa que permita reducir la competencia y mejorar nuestra rentabilidad en el tramo 2.** Este acuerdo se basaría en aprovechar las ventajas de cada grupo, las de Odinsa en el tramo 3 y las nuestras en el tramo 2.

³⁴⁹ Folio 3446 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** interrogatorio Rad 11001600002017000077. 3 febrero de 2017. Min. 30:40.

³⁵⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf. p. 2.

³⁵¹ Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. (Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>). E:\17-14777\PPC_PROCESO_09-1-41316_124001001_959284.pdf. p. 2.

³⁵² Folios 8059 a 8067 del cuaderno reservado general No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- (...) otra ventaja de hacer una alianza con Odinsa es que formaríamos un grupo que concentra a todos los actores importantes para el Gobierno de forma que eliminaríamos la resistencia a nuestros comentarios y sugerencias de cambios a términos de la licitación. Esto es presión para mejorar la asignación de riesgos del contrato en los requisitos de entrada al negocio.

- Por todo lo anterior la propuesta/recomendación de Odebrecht es que hagamos una alianza con Odinsa y luego vinculemos a los demás interesados importantes (OHL, Impregilo principalmente) para asegurar el mejor negocio posible (...).

- (...) Con este acuerdo se lograría tener un gran proponente que no compita en precios, sino que agregue a todo el mercado relevante y obtenga un buen negocio con la "defendibilidad" política que el Gobierno también requiere (...)

Después de la conversación Bueno concluyó lo siguiente:

Nos pide que transmitamos su argumento haciendo énfasis en que Odebrecht prefiere un negocio más definido (solo el tramo 2) pero de mayor rentabilidad y menor riesgo, lo que lograríamos asociándonos con Odinsa, cambiando pliegos, vinculando otros interesados grandes y concentrándonos en este tramo, con una oferta bastante holgada vs Enfrentarnos a Odinsa y los demás en una "guerra de precios", sin cambiar el pliego y corriendo el riesgo de quedar por fuera del negocio o tener que hacer una oferta muy baja³⁵³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A manera de respuesta, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, manifestó, mediante correo electrónico dirigido al remitente inicial, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**), lo siguiente:

"Gracias por el correo. Me queda todo muy claro. (...) Me parece una alternativa, luego de revisar algunos números es hacer un acuerdo de no competencia con Odinsa y ellos queden en el tramo 3 y nosotros en el 2"³⁵⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, desde julio de 2009, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** procuraron constituir acuerdos con sus competidores más relevantes para repartirse esos sectores con la intención de "reducir la competencia". No puede olvidarse que una vez el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y el **INCO**, anunciaron a través de medios de comunicación escrita de amplia circulación³⁵⁵ la apertura de un proceso de licitación pública para el desarrollo del Proyecto Ruta del Sol, **ODINSA S.A.** fue una de las empresas interesadas en participar.

Como se refirió en el texto de los correos citados, la idea era que —por vía de un "gran proponente" o de la repartición de sectores— las referidas empresas quedaran habilitadas, tanto para determinar las condiciones del proceso de selección en su beneficio, sin oposición de ningún competidor real, como para obtener el contrato correspondiente sin tener que competir por precio. Nótese que con ello buscaban eliminar cualquier resistencia a sus "comentarios y sugerencias de cambios a términos de la licitación" y, a su vez, ejercer presión para mejorar la asignación de riesgos del contrato en los requisitos de entrada al negocio.

Así mismo, es posible evidenciar que esta estrategia estuvo motivada por el temor que les representaba el hecho de que si no cambiaban el pliego a su conveniencia correrían "el riesgo de quedar por fuera del negocio o tener que hacer una oferta muy baja". Particularmente, **JOSÉ ELÍAS**

³⁵³ Folios 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. 13R_EPISOL_BK_JOSE_ELIAS_MELO2.ad1/J:\Backup Jose Elias Copia 2 [NTFS]\[root]\disco local c:\Documents\Archivos de Outlook\jemelo.pst\Archivo de datos de Outlook\Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Elementos enviados/RE: Avance Ruta del Sol. Object Id. 34965. RDS Ep.

³⁵⁴ Ibidem.

³⁵⁵ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MELO ACOSTA, quien fue Presidente de **CORFICOLOMBIANA** en esa época, al ser cuestionado sobre la finalidad de ese tipo de estrategias, sostuvo:

"DELEGATURA: ¿Y para qué?

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: Para tener mejor capacidad de que hubiera menos competencia³⁵⁶.

De esta forma, la prueba documental presentada, analizada en conjunto con los hallazgos encontrados en acápites anteriores, permite corroborar que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** efectivamente emplearon estrategias encaminadas a favorecer sus intereses "*cambiando pliegos*", es decir, buscando que el **INCO** y su asesor —**IFC**— modificaran las condiciones en su beneficio particular. Recuérdese que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del **PBC**, relató que la estrategia de **ODEBRECHT** era "*sofisticada*" y que iba "*(...) desde los inicios de la concepción de los proyectos, de la estructuración de los proyectos (...)*"³⁵⁷.

Lo anterior resulta completamente coherente con el propósito del acuerdo anticompetitivo de que se "*(...) garantizara que se cumpliera el pliego tal y como había sido definido en las etapas previas*"³⁵⁸, no como una supuesta garantía de transparencia y objetividad en el proceso contractual, sino porque previamente habían sido establecidos a su beneficio, y no les era conveniente ningún tipo de flexibilización en su interpretación, tal y como ocurrió con la aplicación restrictiva del pliego de condiciones para excluir la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de pasajeros, que pretendía acreditar **VÍAS DEL SOL**, quien era competidor de la **CONCESIONARIA**. Precisamente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** confesó, en el marco del **PBC**, que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le puntualizó: "*(...) yo te voy a pagar es para que no te me desvíes de mis planes (...)*"³⁵⁹.

En el contexto analizado, este Despacho denota la intención de impedir y alterar la dinámica de competencia, que como se advirtió previamente tenía el inequívoco propósito de asegurar el funcionamiento de todo un sistema anticompetitivo. En efecto, se encuentran evidencias que permiten determinar que existió una estrategia, antes que las empresas interesadas presentaran sus propuestas en los diferentes sectores en que se dividió el Proyecto Ruta del Sol, y particularmente con "*la gente de CONALVÍAS e IMPREGILO*".

Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del **PBC**, en su condición de delator, confesó que:

"DELEGATURA: ¿Usted podría describir, toca hacer un ejercicio de memoria, lo más detallado posible esa reunión? O sea, ahí estuvo usted previamente...

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí, claro.

DELEGATURA: Y, usted llegó con **LUIZ BUENO** y, ¿Ya estaban **IMPREGILO** y **CONALVÍAS**?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Llegó primero **LUIZ BUENO** y después llegó, si mal no estoy, la gente de CONALVÍAS e IMPREGILO.

³⁵⁶ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Superintendencia de Industria y Comercio. 18 de julio de 2017. Min. 44:10.

³⁵⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

³⁵⁸ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601". Min. 46:29.

³⁵⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 37:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Esa reunión la hice por solicitud de LUIZ BUENO, él me pidió que convocara a esa reunión y en esa reunión, básicamente lo que hizo LUIZ BUENO fue la propuesta que ellos se presentaran en el tres [Sector 3 del Proyecto Ruta del Sol] y que era prácticamente un acuerdo para que no se presentaran ambos en el mismo grupo. La actitud de los representantes de CONALVIAS e IMPREGILO fue muy, un poquito, yo no diría aversiva, pero sí beligerante, en donde decían que por qué ellos iban a presentarse en el tres si en el tres no había, pues a ellos no les cerraba el tres y aunque nunca manifestaron de fondo que querían presentarse en el dos [Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol], nunca dijeron que no querían presentarse en el dos, esa es la realidad y creo, si mal no recuerdo, esa reunión se terminó en, digamos, no terminó en buenos términos.

(...)

Mi percepción sobre el tema es que estos grupos también estaban como cañando frente a ODEBRECHT, de que ellos sí se iban a presentar en el dos, y, a su vez, ODEBRECHT estaba cañando que se iba a presentar en el tres, pero yo sabía por voz de LUIZ BUENO que no se iban a presentar en el tres. Era como una estrategia, como una discusión, una estrategia, en donde ambos tenían cartas guardadas. La sensación que queda es que ni CONALVIAS, ni IMPREGILO tenían la seguridad de que ODEBRECHT no se presentaría en el tres y ODEBRECHT tendría la seguridad de que ellos no se presentarían en el dos.

(...)

DELEGATURA: Y, el hecho que usted hubiera estado ahí con LUIZ BUENO, digamos que era un competidor, ¿Cómo fue tomado por JARAMILLO de CONALVIAS y la otra persona de IMPREGILO?

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: No, en el momento de la convocatoria fue tomado de... no fue tomado de mala manera. Fue tomado, yo creo... que fue tomada de mala manera la actitud de BUENO, pero finalmente si revisamos lo que ocurrió... ocurrió lo que ellos pretendían, que era que uno quedara con el dos y el otro quedara con el tres. En procesos diferentes, porque al final el resultado fue el que ellos estaban buscando.³⁶⁰

De la evidencia presentada es posible determinar que la reunión fue convocada por GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y no obedeció a ninguna iniciativa en su condición de Viceministro de Transporte ni tampoco como Director Encargado del INCO, sino exclusivamente a la "solicitud" que le realizó LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, como una tarea adicional que le fue encargada en virtud del acuerdo anticompetitivo, y previamente había sido presupuestada con JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA en el correo electrónico del 22 de julio de 2009.

Del mismo modo, se puede apreciar que a la referida reunión asistieron CONALVIAS e IMPREGILO, que para ese momento eran potenciales competidores de ODEBRECHT. Nótese que la referida reunión tenía como propósito nuevamente llegar a un "acuerdo para que no se presentaran ambos en el mismo grupo", es decir, repartirse los diferentes sectores del Proyecto Ruta del Sol para que "hubiera menos competencia", como lo señaló JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, quien era Presidente de CORFICOLOMBIANA en esa época. En otras palabras, ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA buscaban eliminar cualquier incertidumbre de que CONALVIAS o IMPREGILO se presentarían como competidores directos en la licitación pública por la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

El anterior hallazgo es plenamente coincidente con uno de los rasgos identificados por este Despacho en la contextualización del *modus operandi* criminal a través del cual operaba ODEBRECHT a nivel mundial. Recuérdese que no solo contemplaba mecanismos de corrupción, que según la OCDE "(...) implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario

³⁶⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 9.29.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de contratación"³⁶¹, sino que además implicaba el despliegue de acuerdos colusorios, es decir, "*una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia*"³⁶², lo cual **ODEBRECHT** reconoció en el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) que celebró con el Departamento de Justicia de Estados Unidos al señalar que participó en "(...) una serie de reuniones con empresas constructoras para evaluar dividir contratos (...). Lo que llaman un cartel de compañías"³⁶³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de lo anterior, si bien no existen pruebas en el Expediente que permitan verificar la materialización de los acuerdos anticompetitivos a los que intentó llegar **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** con sus potenciales competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, máxime cuando la última reunión se desarrolló en un ambiente "*beligerante*" y "*no terminó en buenos términos*", y que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** señaló que al momento de presentar la propuesta de la **CONCESIONARIA** "(...) *había mucha incertidumbre de si se iban a presentar o no oferentes*"³⁶⁴, para este Despacho esos intentos fallidos de colusión corroboran la necesidad del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES** y que precisamente uno de sus compromisos era "*descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores*"³⁶⁵ en el momento de la evaluación de las propuestas.

En esa medida, existen elementos de juicio suficientes que demuestran el despliegue de una estrategia que tenía toda la potencialidad para limitar la libre participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y que, aunque no se materializó, tuvo el inequívoco propósito de asegurar el cabal funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

En este punto es importante señalar que los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que no existió barrera de entrada para los competidores al momento de participar en el proceso contractual es completamente impertinente, debido a que, por una parte, precisamente los intentos por tratar de realizar acuerdos colusorios con otros competidores resultaron fallidos y, por otra parte, se insiste, los compromisos del acuerdo anticompetitivo que se reprocha en este caso, fueron ideados y celebrados para ser ejecutados al momento de la evaluación de las propuestas, tal y como ocurrió y se demostró con suficiencia en acápites previos. Bajo ese entendido, en virtud del acuerdo ilegal, fue al momento de la evaluación de las propuestas que se erigió una barrera artificial que afectó el proceso contractual y terminó por favorecer a la **CONCESIONARIA** garantizándole la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en detrimento del derecho a competir libremente de los demás competidores que habían concurrido.

12.6.4. Segunda fase del sistema que limitó la libre competencia económica

Este Despacho encuentra diferentes pruebas en el Expediente para determinar que el sistema anticompetitivo se prolongó en el tiempo, lo que significa que dicha conducta tuvo un carácter continuado o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrolló sin solución de continuidad a través de diferentes comportamientos sucesivos involucrando distintos actores, dinámicas y estrategias.

En esa medida, el sistema anticompetitivo fue planificado para tener vocación de permanencia o prórroga con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través

³⁶¹ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ Folio 84 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

³⁶⁴ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

³⁶⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSY CO", archivo "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de (i) una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, (ii) una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, objetivos que, como presupuesto para su plena ejecución, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo.

En este punto es relevante advertir que en todo caso, con las particularidades evidenciadas, este Despacho tiene suficientes elementos de juicio para concluir que en un sistema anticompetitivo como el reprochado, existieron diferentes pagos irregulares, y también se implementaron estrategias para mejorar las condiciones del contrato de concesión con el propósito de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. En este sentido, la afectación del mercado y de los intereses colectivos que protege la libre competencia económica, se prolongó hasta que estuvo vigente el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, el **22 de febrero de 2017**, momento en el cual la ANI y la **CONCESIONARIA** decidieron terminarlo por mutuo acuerdo. No puede olvidarse que precisamente en el laudo proferido por el "Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI", se declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosies, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el referido contrato, por configurarse un "objeto y causa ilícitos"³⁶⁶.

A continuación, a partir de las pruebas obrantes en el Expediente, se deja en evidencia los objetivos perseguidos durante la segunda fase del sistema anticompetitivo y se presentan las diferentes pruebas que permiten apreciar su efectiva materialización.

12.6.4.1. Dinámica de reembolsos y pagos irregulares

Con el principal objetivo de realizar la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** idearon una dinámica de reembolsos y pagos irregulares que fue plenamente ejecutada como lo tenían previsto, "más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"³⁶⁷.

Dicha dinámica contempló la instrumentalización de diferentes contratos que, como rasgo común, carecían de soporte o debida justificación, los cuales tenían como finalidad desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para, entre otras cuestiones derivadas de la corrupción desprendida del sistema que restringió la libre competencia, efectuar el reembolso del pago por el acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sostuvo:

"LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Doctor JOSÉ ELÍAS MELO tenía conocimiento que nosotros anticipábamos el pago de los 6.5 por cuenta del tema de compliance, o sea a CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT pagó a GABRIEL 6.5 millones de dólares un poco más adelante, después de la cesión del contrato de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT para CONSOL, CONSOL providenció y pagó conforme los documentos aportados en mi denuncia. La empresa DETECCIÓN DE RIESGOS TÉCNICOS, el representante de CORFICOLOMBIANA, MAURICIO MILLÁN, como

³⁶⁶ Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: [<http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...)**".

³⁶⁷ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*nosotros pudimos leer ahora firmó los documentos*³⁶⁸ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Como puede apreciarse, la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo "*fue hecha durante el plazo de la construcción de la carretera*"³⁶⁹ a través de la empresa española **DCS MANAGEMENT**.

Es relevante mencionar que este Despacho identificó más pagos que siguieron la misma lógica que caracterizó esa dinámica, en particular, los relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM S.A.S.** (en adelante "**PRESOAM**") y **CONSULTORES UNIDOS** sobre los cuales existen evidencias que permiten atribuirles propósitos similares, en este caso, asociados con asegurar el éxito de una adición contractual en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Precisamente, los pagos a que se hará referencia en acápite posteriores, también fueron realizados por montos significativamente altos y, además, sin los soportes necesarios para dar cuenta de su adecuada y comprensible justificación.

En esa medida, es importante advertir que, tal y como se evidenciará en acápite posteriores, la valoración en conjunto de diferentes pruebas concernientes a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, en especial aspectos relacionados con los contratos del **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, CONSULTORES UNIDOS y PRESOAM**, que como rasgo común carecían de soporte o debida justificación, y algunos estaban relacionados con la adición de la "*TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL*"³⁷⁰, permiten a este Despacho establecer un objetivo adicional desplegado y materializado durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, que consistió en replicar una estrategia similar a la ejecutada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esta vez con la finalidad de mejorar sus condiciones a través de modificaciones contractuales —*adiciones*— con el ilegítimo propósito de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

De ahí que la dinámica de reembolsos y pagos irregulares se extendiera desde "*el primer semestre de 2010*"³⁷¹ hasta el 5 de agosto de 2016, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. A continuación se presentan las particularidades de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

12.6.4.1.1. El contrato EPC (*Engineering Procurement and Construction*) y la constitución del consorcio constructor CONSOL

Antes de presentar las pruebas que permiten apreciar la materialización de los objetivos advertidos previamente, es importante explicar el funcionamiento del contrato **EPC (*Engineering Procurement and Construction*)** y la constitución de **CONSOL**, no solo porque constituyeron una pieza clave en la celebración de contratos sin soportes o debida justificación para realizar reembolsos y pagos irregulares, sino que además, dada la sistematicidad de la conducta desplegada, representaron la herramienta más idónea para que **CORFICOLOMBIANA** lograra sortear la "*dificultad*" debido al

³⁶⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 4:46:49.

³⁶⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada FPJ-15ñ. p. 7 de 17.

³⁷⁰ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

³⁷¹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "CARPETA 1", Archivo: CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"tema de compliance del GRUPO AVAL"³⁷² para concretar su participación en el sistema y realizar su aporte económico para el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Así las cosas, el 14 de enero de 2010 se suscribió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 entre el **INCO**, representado por el Director Encargado, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y la **CONCESIONARIA**, representada por **AMILTON HIDEAKI SENDA** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, como Representante Legal y Suplente, respectivamente.

Sobre el particular, es relevante señalar que el Capítulo V del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 celebrado entre el **INCO** y la **CONCESIONARIA**³⁷³ disponía que era necesario celebrar un Contrato de **EPC** para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento contratadas. Al respecto, la Sección 5.01 señalaba lo siguiente:

"A más tardar dentro de los once (11) meses contados desde la fecha de Inicio, el Concesionario deberá haber celebrado con el Contratista EPC un (1) Contrato EPC para la ejecución de las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento. Las Obligaciones Ambientales y Sociales, así como las de gestión de compra de Predios podrán ser contratados con personas diferentes al Contratista EPC. La contratación del Contratista EPC o de cualquier tercero para el desarrollo de las demás obligaciones del presente Contrato no implicará de ninguna manera la delegación de responsabilidad del Concesionario frente al INCO por el cumplimiento cabal y puntual de las obligaciones contenidas en el presente Contrato las cuales permanecerán en su cabeza."

Para cumplir la mencionada obligación se constituyó el consorcio constructor **CONSOL** con participación de **ODEBRECHT** (62.01%), **EPISOL** (33%) y **CSS** (4.99%). Recuérdese que **EPISOL** era una sociedad que estaba controlada por **CORFICOLOMBIANA** y se dedicaba a la estructuración y participación en proyectos de infraestructura, cuya principal función era servir como vehículo de inversión de su matriz³⁷⁴. En este punto resulta relevante mencionar que incluso existían empleados en misión de **EPISOL** que desarrollaron funciones en **CONSOL**.

En efecto, este tipo de empleados tenían contratos laborales con **EPISOL** o con **CORFICOLOMBIANA** y les eran asignadas funciones y cargos al interior de las empresas que se constituían en esa época para realizar los proyectos —i.e. **CONSOL**—. En este sentido, los empleados en misión eran un mecanismo para que empleados vinculados con **EPISOL** o **CORFICOLOMBIANA** realizaran funciones en las filiales y pudieran supervisar los proyectos en los que estas tenían alguna participación.

En consecuencia, los empleados en misión reportan sus actividades y el desarrollo de los proyectos tanto a los órganos de las empresas donde realizaban su misión —**CONSOL**— como a los altos directivos de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**. Al respecto, **VANESSA GARAY GUZMÁN** (analista de la vicepresidencia de inversiones de **CORFICOLOMBIANA** desde 2008 hasta 2013, Gerente General de **EPISOL** desde mayo de 2016 a julio de 2019 y miembro de las juntas directivas de la **CONCESIONARIA** desde marzo de 2015 y de **EPISOL** desde 2009 a abril de 2016) indicó:

"DELEGATURA: ¿Qué tipo de empleados hay al interior de **EPISOL**?

VANESSA GARAY GUZMÁN: *EPISOL tiene dos tipos de funcionarios, unos, pues para el año 2016 siendo yo gerente de EPISOL, unos funcionarios, o todos funcionarios son de planta porque todos son contratados por EPISOL, pero unos están trabajando*

³⁷² Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

³⁷³ Integrada por (a) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (b) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** (37.00%); (c) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** (33.00%); y (d) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%).

³⁷⁴ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Carpeta: "Licitación Ruta del Sol", Carpeta: "Licitación Ruta del Sol 1 y 2", Archivo: "Caja 12 Carpeta 77".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*específicamente en el marco del desarrollo del negocio de EPISOL y hay otros funcionarios que son designados para trabajar en diferentes proyectos, que se denominan a nivel interno como "funcionarios en misión", son personas que son contratadas por EPISOL, pero que son designadas en algún proyecto para desempeñar algunas labores específicas."*³⁷⁵ (Subrayas fuera de texto original).

Aclarado lo anterior, el objeto único y exclusivo de CONSOL era "ejecutar las obras del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol"³⁷⁶. Es importante anotar que en el contrato de EPC se acordó que la empresa líder de CONSOL sería ODEBRECHT, quien ejercería la representación y liderazgo del consorcio.

"CLÁUSULA IV - REPRESENTACIÓN

*La empresa líder del Consorcio es ODEBRECHT, quien ejercerá la representación y liderazgo del Consorcio (en adelante el 'Líder del Consorcio'), de acuerdo con lo anterior CSS y EPISOL otorgarán al Líder del Consorcio a través del Director de Obra, designado por ODEBRECHT, los poderes necesarios para llevar a cabo las obligaciones derivadas del Plan de Acción Anual, o de cualquier modificación al mismo, aprobados ambos previamente por el Comité de Dirección, en virtud de la suscripción del Contrato de Construcción y autoriza desde ya, al Líder del Consorcio, para la toma de todas las decisiones necesarias para la ejecución del objeto de este Acuerdo (...)"*³⁷⁷ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

El máximo órgano de CONSOL era el Comité de Dirección que estaba "(...) conformado por tres (3) representantes y sus suplentes personales, designados por las partes de la siguiente forma, dos (2) representantes y sus suplentes por ODEBRECHT, y un (1) representante y su suplente por EPISOL (...)"³⁷⁸. Este órgano era el encargado de aprobar varias decisiones del Director de Obra que era designado por ODEBRECHT. Entre esas decisiones se encontraban la aprobación del Plan de Acción Anual y la enajenación o cesión de activos.

Además, el Comité de Dirección debía revisar los estados financieros, hacer el seguimiento del presupuesto cuatrimestral de obra, y revisar los lineamientos y políticas generales del manejo de CONSOL³⁷⁹. De esta manera, el Comité de Dirección era un mecanismo para vigilar, supervisar y controlar el adecuado funcionamiento de CONSOL y la ejecución del contrato de construcción, que era liderado por ODEBRECHT.

Por otro lado, se creó la figura del Gerente de Ingeniería, quien era designado por EPISOL. Sus labores y gestiones fueron objeto del Otrosí 1 al Acuerdo de Consorcio Interno, el cual se suscribió el 20 de abril de 2010³⁸⁰. En este otrosí se modificó el nombre de Gerente de Ingeniería por Gerente de Administración Contractual y se especificaron sus funciones.

"CLÁUSULA CUARTA. - MODIFICACIÓN PARCIAL CLAÚSULA VIII -CAJA, INGRESOS Y GASTOS DEL CONSORCIO. - Las partes han acordado modificar de manera parcial la cláusula VIII del Acuerdo de Consorcio la cual quedará estipulada en los mismos términos, excepto el tercer inciso, el cual quedará así:

³⁷⁵ Folio 14643 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de VANESSA GARAY GUZMAN. Declaración del 15 de octubre de 2019. Min. 44:41.

³⁷⁶ Folio 4399 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente. Contrato EPC. p. 3.

³⁷⁷ Folio 15313 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: \ENTREGA SIC CFCIV 03\c) ACUERDO DE CONSORCIO. Archivo: 2010-04-13 Acuerdo de Consorcio INTERNO.

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ Folio 15313 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: \ENTREGA SIC CFCIV 03\c) ACUERDO DE CONSORCIO. Archivo: 2010-04-20 Otro Si N. 1 Modificadorio Acuerdo Consorcio 20100413.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*'Todos los actos que generen gastos, y los gastos que efectúe el Consorcio, incluida la emisión de cheques u otros títulos valores deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el Director de Obra y el Gerente de Administración Contractual y el representante suplente del Líder del Consorcio. En ausencia de uno o ambos de los representantes nombrados, exclusivamente para estos fines, el Gerente Comercial sustituirá al Director de Obra o al representante Suplente del Líder del Consorcio. En caso de que la ausencia sea del Gerente de Administración Contractual, actuará el reemplazo permanente del Gerente de Administración Contractual, nombrado por EPISOL'*³⁸¹ (Negritas y subrayas fuera del texto original).

De esta manera, todos los actos que generaran gastos, así como los gastos efectuados por **CONSOL**, debían ser autorizados o suscritos tanto por el Director de Obra como por el Gerente de Administración Contractual, este último designado por **EPISOL**. Incluso, en ausencia del Gerente de Administración Contractual, actuaría su reemplazo, quien también era nombrado por **EPISOL**.

Así las cosas, a través del Gerente de Administración Contractual, **EPISOL** podía supervisar, vigilar y aprobar las decisiones de **ODEBRECHT** como líder de **CONSOL**. Esto es así en consideración a que, **EPISOL** y, por ende, **CORFICOLOMBIANA** como su controlante (recuérdese que se trataba de un vehículo de inversión), tenían la facultad de supervisar el presupuesto de **CONSOL** y de autorizar "todos los actos que generen gastos" a través del Gerente de Administración Contractual.

- La función del Gerente de Administración Contractual en **CONSOL**

A continuación, es importante revisar algunos aspectos relacionados con el cargo de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** debido a que precisamente a través de quienes fungieron en tal calidad se identificaron determinados pagos irregulares que dejaron en evidencia las diferentes dinámicas y estrategias ejecutadas en la segunda fase del sistema anticompetitivo, en especial la relacionada con la instrumentalización de diferentes contratos.

En esa medida, es relevante mencionar que una vez constituido **CONSOL**, en febrero de 2010³⁸² fue designado como Gerente de Administración Contractual, **MAURICIO MILLÁN DREWS**, quien estuvo vinculado con empresas de **CORFICOLOMBIANA** desde 2007 y con **EPISOL** desde febrero de 2010³⁸³. De tal modo, en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, era un empleado en misión de **EPISOL** en **CONSOL**. Al respecto, **MAURICIO MILLÁN DREWS** señaló que:

"DELEGATURA: ¿Desde febrero de 2010 se encuentra usted vinculado a **EPISOL**?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Si

DELEGATURA: ¿Actualmente se encuentra vinculado a **EPISOL**?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Si³⁸⁴.

Esa condición del Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, fue corroborada por **VANESSA GARAY GUZMÁN**³⁸⁵, quien sostuvo que a **MAURICIO MILLÁN DREWS** como "funcionario en misión" se le designaron labores para ejecutar el Proyecto Ruta del Sol 2.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Folio 2253 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 9 de febrero de 2010.

³⁸³ Folio 2253 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Carpeta: "17-14777-090217" Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 9 de febrero de 2010. Min. 7:15.

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ Analista de la vicepresidencia de inversiones de **CORFICOLOMBIANA** desde 2008 hasta 2013, Gerente General de **EPISOL** desde mayo de 2016 a julio de 2019 y miembro de las juntas directivas de la **CONCESIONARIA** desde marzo de 2015 y de **EPISOL** desde 2009 a abril de 2016.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"DELEGATURA: Voy a preguntarle primero una cosa sobre los funcionarios en misión, ¿Qué funcionarios en misión fueron designados en las labores de Ruta del Sol, adicional a **JAVIER GERMÁN MEJÍA**?

VANESSA GARAY GUZMÁN: Recuerdo que en el año 2009 se designó como funcionario en misión al señor **MAURICIO MILLÁN** en el **CONSORCIO CONSTRUCTOR CONSOL**, él está en el periodo, si mal no recuerdo, 2010 hacia mitad del año 2014 y en ese momento entra en su reemplazo el señor **JAVIER GERMÁN MEJÍA**, adicionalmente se presentaron unos ingenieros que también fueron contratados directamente por **EPISOL** en el año más o menos 2015 principios del 2016 (...)"³⁸⁶.

A partir de la anterior declaración también es posible determinar que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** a partir de 2014 reemplazó a **MAURICIO MILLÁN DREWS** en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**. Precisamente, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** al reseñar su experiencia laboral señaló que presentó "(...) algunas entrevistas en **CORFICOLOMBIANA**, para ingresar a **EPISOL**, el cargo era Director Técnico de Nuevos Negocios en **EPISOL**, y fue así como se logró concretar y empecé a trabajar desde el 21 de abril del año 2010"³⁸⁷ (Subrayas fuera de texto original).

En este punto es importante recordar que **EPISOL** para el año 2009 no tenía empleados y, por esa razón, las labores de esta empresa eran desarrolladas por personas vinculadas a **CORFICOLOMBIANA**³⁸⁸. De esta manera, las "entrevistas", el proceso de contratación o la designación de los empleados que trabajaban en **EPISOL** era efectuado por **CORFICOLOMBIANA**. En ese contexto, las evidencias presentadas permiten a este Despacho concluir que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo estuvieron vinculados con **EPISOL**, sino también relacionadas con **CORFICOLOMBIANA**.

Comoquiera que **CORFICOLOMBIANA** tenía varios vehículos de inversión como **EPISOL**³⁸⁹, quien ocupara el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** tenía una vinculación tanto con **EPISOL** como con **CORFICOLOMBIANA**. Tan evidente era esa relación de subordinación que resultaba notoria incluso para personas como **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**), quien manifestó que **MAURICIO MILLÁN DREWS** le reportaba resultados tanto a **ALBERTO MARIÑO SAMPER** (miembro de la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA** y miembro del Comité Directivo de **CONSOL**) como a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**). Al respecto, manifestó:

³⁸⁶ Folio 14643 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **VANESSA GARAY GUZMAN**. 15 de octubre de 2019. Min. 48:36.

³⁸⁷ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 10:47.

³⁸⁸ Folio 14643 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Min. 19:25. Al respecto, **VANESSA GARAY GUZMÁN** señaló:

"DELEGATURA: ¿Cómo funcionaba **EPISOL** en el año 2009?

VANESSA GARAY GUZMÁN: Digamos, de lo que me consta como miembro de la junta directiva de **EPISOL** hacia el año 2009, **EPISOL** es un vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, es decir, es una sociedad que es cien por ciento de **CORFICOLOMBIANA**. Básicamente es una sociedad que está constituida, pero que a la fecha no tiene ningún, digamos, ninguna estructura organizacional muy grande solo hacia el año 2010 inicia a tener funcionarios, es decir, para el año 2009 preciso, tiene, pues, un representante legal quien ejerce todas las funciones relacionadas con ese cargo. Ya hacia el 2010 con la adjudicación del Proyecto de Ruta del Sol empieza a conformarse la estructura organizacional de **EPISOL**, pero para el año 2009 no tiene funcionarios solo tiene un representante legal con una junta directiva.

³⁸⁹ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Carpeta: "Licitación Ruta del Sol", Carpeta: "Licitación Ruta del Sol 1 y 2", Archivo: "Caja 12 Carpeta 77"

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"DELEGATURA: Ya en la vida real, ¿**MAURICIO MILLÁN**, mantenía comunicación con **JOSÉ ELÍAS MELO**? ¿Le reportaba resultados?

GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO: Sí, digamos, como dice en la vida real **MAURICIO MILLÁN** le reportaba a **ALBERTO MARIÑO** que es como la cabeza técnica de la organización, participó en la oferta, estaba en la junta directiva de la concesionaria, en el Comité Directivo del consorcio, la persona digamos como dije, la más senior en la parte técnica. Y por el lado de CORFICOLOMBIANA a JOSÉ ELÍAS MELO.

(...)

DELEGATURA: ¿Para qué temas podría acudir **MILLÁN** a **JOSÉ ELÍAS MELO** en el contexto de esa época y de las funciones de esa época?

GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO: Pues más temas del negocio, de la relación con los brasileños de **ODEBRECHT**, para informarle cómo iba el proyecto. Nosotros, CORFICOLOMBIANA le hacemos seguimiento a nuestras inversiones y precisamente Ruta del Sol era una inversión, necesitamos ver cómo iba y pues dado que **MAURICIO MILLÁN** era la persona nuestra que más conocimiento tenía de cómo iba la obra.

(...)

DELEGATURA: ¿Usted sabía si **JOSÉ ELÍAS MELO** también tenía una interlocución frecuente con **MILLÁN**?

GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO: Sí, sí, sí.

DELEGATURA: ¿Una consulta en relación con los pagos, pensando en **MAURICIO MILLÁN**, se la haría a **ALBERTO MARIÑO** o a **JOSÉ ELÍAS MELO**?

GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO: A ambos.

DELEGATURA: ¿Cómo se hacía, en lo que usted pueda conocer, esa interlocución entre **JOSÉ ELÍAS MELO** y **MILLÁN**?

GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO: Hasta donde yo sé, o verbal o por email o por teléfono. **MILLÁN** estaba mucho en la obra, entonces pues llamaba por teléfono, pero venía aquí periódicamente, casi todas las semanas venía aquí, la otra semana estaba en la obra, y cuando venía pasaba por la oficina nuestra³⁹⁰.

Nótese que a partir de la anterior declaración es evidente que existía una continua y directa comunicación entre **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**) y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**), no solo para reportar resultados, sino además para hacer seguimiento periódico a la "inversión", que para **CORFICOLOMBIANA** representaba el Proyecto Ruta del Sol 2. En esa medida, resultan improcedentes los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que en ningún cargo que ocupó **MAURICIO MILLÁN DREWS** fue subordinado de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

En razón a lo expuesto, no tienen ningún mérito de prosperidad los argumentos expuestos por **EPISOL** en sus observaciones al Informe Motivado al señalar que supuestamente se le atribuyó responsabilidad por actos de terceros o por conductas realizadas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** quien no tenía ninguna relación con **EPISOL**.

Por el contrario, **VANESSA GARAY GUZMÁN** (analista de inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) corroboró que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, una vez se adjudicó el Contrato de Concesión No. 001

³⁹⁰ Folio 4194 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "17-14777-190717" Declaración de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de julio de 2017. Min. 2:18:53.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de 2010, como "personal en misión dentro del consorcio constructor", le reportaba directamente al Presidente de **CORFICOLOMBIANA**.

"VANESSA GARAY GUZMÁN: (...) Una vez se hace la adjudicación del contrato, se dice: bueno, es decir, necesitamos como tener una persona allá que pues pueda ayudarnos de alguna forma, entonces se define que MAURICIO va a ir al Consorcio Constructor, entonces él pasa a ser funcionario de EPISOL y va como un personal en misión dentro del consorcio constructor, o sea él tenía un cargo específico y allá hacía sus cosas, pero él era el funcionario de EPISOL, y a la persona a la que le reportaba directamente pues era a JOSÉ ELÍAS.

DELEGATURA: ¿Él le reportaba directamente al Presidente de **CORFICOLOMBIANA**?

VANESSA GARAY GUZMÁN: Así es³⁹¹.

Incluso, **RAFAEL EDUARDO NEIRA TORRES** (Vicepresidente Senior de la Contraloría Corporativa de **GRUPO AVAL**) indicó que el jefe inmediato de **MAURICIO MILLÁN DREWS** era **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**), tal y como se muestra a continuación.

"El señor MAURICIO MILLÁN era el Gerente General de EPISOL y su jefe inmediato era el Presidente de CORFICOLOMBIANA, JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, pero además, EPISOL en ese momento era una compañía pequeña que estaba en crecimiento y tenía contacto directo con la presidencia de CORFICOLOMBIANA"³⁹².

En el mismo sentido, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol) indicó que **MAURICIO MILLÁN DREWS** tenía varios jefes, entre ellos, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien "lo llamaba directamente", lo que coincide con lo manifestado por **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) quien manifestó que esa comunicación también se daba "por teléfono".

"DELEGATURA: En lo que usted pudo ver de la gestión de **MAURICIO MILLÁN**, ¿Usted sabe qué contacto, qué relación tenía él, **MAURICIO MILLÁN**, durante el trabajo en el consorcio con **JOSÉ ELÍAS MELO**?

MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES: Esa pregunta me la hicieron también en la **FISCALÍA**, en la **PROCURADURÍA**, creo. **MAURICIO MILLÁN** tiene una vida difícil, él tenía como tres jefes. Él tenía yo, que era un jefe inmediato suyo, tenía **ALBERTO MARIÑO** que era su jefe corporativo, y tenía, perdón, tenía cuatro, tenía **GUSTAVO RAMÍREZ**, que lo llamaba mucho, o sea, y tenía JOSÉ ELÍAS MELO, que también lo llamaba directamente. (...) "³⁹³.

En ese contexto, una de las funciones que ejercía **MAURICIO MILLÁN DREWS**, en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**, y quien su "jefe inmediato era el Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**", era autorizar los pagos en **CONSOL**. Al respecto, en el proceso penal que cursó contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, sostuvo:

"FISCAL: ¿Qué clase de pagos autorizaba usted en **CONSOL**?

³⁹¹ Folio 3204 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **VANESSA GARAY GUZMAN**. Superintendencia de Industria y Comercio. 6 de febrero de 2017. Min. 38:00.

³⁹² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO", Carpeta: "SUPER", Archivo: "rafael eduardo neira.pdf." Declaración de **RAFAEL EDUARDO NEIRA**. Fiscalía General de la Nación. 8 de mayo de 2017. p. 13.

³⁹³ Folio 4196 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 26 de julio de 2017. Min. 3:19:35

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MAURICIO MILLÁN DREWS: Todo tipo, digamos todos los giros, ahí yo, digamos todos los giros yo no tenía una función ni de auditoria ni de cumplimiento, pero todos los giros debían pasar por dos personas de ODEBRECHT y debían pasar de acuerdo con el acuerdo del consorcio debían pasar por mí como representante al interior del acuerdo del consorcio³⁹⁴ (Subrayas fuera de texto original).

En consecuencia, conforme con el "entendimiento y evaluación ciclo de compras - cuentas por pagar - pagos 2010" de **CONSOL**, para el año 2010 todos los contratos debían ser firmados por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol 2), **LUIS CARLOS TEIXEIRA** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Gerente Administrativo Financiero) y por **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**)³⁹⁵.

En lo que tiene relación con los pagos, se estableció un conjunto de personas que podrían autorizarlos. Las firmas autorizadas en **CONSOL** correspondían a las de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol 2), **LUIS CARLOS TEIXEIRA** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Gerente Administrativo Financiero), **PAULO ROBERTO MARCAL TERREI** (Gerente Comercial de **CONSOL**) y **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en **CONSOL**)³⁹⁶. Para realizar pagos era necesario contar con dos de las firmas autorizadas.

Sobre el particular, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (Controller de la **CONCESIONARIA**) afirmó lo siguiente:

"DELEGATURA: ¿Usted tiene conocimiento acerca de si en aquellas ocasiones en las que **CONSOL** pagaba directamente también existía esa dinámica de las tres firmas allá?

JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS: No. Tengo conocimiento bajo, pero realmente fijo eran dos firmas, una firma era de **ODEBRECHT** o de los administradores y una firma era del gerente contractual nombrado por **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA**.

DELEGATURA: ¿Usted recuerda quiénes eran ellos?

JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS: Fueron dos, uno era **MAURICIO MILLÁN** y, el otro, es el actual gerente contractual que se llama **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**³⁹⁷.

A partir de lo anterior, este Despacho encuentra que la dinámica que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** idearon para la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo durante la ejecución del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol es coincidente con el mecanismo diseñado en **CONSOL** para la celebración de contratos y la autorización de pagos. En efecto, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** reconoció que para la ejecución de esa dinámica "(...) tenía una persona allá que es **MANUEL XIMENES** (...) y **CORFICOLOMBIANA** tenía su representante que era **MAURICIO MILLÁN**, entre ellos dos se hacía la división de los costos, considerando el aporte que debía dar **CORFICOLOMBIANA** de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a **GABRIEL GARCÍA** (...) "³⁹⁸.

³⁹⁴ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 24 de enero de 2019. Carpeta: "CAJA 1 CARPETA DE JUICIO", Carpeta: "CARPETA CD", Carpeta: "36 JUZGADO 14 -24-01-19", Min. 26:35.

³⁹⁵ Folios 4572 a 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 13 de agosto de 2018. Min. 2:07:15.

³⁹⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04"Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

12.6.4.1.2. Materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares

A continuación, este Despacho presentará las diferentes pruebas que permiten evidenciar la ejecución y materialización de la dinámica ideada por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** que tenía como uno de sus propósitos realizar la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES** durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Para ello, se instrumentalizaron diferentes contratos que como rasgo común carecían de soporte o justificación, los cuales tenían como finalidad desviar recursos durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

12.6.4.1.2.1. Instrumentalización del contrato con DCS MANAGEMENT

Existen diferentes evidencias que valoradas en conjunto permiten determinar que el sistema anticompetitivo implementado por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** contempló la instrumentalizaron, entre otros, de un contrato con una empresa extranjera con la finalidad de materializar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Con ese propósito, **ODEBRECHT** suscribió un contrato de asistencia técnica para la preparación y presentación de la oferta con que participaría en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Dicho contrato, con posterioridad a la adjudicación fue cedido directamente a **CONSOL** creando el andamiaje propicio para colocar en marcha la materialización de dicha dinámica. A continuación se presentarán las pruebas que permiten demostrar dichos aspectos.

DCS MANAGEMENT, sociedad extranjera registrada en Madrid, España y contratada por **ODEBRECHT**, supuestamente prestaría los servicios de asistencia técnica para la presentación de la oferta técnica y económica en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, "*totalmente*" en el "*exterior*", lo que coincide con uno de los rasgos identificados por este Despacho en la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial, en que su "*División de Operaciones Estructuradas*" funcionaba a través de una compleja red de empresas fantasmas desde el exterior.

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, principal artífice y protagonista del sistema anticompetitivo, estuvo encargado de suscribir el contrato con **DCS MANAGEMENT**. Así mismo, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien participó en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares realizando "*la división de los costos*"³⁹⁹ del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES**, también tuvo una participación activa en su negociación.

El contrato con **DCS MANAGEMENT** fue cedido directamente por **ODEBRECHT** a **CONSOL**, cuyos integrantes eran los mismos de la **CONCESIONARIA**, es decir, **ODEBRECHT** y **EPISOL**, vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, para que realizara el pago de una comisión de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato de concesión (USD 10.890.000).

Pese a que los servicios profesionales de **DCS MANAGEMENT** "*fueron prestados durante la oferta*", dicho contrato no fue previsto en el presupuesto derivado del **MOU** que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** acordaron para participar en el Proyecto Ruta del Sol y, adicionalmente, pese a ser un gasto relacionado con la preparación y presentación de la propuesta no fue reconocido ni pagado por la **CONCESIONARIA**, sino cubierto totalmente por **CONSOL**.

En adición a lo anterior, también existen evidencias que permiten concluir que la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo "*fue hecha durante el plazo de la construcción de la carretera*"⁴⁰⁰ a través de **DCS MANAGEMENT** y, como si fuera poco, temporalmente su negociación, celebración y ejecución es transversal a las dos (2) fases del sistema anticompetitivo.

³⁹⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

⁴⁰⁰ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada FPJ-15ñ. p. 7 de 17.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Con ese cometido, desde el 11 de mayo de 2009, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** dirigió una solicitud de propuesta de servicios profesionales a la empresa **DCS MANAGEMENT**, sociedad extranjera registrada en Madrid, España⁴⁰¹. En esa solicitud puede apreciarse lo siguiente:

"La propuesta para el PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR contemplará los estudios de ingeniería, análisis de riesgos, estudios de tráfico, presupuesto y el modelo económico financiero de la concesionaria y del Consorcio EPC (Engineering, Procurement y Construction).

*Considerando su cuadro de personal con profesionales calificados, capacitados y con experiencia a nivel internacional en el estudio de proyectos similares, les consultamos sobre su eventual interés en participar bajo el régimen de riesgo en la Oferta Técnica y Comercial para la elaboración de la oferta con miras a la conquista del PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR."*⁴⁰².

En consecuencia, el 1 de junio de 2009, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** indicó que **DCS MANAGEMENT** manifestó su interés en prestar servicios de "Asesoramiento Técnico para participación en la oferta con miras a la conquista del PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 2"⁴⁰³. El mencionado documento indica que la oferta económica sería pactada de la siguiente manera:

"Con respecto a su Oferta, consideramos un valor fijo de novecientos sesenta mil dólares norteamericanos (USD 960.000) pagaderos en caso de nuestra oferta al cliente no resultar exitosa.

*En cuanto a la contraprestación de éxito, proponemos el cero coma nueve por ciento (0,9%) incidente sobre el valor del contrato que nos sea adjudicado"*⁴⁰⁴.

De esa forma, el 7 de julio de 2009 se suscribió un "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR"⁴⁰⁵ entre **DCS MANAGEMENT** —representada por **JUAN LAGO NOVAS**— y **ODEBRECHT** —representada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **AMILTON HIDEAKI SENDAI** (empleado de **ODEBRECHT**)—. Recuérdese que para esa época —mediados de 2009— **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** habían desplegado una serie de acercamientos y promesas con el propósito de tener la suficiente confianza con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para concretar el ofrecimiento de una retribución de carácter económico como contraprestación por el acuerdo anticompetitivo, lo que incluyó "unas reuniones donde se trataron los actos ilegales de manera privada"⁴⁰⁶.

Entre otros "ANTECEDENTES", en el referido contrato se reseñó que "[c]on base en el pliego, el plazo para la presentación de las ofertas es el 30 de septiembre de 2009 con adjudicación prevista para el 24 de noviembre de 2009". Así mismo, que "[e]l proyecto se divide en 3 sectores, siendo

⁴⁰¹ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009.

⁴⁰² Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT Archivo: Oferta Prestación de Servicios DCS_Management.pdf.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT Archivo: Oferta Prestación de Servicios DCS_Management.pdf.

⁴⁰⁵ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009.

⁴⁰⁶ Folio 14170-CD2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** del 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 42:27.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

decisión de EL CONTRATANTE de participar del sector 2, con 528 Km, mediante la presentación de oferta técnica y económica⁴⁰⁷ (Subrayas fuera de texto original).

En su cláusula 1 se estableció que el objeto del contrato estaría relacionado con la prestación desde el exterior de "servicios de Asistencia Técnica de ingeniería, análisis de riesgos, estudios de tráfico, presupuesto, el modelo económico financiero de la concesionaria y del Consorcio EPC (Engineering, Procurement y Construction) y, si fuera el caso, en el proceso de negociación del CONTRATO con el INCO"⁴⁰⁸.

De conformidad con esa misma cláusula, se acordó que dichos servicios profesionales debían ser prestados "en el plazo de ciento veinte (120) días calendario" contados desde la fecha de suscripción del contrato. Es decir, **DCS MANAGEMENT** prestaría sus servicios de asistencia técnica a **ODEBRECHT** para "la presentación de oferta técnica y económica"⁴⁰⁹ con la finalidad de participar en el "sector 2" desde el 7 de julio hasta el 7 de noviembre de 2009. Sin embargo, en la cláusula 3 se determinó que su vigencia sería de trescientos sesenta (360) días calendario contados a partir del 15 de junio de 2009 hasta el 10 de junio de 2010, prorrogándose automáticamente hasta que fueran cumplidas todas las obligaciones contractuales de las partes.

Por otra parte, en la cláusula 4.1 del contrato en cuestión, se pactó como "HONORARIOS PROFESIONALES", que se pagaría a **DCS MANAGEMENT** un honorario de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato que se adjudicara en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Dicho pago tendría lugar ante la ocurrencia acumulativa de los siguientes eventos: "A. A la firma del CONTRATO entre el CONTRATANTE y el INCO dentro del plazo de ese contrato, B. A la constitución del Consorcio EPC Ruta del Sol, a quien serán transferidas las obligaciones del presente contrato, C. A la firma del contrato de obra entre el Consorcio EPC Ruta del Sol y la Concesionaria u otra estructura societaria que venga a ser formada por el CONTRATANTE" (Subrayas fuera de texto original).

En la cláusula 4.2 se pactó que "[s]i en la fecha de terminación del presente contrato, INCO y EL CONTRATANTE no hubieren firmado el CONTRATO, EL CONTRATANTE pagará a LA CONTRATADA el monto fijo de Novecientos Sesenta mil dólares norte americanos (USD 960.000)"⁴¹⁰.

De conformidad con la cláusula 8, respecto a la forma de prestación de los servicios, estos serían "totalmente realizados por parte de LA CONTRATADA en el exterior (...)". Adicionalmente, en la cláusula 10.2 se estableció respecto a la cesión del contrato que "el CONTRATANTE una vez se cumplan las condiciones establecidas en la cláusula 4.1. podrá ceder este contrato al Consorcio EPC Ruta del Sol, asumiendo éste todos los derechos y obligaciones derivados del mismo"⁴¹¹ (Subrayas fuera de texto original). Finalmente, en la cláusula 18 del contrato en mención se indicó que todas las notificaciones debían dirigirse a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**⁴¹².

Así las cosas, para este Despacho se desprenden diferentes elementos de juicio a partir del análisis del "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR" que, valorados en conjunto con las diferentes evidencias que obran en el Expediente, permiten establecer que el referido contrato simplemente fue un instrumento que tenía la inequívoca finalidad de

⁴⁰⁷ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009.

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009.

⁴¹⁰ Ibidem.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Ibidem.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

materializar posteriormente la dinámica de reembolsos ilegales y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

El primer aspecto que surge de ese análisis está relacionado con que **DCS MANAGEMENT** era una sociedad extranjera registrada en Madrid, España, y los servicios de asistencia técnica para la presentación de la oferta técnica y económica en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol serían prestados "*totalmente*" en el "*exterior*". Este aspecto es bastante llamativo debido a que coincide con uno de los rasgos identificados por este Despacho en la contextualización del esquema corrupto mediante el cual operaba **ODEBRECHT** a nivel mundial, en que su "*División de Operaciones Estructuradas*" funcionaba a través de una compleja red de empresas fantasmas desde el exterior.

El segundo aspecto tiene relación con que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, principal artífice y protagonista del sistema anticompetitivo, estuvo encargado de suscribir el cuestionado contrato. Así mismo, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien participó en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares realizando "*la división de los costos*"⁴¹³ del pago derivado del acuerdo anticompetitivo a **GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES**, también tuvo una participación activa en su negociación y, además, en ese momento se le designó como encargado de recibir cualquier notificación en la supuesta ejecución de dicho contrato.

Incluso, el 5 de mayo de 2010, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** fue el encargado de comunicar a **DCS MANAGEMENT** que se habían cumplido los eventos especificados en el numeral 4.1 del cuestionado contrato y, en consecuencia, aplicaba el reconocimiento del honorario de éxito por la suma de diez millones ochocientos noventa mil dólares (USD 10.890.000)⁴¹⁴.

Así mismo, fue quien informó que se realizaría "*la cesión del CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR (GF – 001/2009) al CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL*", con la transmisión de la totalidad de sus derechos y obligaciones derivados, y que **DCS MANAGEMENT** debería enviar la factura correspondiente a **CONSOL**.

Imagen No. 17. Comunicación de ODEBRECHT a DCS MANAGEMENT

ODEBRECHT
Ingeniería y Construcción

Construtora Norberto Odebrecht S.A.

Bogotá, 05 de mayo de 2010

Sr Juan Lago Novás
DCS Management S.A.
Calle Saturnino Calleja 16, 5ª Planta, 28.002.
Madrid, España

Ref.: PROYECTO RUTA DEL SOL SECTOR 2

Estimado Ing. Novás,

Tenemos el agrado de dirigirme a usted para informarle que en conformidad con la Cláusula cuarta, numeral 4.4 del Contrato para la Prestación de Asistencia Técnica, celebrado el 07 de julio de 2009, han sido cumplidos los eventos especificados a continuación:

- A. En el 14 de enero de 2010 fue firmado con INCO el contrato de concesión referente a la licitación SEA-LP-001-2009
- B. En el 05 de abril de 2010 fue constituido el Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL.
- C. En el 28 de abril de 2010 fue firmado el contrato de obra entre el Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

⁴¹³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

⁴¹⁴ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT Archivo: Oferta Prestación de Servicios DCS_Management.pdf.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Por lo expuesto, se aplica el reconocimiento del éxito previsto en el numeral 4.1 de la cláusula cuarta de nuestro contrato, que arroja el monto de diez millones ochocientos noventa mil dólares norte americanos (USD 10 890.000) por lo que fijamos las siguientes fechas de pago previstas en la letra A de la cláusula quinta:

Cuota	Valor USD	Fecha
Primera	5.445.000,00	04 de junio de 2010
Segunda	3.257.000,00	05 de julio de 2010
Tercera	2.178.000,00	03 de agosto de 2010

Construtora Norberto Odebrecht S.A.

ODEBRECHT
Ingeniería y Construcción

Aprovechamos la oportunidad para informarles que, una vez constituido el Consorcio conforme punto B mencionados anteriormente, efectuaremos la cesión del CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR (GF - 001/2009) al CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL - CONSOL. Por lo anterior, la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del contrato suscrito con ustedes, quedarán en cabeza de la cedida contratante, continuando la ejecución del mismo, en los términos y condiciones inicialmente pactados. Les suministraremos a la brevedad los datos para la presentación de la factura pertinente la que deberá ser enviada a nosotros con la antelación prevista en numeral 5.2 de la cláusula quinta de nuestro contrato.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Ateyuntamente,

MANUEL RICARDO CABRAL JIMENES
DIRECTOR DE CONTRATO
Construtora Norberto Odebrecht S.A.

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁴¹⁵ (Recuadros rojos no originales).

El tercer aspecto que se desprende del análisis del "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR" es que para la época en que se notificó —5 de mayo de 2010— a **DCS MANAGEMENT** que se efectuaría la cesión del contrato, existía en **CONSOL** desde el 20 de abril de 2010 un "OTRO SI No. 1 MODIFICATORIO" al "ACUERDO DE CONSORCIO" en que se había establecido que "[t]odos los actos que generen gastos, y los gastos que efectúe el Consorcio, incluida la emisión de cheques u otros títulos valores deberán ser autorizados o suscritos conjuntamente por el Director de Obra y el Gerente de Administración Contractual y el representante suplente del Líder del Consorcio."⁴¹⁶ (Subrayas fuera de texto original).

En esa medida, resulta particularmente llamativo que la cesión de un contrato⁴¹⁷ a **CONSOL**, que principalmente implicaba la trasmisión de una obligación relacionada con un gasto, como consecuencia del pago del honorario de éxito a **DCS MANAGEMENT** por valor de diez millones

⁴¹⁵ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANAGMENT. Archivo: "OFICIOS".

⁴¹⁶ Folio 15313 del cuaderno reservado general No.25 del Expediente. Carpeta: ENTREGA SIC CFCV 03\c) ACUERDO DE CONSORCIO. Archivo: 2010-04-20 Otro Si N. 1 Modificadorio Acuerdo Consorcio 20100413.

⁴¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2012. Rad. No. 110131030261998-21524-01. Sobre la cesión de contrato "[s]u objeto no es propiamente el negocio jurídico, sino "la posición contractual" de los sujetos ligados por el vínculo obligacional establecido en él. Tan así es que con ella no se produce ningún cambio en el contenido preceptivo de aquel, ya que únicamente transmite la calidad de contratante y, por ende, el tercero sustituyente asume los derechos y obligaciones inherentes a la misma" (Subrayas fuera de texto original).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ochocientos noventa mil dólares (USD 10.890.000) por parte de **CONSOL** únicamente fue aceptada por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** y **LUIS CLAUDIO TEIXEIRA**. En el documento de notificación de la referida cesión se puede apreciar lo siguiente:

Imagen No. 18. Notificación a DCS MANAGEMENT

Construtora Norberto Odebrecht S.A.

ODEBRECHT
Ingeniería y Construcción

Bogotá, 05 de mayo de 2010

Sr Juan Lago Novás
DCS Management S.A.
Calle Saturnino Calleja 16, 5ª Planta, 28.002.
Madrid, España

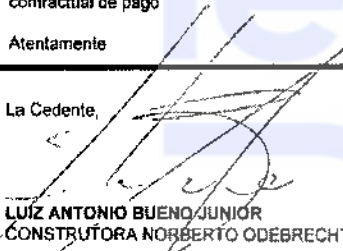
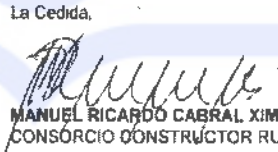
Ref.: NOTIFICACIÓN CESIÓN CONTRATO DE CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y AMILTON HIDEAKI SENDAI mayores de edad, vecinos de esta ciudad, identificados con las cédulas de extranjería Nos 370.013 y 372.177 en nuestra calidad de Representantes Legales de la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., por medio de la presente notifican a usted, que, de conformidad con la cláusula 10 – ítem 10.2, en la presente fecha, han efectuado la Cesión del CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR (GF – 001/2009), suscrito el 07 del mes de julio del año 2010 y en el cual, la sociedad que representamos figura como parte contratante, al consorcio denominado CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, identificado con el NIT. 900352728-8 y representado por los señores MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES y LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA.

Por lo anterior, la totalidad de los derechos y obligaciones derivadas del contrato suscrito con ustedes, quedarán en cabeza de la cedida contratante, permaneciendo válidos los términos y condiciones inicialmente pactados.

Para el efecto, LA CONTRATADA emitirá la correspondiente factura que será dirigida a el CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL – CONSOL, identificado con el NIT. 900352728-8; Dirección: Avenida Carrera 15 # 106-65, Edificio Colpatría, Piso 4, Chicó Navarra, Bogotá. Esa factura deberá cumplir con las formalidades exigidas por la legislación colombiana vigente y ser enviada con antelación de 10 días calendario a la fecha contractual de pago

Atentamente

La Cedente,	La Cedita,
	
LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL
	
AMILTON HIDEAKI SENDAI CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁴¹⁸ (Recuadro rojo no original).

Nótese que incluso el cuestionado contrato fue cedido por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, principal artífice y protagonista del sistema anticompetitivo, a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien en la dinámica de reembolsos era el encargado de realizar "la división de los costos"⁴¹⁹ del pago derivado del acuerdo anticompetitivo. En este punto es importante señalar que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** en esa época, manifestó que únicamente tuvo conocimiento de la cesión en el momento en que precisamente **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** le presentó la transacción para que autorizara su pago. Al respecto, **MAURICIO MILLÁN DREWS** relató que:

"(...)

Esa transacción me la presentó MANUEL XIMENES, él me dijo o más o menos me acuerdo, que era algo mandado por LUIZ BUENO, porque fue un contrato de cesión

⁴¹⁸ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: "OFICIOS".

⁴¹⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que ODEBRECHT le hizo al CONSORCIO. Llega luego el contrato de CESIÓN donde ODEBRECHT le hizo al CONSORCIO, yo hice este contrato durante la oferta para su preparación y **que en virtud del mismo por existir una comisión de éxito el CONSORCIO debía recibir la cesión y pagar ya que los servicios fueron prestados durante la oferta.** (...) "⁴²⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

El cuarto aspecto está relacionado con que, si bien los servicios profesionales de **DCS MANAGEMENT** "fueron prestados durante la oferta", dicho contrato no fue previsto en el presupuesto derivado del **MOU** que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** acordaron para participar en Proyecto Ruta del Sol y, adicionalmente, pese a ser un gasto relacionado con la preparación y presentación de la propuesta no fue reconocido ni pagado por la **CONCESIONARIA**, sino que fue cedido y su pago cubierto totalmente por **CONSOL**.

En efecto, el objeto del contrato de asistencia técnica que desde el exterior prestaría **DCS MANAGEMENT**, firmado el 7 de julio de 2009, estaba relacionado con la "(...) *decisión (...) de participar del sector 2 (...) mediante la presentación de oferta técnica y económica*"⁴²¹ por parte de **ODEBRECHT**, tal y como se reseñó en sus antecedentes, y sus servicios debían ser ejecutados desde el 7 de julio hasta el 7 de noviembre de 2009. De tal modo, es relevante mencionar que para esa misma época, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** se encontraban negociando el **MOU**, que suscribieron el 10 de julio de 2009, en donde manifestaron que estaban "(...) *interesadas en presentar propuesta para uno o más sectores dentro del proceso de Licitación (...)*"⁴²² del Proyecto Ruta del Sol. En esa medida, no son de recibo para este Despacho los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado en que pretenden desconocer que cuando se suscribió el contrato con **DCS MANAGEMENT** se encontraba en negociación el **MOU** y a los pocos días fue suscrito entre las referidas empresas.

Precisamente, en los considerandos del **MOU** se hizo referencia a que **ODEBRECHT** previamente había vinculado a su equipo de trabajo empresas extranjeras como asesores y, en consecuencia, se definió cómo serían cubiertos los costos y gastos derivados de esas contrataciones. En el considerando VII, se puede apreciar:

"Que ODEBRECHT ha venido desarrollando tareas inherentes a la preparación de la Propuestas por los tres sectores, habiendo contactado a empresas nacionales y extranjeras vinculadas al sector de la construcción e ingeniería, **incorporándolas a su equipo de trabajo como asesores y/o subcontratistas.** CORFICOLOMBIANA aceptará los acuerdos y/o negociaciones que ODEBRECHT haya efectuado en este sentido hasta la fecha de firma de este documento, una vez tenga conocimiento de aspectos tales como las partes, términos y condiciones de los mismos, sin embargo, dicha aceptación estará condicionada a que no exista impedimento legal en la contratación efectuada. **En cuanto a los costos y gastos derivados de la contratación de los mencionados miembros del equipo de trabajo, los mismo se sujetarán a los lineamientos establecidos en la Cláusula 3 del este MOU, sobre Presupuesto de Gastos.**" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** acordaron que los costos y gastos derivados de la contratación previa de asesores vinculados al equipo de trabajo de **ODEBRECHT** se sujetarían a los lineamientos sobre presupuesto de gastos previstos en el **MOU**. Al respecto, en la cláusula 3 establecieron que en el proceso de licitación **ODEBRECHT** sería el líder en la asociación que se conformara, en la estructuración de la propuesta y en la ejecución del proyecto. Así mismo, se le designó como "Coordinador General de la Propuesta" y, en consecuencia, tendría

⁴²⁰ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "Carpeta 1", Archivo. CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

⁴²¹ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009. p. 1.

⁴²² Folios 8059 a 8067 del cuaderno reservado general No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

a su cargo la coordinación de toda la información necesaria para la evaluación del proyecto y la preparación y presentación de la propuesta, así como también la administración y ejecución del presupuesto de gastos de la propuesta.

Adicionalmente, en la cláusula 6 del **MOU, ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA** decidieron que los gastos y erogaciones que se generaran para la evaluación de la licitación y la elaboración y presentación de la propuesta serían asumidos por cada una de las partes de acuerdo con su porcentaje de participación⁴²³ en la **CONCESIONARIA**. Igualmente, establecieron que mientras se incorporaba un tercero las partes asumirían los costos y gastos correspondientes al porcentaje que le correspondería a ese tercero, en un 33% **CORFICOLOMBIANA** y un 67% **ODEBRECHT**, sin perjuicio de su recuperación una vez incorporado dicho tercero, el cual finalmente fue **CSS CONSTRUCTORES S.A.** De tal modo, acordaron que en el evento en el cual no se lograra la inclusión de un tercero en la asociación que se conformara para la presentación de la propuesta, los costos y gastos serían cubiertos de conformidad con los porcentajes definitivos de participación.

En esa medida, en desarrollo del **MOU**, en el mes de agosto de 2009, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, por parte de **ODEBRECHT**, y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, por parte de **CORFICOLOMBIANA**, suscribieron el "**ACTA DE DEFINICIÓN DEL PRESUPUESTO DE GASTOS Y RECONOCIMIENTO DE COSTOS INCURRIDOS**"⁴²⁴. En dicho documento se discriminaron los rubros necesarios para la ejecución de actividades de evaluación de la licitación, preparación y presentación de la propuesta, así como las sumas, con las que se consideró que dichos rubros podían ser cubiertos (gastos). Igualmente, se estableció el procedimiento para ejecución de los gastos, y para el reconocimiento y reembolso de los mismos entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, que incluía los generados antes de la firma del **MOU**.

Entre otras cuestiones, en el procedimiento para la ejecución del presupuesto se estableció que **ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA** se comprometían a remitirse al cierre de cada mes, y a más tardar el día 5 del mes siguiente, una relación de la totalidad de los gastos efectuados y causados en el respectivo periodo junto con la totalidad de las facturas, cuentas de cobro y demás documentos equivalentes en donde se encontraran sustentados dichos gastos y causaciones, así como toda la documentación que tuvieran, en donde se encontraran fundamentadas las erogaciones que constituían gastos para efectos del MOU y del presupuesto, incluidos pero sin limitarse a contratos, acuerdos, actas de entrega, ofertas comerciales y órdenes de compra. La primera remisión de dicha documentación sería a corte del **31 de julio de 2009**.

Por otra parte, se estableció que **ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA**, estarían facultadas para incurrir en gastos, con miras a efectuar la evaluación de la licitación y la elaboración y presentación de la propuesta. Sin embargo, dichos gastos no serían asumidos por las partes de acuerdo con su porcentaje de participación ni tampoco estarían sujetos al presupuesto.

"En todo caso, cada una de las Partes, de forma individual podrá, a su libre albedrío, incurrir en gastos, con miras a efectuar la evaluación de la Licitación y la elaboración y presentación de la o las Propuestas que no serán asumidos por las Partes de acuerdo con su porcentaje de participación y que por ende no estarán sujetos al límite de Gastos previstos en el presente Presupuesto".

De conformidad con las anteriores reglas, en el acta analizada se incorporaron una serie de anexos en que se contempló el presupuesto, uno específicamente relacionado para contratos en el exterior que, con base en la documentación intercambiada a 31 de julio de 2009, fueron discriminados por actividad, contratista, pago (USD) y comisión de éxito. Los contratos en el presupuesto estaban

⁴²³ Integrada por (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (ii) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** -ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**- (37.00%); (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** (33.00%); y (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%).

⁴²⁴ Folio 7146 del cuaderno reservado general No. 10 del Expediente. Carpeta 5. Actas de ejecución del Memorando de Entendimiento. Archivo: 2009-08 ACTA DEFINICION PRESUPUESTO GASTOS.pdf.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia”

relacionados principalmente con consultorías, asesorías, asistencias y estudios técnicos, similares a la asistencia técnica desde el exterior contratada supuestamente con **DCS MANAGEMENT**, como se observa a continuación:

Imagen No. 19. Anexo – Tabla de presupuesto “Contratos Exterior”

ANEXO1 - DETALHES DEL TABLA DEL PRESUPUESTO - RUTA DEL SOL			
Contratos Exterior			
Actividad	Contratista	Pagos (USD)	
		C.N.O + CFC Revision 2	Comision de éxito
Total sin Amerimap		3,659,874	1,173,861
Total con Amerimap		3,659,874	1,173,861
1 Levantamiento laser y Ortofoto para todo el proyecto de Ruta del Sol	Servicio Aereo Industrial S.L Ltda.	1,200,000	350,000
2 Estudios de ingenieria para el sector 2	PCE - Projetos E Consultoriais de Engenharia	769,500	401,393
3 Estudios de mantenimiento y operaci3n de la concesion	Copavel - Consultoria de Engenharia Ltda	371,250	112,536
4 Estudios de ingenieria para el sector 3B	Engeloto - engenharia e Aerolebamentos S.A.	359,100	151,200
5 Estudios de ingenieria para el sector 3A	JBR Engenharia Ltda	322,151	138,065
6 Estudio de trafico y demanda	Halcrow do Brasil Ltda.	145,576	
8 Servicios de Ingenieria de consulta	Intereng Engenharia e sistemas Ltda.	85,375	
8 Asesoria de trazado de via	Habitat Consultoria em Geoprocessamento e Meio Ambiente	60,750	
9 calculo de cantidades de obra	Beton Stahl Engenharia	52,200	
10 Servicios de consultoria tecnica de planeacion	LMC Planejamento e Engenharia Ltda.	63,320	
11 Asesoria y asistencia tecnica en planificacion de perforaciones, sondeos	Wilbert Raymundo Rios Solomayor	21,500	
12 Ensayos piezocono	Terratek	64,485	
13 Cartografia Digital	Amerimap		

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁴²⁵ (Recuadro rojo no original).

A partir de la prueba documental presentada este Despacho puede evidenciar que en el presupuesto establecido entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** respecto a contratos en el exterior, no se encontraba previsto ni el valor fijo de novecientos sesenta mil dólares (USD 960.000), ni tampoco la comisión de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato de concesión (USD 10.890.000), derivado del contrato con **DCS MANAGEMENT**.

Este hallazgo es particularmente llamativo debido a que precisamente para la época en que se planificó ese presupuesto —agosto de 2009— supuestamente se encontraba en plena ejecución desde el exterior el contrato de asistencia técnica con **DCS MANAGEMENT** para la presentación de la propuesta en Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Recuérdese que los servicios profesionales con dicha empresa debían ser prestados “en el plazo de ciento veinte (120) días calendario” contados a partir de la fecha de suscripción del contrato, es decir, desde el 7 de julio de 2009.

Así mismo, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** se habían comprometido para la ejecución del presupuesto a intercambiar toda la documentación, entre ella, los contratos que tuvieran en su poder, en donde se encontraran fundamentadas las erogaciones que constituían gastos para efectos del **MOU** y del presupuesto, cuya primera remisión como lo habían acordado sería a corte del 31 de julio de 2009.

⁴²⁵ Folio7146 del cuaderno reservado general No. 10 del Expediente. Carpeta 5. Actas de ejecución del Memorando de Entendimiento. Archivo: 2009-08 ACTA DEFINICION PRESUPUESTO GASTOS.pdf.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

A partir de lo anterior, este Despacho encuentra elementos de juicio para establecer que la razón por la cual el contrato con **DCS MANAGEMENT** no estuvo contemplado en el presupuesto acordado entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** obedece a que no existía para esa época o, cuando menos, sus servicios de asistencia técnica desde el exterior nunca fueron ejecutados y simplemente obedeció a una simulación posterior o una instrumentalización con la finalidad de materializar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la segunda fase del sistema anticompetitivo. Una prueba que corrobora la anterior conclusión es que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, precisamente señaló "[q]ue habiendo estado en la estructuración técnica del proyecto no tenía presente dichos estudios. Aunque ODB estuviera en su derecho a realizar estudios adicionales, me parecía extraño no conocerlos (...)"⁴²⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Sobre el particular, esta Superintendencia recientemente ha considerado que "[p]or regla general, la libertad de empresa comprende la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica. Sin embargo, la existencia de esa libertad contractual está sujeta a especiales restricciones cuando, por ejemplo, los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia⁴²⁷ o se pretenda instrumentalizar algún contrato con el ilícito⁴²⁸ propósito de perpetuar conductas anticompetitivas"⁴²⁹ (Subrayas fuera del texto original).

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2009, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, por parte de **ODEBRECHT**, y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, por parte de **CORFICOLOMBIANA**, suscribieron el "ACTA No. 2 DE DEFINICIÓN DEL PRESUPUESTO DE GASTOS Y RECONOCIMIENTO DE COSTOS INCURRIDOS"⁴³⁰.

En dicho documento, en desarrollo del **MOU**, se acordó el procedimiento a seguir en caso de la eventual adjudicación del contrato de concesión respecto del reembolso a **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** de los valores definidos en el presupuesto de gastos, así como los demás costos y gastos en que incurrieran en (i) el estudio de la licitación (ii) preparación y presentación de la propuesta (iii) la adjudicación del contrato (iv) la constitución de la sociedad y (v) todos aquellos que sean necesarios para la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión que les fuera adjudicado hasta tanto se constituyera y estuviera operando el patrimonio autónomo que debía constituir la **CONCESIONARIA** para la administración de todos los recursos necesarios para la ejecución del contrato de concesión.

Para tal efecto, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, en caso de adjudicación del contrato de concesión, y una vez constituida la figura o figuras asociativas (**CONCESIONARIA**), debían solicitar "el reembolso de los Gastos a prorrata de su participación en los mismos, de acuerdo con lo establecido en el Acta y en el MOU, y está o estás, procederá(n) a realizarlo"⁴³¹.

En razón a ello, el 28 de enero de 2010, con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se llevó a cabo una reunión extraordinaria de la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA**. A dicha reunión asistieron sus miembros **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, **TEODULO ALVAREZ MONTAÑEZ**, **LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA**, **ALBERTO MARINO**

⁴²⁶ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Carpeta: "Respuesta a requerimiento SIC", carpeta: "1. Escrito Millán", Archivo: "2017-01-26 ESCRITO MILLÁN".

⁴²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-407A de 2018.

⁴²⁸ Decreto 2153 de 1992. "ARTICULO 46. PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."

⁴²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 del 6 de julio de 2020.

⁴³⁰ Folio 7146 del cuaderno reservado general No. 10 del Expediente. Carpeta 5. Actas de ejecución del Memorando de Entendimiento. Archivo: 2009-09-01 ACTA NO.2 DEFINICIÓN PRESUPUESTO GASTOS.

⁴³¹ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

SAMPER y JUAN CARLOS FEDERICO CAMACHO. Así mismo, es relevante destacar que también asistieron en calidad de invitados **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, JOSE ELÍAS MELO ACOSTA, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y MARKO HARASIC.**

En la referida reunión extraordinaria, "(...) *la junta directiva decidió por unanimidad la ratificación de la suscripción por parte del representante legal*" de la **CONCESIONARIA** del reconocimiento de costos y gastos en que incurrieron **ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA** con anterioridad a la adjudicación del contrato de concesión, entre otros, los relacionados con la "preparación y presentación de la oferta"⁴³².

Precisamente, en los estados financieros dictaminados del año 2010 de la **CONCESIONARIA**, en el rubro de "diferidos" se describieron los gastos de "organización y preoperativos" como aquellos que correspondían a los "(...) *costos incurridos en el proceso de participación de la Licitación SEA-LP-001-2009 Ruta del Sol, del Sector No. 2 los cuales fueron cancelados por Constructora Norberto Odebrecht S.A. y CORFICOLOMBIANA, durante el año 2009 y posteriormente trasladados a la Concesionaria*"⁴³³ (Subrayas fuera de texto original).

De acuerdo con estos estados financieros, la **CONCESIONARIA** debía reembolsar los gastos en que habían incurrido sus socios para participar en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Al respecto, en las notas a los Estados Financieros del 31 de diciembre de 2009 y 2010 se indicó:

"Licitación pública.

En el mes de julio de 2009 se firmó contrato de entendimiento entre la Sucursal y la Corporación Financiera Colombiana S.A. "Corficolombiana" para regular sus relaciones con el fin de evaluar el proceso de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 abierto por el Instituto Nacional de Concesiones "INCO" cuyo objeto fue la construcción y mejoramiento vial del denominado proyecto la Ruta del Sol y preparar una propuesta para uno o más sectores dentro de dicha Licitación.

Adicionalmente, el 1 de septiembre de 2009 las partes suscribieron el acta No. 2 de definición de presupuesto de gastos y reconocimiento de costos incurridos en el estudio de la licitación, preparación y presentación de la propuesta, adjudicación del contrato, constitución de una nueva sociedad y todos aquellos costos necesarios para la celebración, ejecución y perfeccionamiento del contrato de concesión que se adjudicará. Dichos gastos fueron posteriormente trasladados a la Concesionaria como reembolso de gastos, de acuerdo con la documentación debidamente soportada. La sucursal y Corficolombiana decidieron formular una única propuesta para el Sector 2 de la Licitación del Proyecto Ruta del Sol, bajo la modalidad de estructura plural, Promesa de Sociedad Futura 1; el 26 de octubre de 2009, se creó la Promesa de Sociedad Futura entre constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Invetimentos EM Infraestructura LTDA., Estudios y Proyectos del Sol S.A. y CSS Constructores S.A., para participar en el Sector 2 de la Licitación No. SEA-LP-001-2009."⁴³⁴ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Con fundamento en lo acordado en el **MOU** y en las actas de definición del presupuesto de gastos y reconocimiento de costos incurridos, para este Despacho las obligaciones surgidas del contrato de asistencia técnica de **DCS MANAGEMENT**, bien el pago del valor fijo de novecientos sesenta mil dólares (USD 960.000) o la comisión de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato de concesión (USD 10.890.000), al representar un gasto en la elaboración y presentación de la propuesta debían

⁴³² Folios 15323 a 15324 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente.

⁴³³ Folio 15693 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: Respuesta Oficio 17-14777-1002-1 Archivo: EEFF 2010 CO Concesionaria Ruta del Sol SAS.PDF. Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Estados Financieros 31 de diciembre de 2010 y 2009.

⁴³⁴ Ibidem.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ser reembolsados por la **CONCESIONARIA** y asumidos por cada integrante de acuerdo con su porcentaje de participación⁴³⁵.

Precisamente, en este punto es importante señalar que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, le causó extrañeza que los gastos del contrato de asistencia técnica con **DCS MANAGEMENT** "(...) no se hubieran pagado por la concesionaria. (...) "⁴³⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

Por el contrario, el contrato de asistencia técnica con **DCS MANAGEMENT**, fue cedido directamente por **ODEBRECHT** a **CONSOL**, asumiendo el consorcio constructor en su totalidad la obligación relacionada con el pago de la comisión de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato de concesión (USD 10.890.000), incluso ese pago no fue registrado contablemente⁴³⁷ como un gasto preoperativo, sino operativo, esto es, un pago que correspondería a gastos efectuados durante la operación de **CONSOL** o del contrato **EPC**, lo cual no correspondía a la realidad.

Sobre el particular, en las notas a los Estados Financieros del año 2010 de **CONSOL**, se indicó que "[l]os costos de operación y gastos operacionales de administración por el período comprendido entre el 13 de abril (fecha del acuerdo) y el 31 de diciembre de 2010 (...) " incluían un total de gastos por valor de \$101.970.852.000. Tal suma contenía gastos por asesoría técnica por un valor de \$60.230.608.000⁴³⁸. En esta última cifra se incluyó un rubro para asesorías técnicas en el exterior, en la cual se encontraba la causación del gasto de **DCS MANAGEMENT** por un valor de \$20.594.133.450⁴³⁹. No obstante, entre los documentos obrantes en el Expediente no se encontró soporte alguno para determinar que **DCS MANAGEMENT** realmente ejecutó el contrato. Esto permite establecer que ese pago se realizó sin soporte para materializar la dinámica de reembolsos y pagos ilegales.

El quinto y último aspecto que llama la atención en el análisis del cuestionado contrato es que, aun cuando supuestamente **DCS MANAGEMENT** debía prestar sus servicios profesionales "en el plazo de ciento veinte (120) días calendario" contados desde la fecha de suscripción del contrato, esto es, desde el 7 de julio hasta el 7 de noviembre de 2009. Dicho contrato también contempló una vigencia de trescientos sesenta (360) días calendario contados a partir del 15 de junio de 2009 hasta el 10 de junio de 2010, lo que coincide temporalmente con el momento en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** manifestó que se realizaría el reembolso del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, esto es, "más adelante en la concesión de la carretera en **CONSOL**"⁴⁴⁰ (Subrayas fuera del texto original).

A partir de los diferentes aspectos analizados previamente por este Despacho es posible concluir que el "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR" con **DCS MANAGEMENT**, representó un instrumento a través del cual **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión

⁴³⁵ Integrada por (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%); (ii) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** -ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**- (37.00%); (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.** (33.00%); y (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%).

⁴³⁶ Folio 15532 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: "Respuesta a requerimiento SIC", Carpeta: "1. Escrito Millán", Archivo: "2017-01-26 ESCRITO MILLÁN".

⁴³⁷ Folio 4399 del cuaderno reservado general No. 5. Carpeta "17-14777", Carpeta: "CONSORCIO 2010.2015", Carpeta: "CCRS2010", Carpeta: "3E", Archivo: "CCRS - Gastos a DIC 2010.xlsx".

⁴³⁸ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Consorcio Constructor Ruta del Sol-Consol. Estados Financieros al 31 de diciembre de 2010. Nombre del archivo: 12.CONVOL-Estados Financieros 2010.pdf.

⁴³⁹ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Hoja "tabla" 5.2.10.35.01404 Asesoría Técnica del Exterior. Nombre del archivo: Honorarios y Servicios Técnicos 2010 -Excel.

⁴⁴⁰ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:19:28.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

No. 001 de 2010, materializaron inicialmente la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

12.6.4.1.2.2. Pagos irregulares identificados por MAURICIO MILLÁN DREWS

En ejercicio del cargo de Gerente de Administración Contractual de CONSOL, MAURICIO MILLÁN DREWS —desde 2010 hasta 2014—, identificó una serie de pagos y transacciones por montos elevados que llamaron su atención debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación, entre ellos, como se advirtió previamente, algunos relacionados con DCS MANAGEMENT.

Sobre el particular, existe prueba documental que permite apreciar que MAURICIO MILLÁN DREWS identificó una "transacción importante" que particularmente llamó su atención. Es así como en un documento que suscribió, en el curso de la auditoría que realizó GRUPO AVAL sobre la "Licitación Ruta del Sol Sector II y Adición Ocaña Gamarra", puso en conocimiento esta situación. Al respecto se lee lo siguiente:

"1. En forma posterior a la adjudicación e inicio de actividades del consorcio constructor de la Ruta del Sol, (posiblemente dentro de los primeros 4 meses de 2010) identifiqué una transacción importante (posiblemente mayor a 16 mil millones de pesos) relacionada con el proyecto, derivada si no estoy mal, del traslado al consorcio de un contrato previamente firmado por ODB para realizar unos estudios de ingeniería contratados por ODB en el exterior para la formulación de la oferta. Los cuales, de acuerdo con lo que me explicó el Director y Representante legal del Consorcio [MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES] estaban considerados dentro del valor ofertado dentro de un rubro general de gastos generales.

2. Aunque sabía que el reconocimiento de gastos previos se realiza en estos proyectos y el rubro general existía, me llamó la atención particular por lo siguiente:

a. Que habiendo estado en la estructuración técnica del proyecto no tenía presente dichos estudios. Aunque ODB estuviera en su derecho a realizar estudios adicionales, me parecía extraño no conocerlos y que no se hubieran pagado por la concesionaria.

b. Adicionalmente por comentarios sueltos del Director del Consorcio [MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES] hechos en otros escenarios, se me generó la preocupación que durante el proceso licitatorio ODB hubiera realizado algún acto irregular en alguna etapa del contrato hasta dicho momento.

3. En consideración a lo anterior le presenté la preocupación al Presidente de Corficolombiana – José Elías Melo en dicho momento y quedé pendiente de instrucciones. Posteriormente, varios días después, me informó el presidente de Corficolombiana que había tenido una reunión con los directivos de ODB y me indicó en términos generales que en la medida que existía el rubro y la responsabilidad de estas decisiones en el acuerdo de consorcio, estaban en cabeza de ODB procediera con los reconocimientos. (...)"⁴⁴¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de la prueba documental presentada es posible evidenciar que, si bien ODEBRECHT estaba facultada para realizar "estudios adicionales" en la preparación de la oferta, que en virtud del MOU no debían ser cubiertos conjuntamente por los socios, a MAURICIO MILLÁN DREWS le llamó la atención la referida transacción no solo por su elevado monto, sino también debido a que, habiendo estado en la estructuración técnica del proyecto, le "parecía extraño no conocerlos y que no se hubieran pagado por la concesionaria". A esto se suma que MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES realizó "comentarios sueltos" que le generaron preocupación a MAURICIO MILLÁN DREWS de que ODEBRECHT "hubiera realizado algún acto irregular en alguna etapa del contrato hasta dicho momento".

⁴⁴¹ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Archivo: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Las anteriores razones que llamaron la atención y generaron preocupación en **MAURICIO MILLÁN DREWS**, valoradas en conjunto con las evidencias obrantes en el Expediente, resultan para este Despacho completamente fundadas y plenamente coincidentes con los diferentes comportamientos ejecutados en el marco del sistema anticompetitivo que desplegaron **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.

En efecto, la extrañeza que le generó a **MAURICIO MILLÁN DREWS** el hecho de no conocer esos "estudios adicionales" en la preparación de la oferta, se traduce en que carecían de soporte o justificación, es decir, eran inexistentes y simplemente implicaban la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares a través de la cual se realizó la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, que precisamente **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** planificaron ejecutar "en forma posterior a la adjudicación e inicio de actividades del consorcio constructor de la Ruta del Sol".

Igualmente, ese "acto irregular" que generó preocupación en **MAURICIO MILLÁN DREWS** lo constituía la existencia de un acuerdo anticompetitivo con que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** aseguraron la adjudicación del contrato de concesión en favor de la **CONCESIONARIA**.

Las pruebas obrantes en el Expediente también permiten establecer que los referidos pagos irregulares tuvieron lugar durante los primeros meses del año 2010. Otro aspecto que queda en evidencia es que la transacción le fue presentada a **MAURICIO MILLÁN DREWS** por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** (empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol 2), quien era su "jefe inmediato"⁴⁴². Debe recordarse que precisamente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** señaló que para hacer la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo en la ejecución del contrato "(...) tenía una persona allá que es **MANUEL XIMENES**"⁴⁴³.

Sobre este asunto, **MAURICIO MILLÁN DREWS** en una de las declaraciones que rindió en el proceso penal adelantado contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** señaló:

*"Como comenté la vez pasada, al inicio del proyecto, hubo un pago que me llamó la atención y que me acuerdo era del orden de 16 mil millones de pesos, o más, pero no me acuerdo bien del valor, la gente de ODEBRECHT, en particular **MANUEL XIMENES** me pasó un concepto de cobro de gastos de la oferta, que en teoría se había generado antes de la adjudicación y en desarrollo de la oferta, y que era por concepto de diseños y de ingeniería para la oferta, sino estoy mal, ODEBRECHT cedía un contrato al consorcio, cuya única obligación pendiente era el pago. En relación, entonces con un pago de esas proporciones a mí me preocupó y por eso fue que acudí al doctor MELO, para solicitar indicaciones, como lo mencioné en la declaración anterior, ya que yo no tenía claro que dichos estudios se hubieran hecho durante la propuesta*

(...)

*Esa transacción me la presentó **MANUEL XIMENES**, él me dijo o más o menos me acuerdo, que era algo mandado por **LUIZ BUENO**, porque fue un contrato de cesión que ODEBRECHT le hizo al CONSORCIO. Llega luego el contrato de CESIÓN donde ODEBRECHT le hizo al CONSORCIO, yo hice este contrato durante la oferta para su preparación y que en virtud del mismo por existir una comisión de éxito el CONSORCIO debía recibir la cesión y pagar ya que los servicios fueron prestados durante la oferta. De ahí ya pasa lo que yo comenté en la anterior oportunidad de la consulta con el doctor*

⁴⁴² Folio 4196 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 26 de julio de 2017. Min. 3:19:35.

⁴⁴³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MELO, quien me autoriza. Eso fue en el primer semestre de 2010 (...) ⁴⁴⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En efecto, el referido pago fue identificado "en el primer semestre de 2010" por parte de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, lo que es un aspecto que coincide temporalmente con el momento en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** manifestó que se ejecutaría el mecanismo acordado con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, para realizar el reembolso del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, el cual, recuérdese, se haría "más adelante en la concesión de la carretera en CONSOL"⁴⁴⁵. Lo anterior fue corroborado por **MAURICIO MILLÁN DREWS** ante esta Entidad:

"DELEGATURA: ¿El pago que le llama la atención, que estamos haciendo referencia, en qué época ocurrió?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Durante el primer año.

DELEGATURA: ¿Qué año?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Durante el primer año de ejecución del proyecto, 2010.

DELEGATURA: ¿Sabe el mes?

MAURICIO MILLÁN DREWS: No, pero fue, seguramente fue en primer semestre"⁴⁴⁶.

Así mismo, las pruebas presentadas permiten establecer que la transacción estaba relacionada con el "cobro de gastos de la oferta, que en teoría se había generado antes de la adjudicación y en desarrollo de la oferta" contratados supuestamente por **ODEBRECHT**. Igualmente, se logra evidenciar que debido a la preocupación que le generó a **MAURICIO MILLÁN DREWS** el referido pago, acudió a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con el propósito de "solicitar indicaciones", quien autorizó esa transacción. Aspecto que fue corroborado por **MAURICIO MILLÁN DREWS** ante esta Entidad:

"DELEGATURA: Y en relación con ese pago que llamó su atención, ¿Usted qué hizo antes de autorizarlo?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Yo consulté al Dr. Melo.

DELEGATURA: ¿Por teléfono?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Presencialmente.

DELEGATURA: ¿Presencialmente en la oficina de él?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Sí.

DELEGATURA: ¿Y usted lo buscó para preguntarle ese tema o algún otro?

MAURICIO MILLÁN DREWS: No, específicamente para ese tema porque pues yo estaba arrancando en relación con eso y digamos en relación con, o sea yo era consciente y siempre fuimos conscientes de que por parte de ellos hicieron un gran, mejor dicho toda la dirección técnica digamos de la oferta fue por parte de ellos, en ese sentido.

⁴⁴⁴ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "Carpeta 1", Archivo. CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

⁴⁴⁵ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:19:28.

⁴⁴⁶ Folio 2243 del reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de febrero de 2017. Min. 1:05:50.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

DELEGATURA: ¿Qué respuesta recibió del Dr. Melo?

MAURICIO MILLÁN DREWS: Que si estaba dentro del presupuesto y que si estaba dentro de las reglas que se habían establecido pues que lo correcto era proceder a firmar⁴⁴⁷.

La evidencia presentada permite apreciar no solo el pleno conocimiento, sino también la completa aprobación y beneplácito de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en la dinámica ilegal, máxime cuando según **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** la persona que usaría **CORFICOLOMBIANA** para hacer la "división de los costos"⁴⁴⁸ del pago derivado del acuerdo anticompetitivo era precisamente **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Además, no puede olvidarse que quien ocupara el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** no solo debía autorizar "todos los actos que generen gastos, y los pagos que efectúe el Consorcio"⁴⁴⁹, lo que incluía las obligaciones contractuales, sino que también tenía una vinculación tanto con **EPISOL** como con **CORFICOLOMBIANA**, tal y como se evidenció con suficiencia en acápites previos.

Por otra parte, sobre la forma en que **MAURICIO MILLÁN DREWS** colocaba en conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** los pagos que llamaban su atención, ante el Tribunal de Arbitramento de la **CONCESIONARIA** contra la **ANI**, indicó:

"DRA. CONTRERAS: Cuando usted señalaba que le generaban, que le llamaban la atención esos aspectos que le llamaban en particular o los motivos que usted señalaba, como los manifestaba, cuál era el medio, lo hacía verbalmente, por escrito, dejó comunicaciones y a quién se las hacía?

SR. MILLAN: Verbalmente

DRA. CONTRERAS: Y a quien se las hacía?

SR. MILLÁN: Al doctor Melo⁴⁵⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Lo anterior es plenamente concordante con los aspectos declarados por **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) respecto a que entre **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** existía una continua y directa comunicación de forma "verbal o por email o por teléfono"⁴⁵¹ para reportar resultados y que incluso **MAURICIO MILLÁN DREWS** asistía "casi todas las semanas"⁴⁵² a **CORFICOLOMBIANA** para realizar seguimiento periódico a la "inversión" que les representaba el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

En ese sentido, existe prueba que permite determinar que debido al conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** de las irregularidades que caracterizaban los pagos, y su participación directa en

⁴⁴⁷ Folio 2243 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de febrero de 2017. Min. 01:06:50.

⁴⁴⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

⁴⁴⁹ Folio 15313 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: ENTREGA SIC CFCV 03/c) ACUERDO DE CONSORCIO. Archivo: 2010-04-20 Otro Sí N. 1 Modificadorio Acuerdo Consorcio 20100413.

⁴⁵⁰ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 29 de enero de 2018. Archivo: Cuaderno de Pruebas 196. p. 298.

⁴⁵¹ Folio 4194 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "17-14777-190717" Declaración de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de julio de 2017. Min. 2:17:10.

⁴⁵² *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

el entramado ilegal, ordenó que estos fueran efectuados, es decir, "*hacer el giro*", lo que permitía la plena ejecución del sistema anticompetitivo. Al respecto, **MAURICIO MILLÁN DREWS** declaró:

"FISCAL: *¿Por qué le llamaron la atención ese contrato?*

MAURICIO MILLÁN DREWS: *Porque cuando yo estuve durante en algunas de las actividades durante la preparación de la oferta, aunque no estuve todo el tiempo, yo no identificaba ese consultor y —digamos— aunque el contrato y el proyecto era muy grande, pues era para ese momento —digamos— era un monto importante alrededor de 17, siempre lo ubicaba alrededor de 18 mil millones de pesos ese contrato como tal. Entonces, me llamó la atención y como me llamó la atención porque no tenía claro los antecedentes y de entrada estaba —digamos— un contrato previo de ODEBRECHT que fue antes en teoría había sido antes, acudí a donde el doctor JOSÉ ELÍAS MELO para aclarar el tema y mirar cómo procedía (...) alrededor de 18 mil millones de pesos.*

FISCAL: *¿Cuándo a usted le llama la atención ese contrato y ese valor, usted acude a dónde quién?*

MAURICIO MILLÁN DREWS: *A donde el doctor JOSÉ ELÍAS MELO.*

FISCAL: *¿Y usted qué le dice al señor JOSÉ ELÍAS MELO?*

MAURICIO MILLÁN DREWS: *Pues que me llamaba la atención y que, pues, que era importante aclarar en relación con eso, aclarar el tema para mirar cómo procedía yo. Me informó que iba a hablar con los de ODEBRECHT y posterior a unas semanas después o varias semanas después, —digamos— acudí a donde él nuevamente a la oficina de él y me informó que él había hablado ya con los de ODEBRECHT y que ellos eran, pues que les había aclarado el tema, que le había dicho eso, que, pues que les había hablado algo en relación con ese giro, y me dijo que como ellos eran los líderes, ellos eran los que habían conservado la responsabilidad siempre en relación con el liderazgo y la responsabilidad al interior del consorcio, que ellos eran los responsables y que procediera a girar, a hacer el giro"⁴⁵³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Para este Despacho no se advierte ninguna razón que justifique el comportamiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en aprobar que se realizaran unos pagos que eran completamente irregulares, diferente a que no era ajeno a los hallazgos transmitidos por **MAURICIO MILLÁN DREWS** y a su rol protagónico y activa participación en todo el entramado ilegal que hacía posible la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

A partir de lo expuesto, no resultan de recibo para este Despacho los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que antes de 2017 **MAURICIO MILLÁN DREWS** no había expresado ninguna preocupación frente a los pagos que aprobó como Gerente Contractual de **CONSOL**.

Por otra parte, **MAURICIO MILLÁN DREWS** sostuvo ante esta Entidad que los pagos irregulares que advirtió estaban relacionados con "*la preparación de la oferta*" y que se trataba de consultores que "*eran del exterior*".

"DELEGATURA: *¿Estaban relacionados con qué?*

MAURICIO MILLÁN DREWS: *La consultoría, hubo muchas consultorías muy grandes para la preparación de la oferta y el pago estaba relacionado con la preparación de la oferta.*

DELEGATURA: *¿Los consultores usted dice eran en el exterior?*

⁴⁵³ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Carpeta: "CAJA 1 CARPETAS DE JUICIO", Carpeta: "CARPETA CD", Carpeta: "36 JUZGADO 14-24-01-19", Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 24 de enero de 2019. Min. 31:20.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

MAURICIO MILLÁN DREWS: *Pues eran del exterior*⁴⁵⁴.

Precisamente, en el Expediente existen evidencias que permiten establecer que los cuestionados pagos por "alrededor de 18 mil millones de pesos" fueron realizados a **DCS MANAGEMENT**. Al respecto, **MAURICIO MILLÁN DREWS** corroboró que los pagos que llamaron su atención estuvieron relacionados con una cesión de contrato de **ODEBRECHT** a **CONSOL** por servicios prestados por "unos consultores internacionales":

"FISCAL: ¿Qué pagos le llamaron la atención durante el desarrollo del proyecto Ruta del Sol II?

MAURICIO MILLÁN DREWS: *En el año 2010 hubo un pago en particular que me llamó la atención que era derivado de un contrato de ODEBRECHT que le hacía una cesión, un contrato que había firmado ODEBRECHT originalmente que le hacía una cesión al consorcio constructor con unos consultores internacionales por unos servicios prestados digamos durante la oferta*⁴⁵⁵.

Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** precisamente declaró que con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** acordaron implementar la dinámica de reembolsos a través de esa cesión de contrato de **ODEBRECHT** a **CONSOL**. A continuación, lo dicho por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**.

"LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Doctor JOSÉ ELÍAS MELO tenía conocimiento que nosotros anticipábamos el pago de los 6.5 por cuenta del tema de compliance, o sea a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT pagó a GABRIEL 6.5 millones de dólares un poco más adelante, después de la cesión del contrato de la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT para CONSOL, CONSOL providenció y pagó conforme los documentos aportados en mi denuncia. La empresa DETECCIÓN DE RIESGOS TÉCNICOS, el representante de CORFICOLOMBIANA, MAURICIO MILLÁN, como nosotros pudimos leer ahora firmó los documentos.

JUEZ: ¿Usted tuvo alguna conversación, trató el tema de ese pago de ese segundo que se le hizo a la empresa española con el señor JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA?

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Doctor, no fue un segundo pago, fueron tres pagos que fueron hechos por CONSOL a esa empresa española y porque yo y JOSÉ ELÍAS acordamos de esos pagos que ODEBRECHT anticipa el pago de CORFICOLOMBIANA y nosotros ajustamos las cuentas después en el contrato de construcción en CONSOL como lo he dicho en mi denuncia⁴⁵⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, de conformidad con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, uno de los principales artífices de toda la estrategia ilegal, en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares se efectuaron "tres pagos" a la empresa española **DCS MANAGEMENT**. Así mismo, se puede corroborar que los referidos pagos o el ajuste de cuentas se realizó "en el contrato de construcción" a través de **CONSOL**. Lo anterior lo corroboran pruebas documentales obrantes en el Expediente que evidencian la existencia de tres (3) facturas de **DCS MANAGEMENT** cuyo destinatario era **CONSOL**⁴⁵⁷. A continuación, se presenta la relación de las referidas facturas.

⁴⁵⁴ Folio 2243 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de febrero de 2017. Min. 01:06:30.

⁴⁵⁵ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Carpeta: "CAJA 1 CARPETAS DE JUICIO", Carpeta: "CARPETA CD", Carpeta: "36 JUZGADO 14-24-01-19". Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 24 de enero de 2019. Min. 30:40.

⁴⁵⁶ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 4:46:49.

⁴⁵⁷ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT FACTURAS. Archivo: FACTURAS.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 8. Relación de facturas DCS MANAGEMENT a CONSOL

FACTURA No.	FECHA	VALOR (DÓLARES)
140/2010	4 de junio de 2010	5.445.000
205/2010	21 de junio de 2010	3.267.000
246/2010	9 de julio de 2010	2.178.000
TOTAL		10.890.000

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁵⁸.

En este punto es menester señalar que **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado sostuvo que no tiene sentido que a través de **DCS MANAGEMENT** se autorizara un pago cinco (5) veces mayor a los dos millones ciento cuarenta mil dólares (USD 2.140.000) que supuestamente se comprometió a reembolsar a **ODEBRECHT** por el pago de los seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000). Al respecto, es importante advertir que las diferentes pruebas que fueron presentadas previamente evidencian que a través de **DCS MANAGEMENT** se realizó la división de costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Además, no puede olvidarse que existen más pagos que siguieron la misma lógica que caracterizó esa dinámica, en particular, los relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM y CONSULTORES UNIDOS** sobre los cuales existen evidencias que se presentarán posteriormente que permiten atribuirles propósitos similares, en este caso, asociados con asegurar el éxito de una adición contractual en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Por otra parte, se rechazan los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que no existe prueba de que el pago del reembolso haya ingresado a **ODEBRECHT**. No puede olvidarse que, tal y como se ha evidenciado a través de múltiples pruebas, el *modus operandi* contemplaba una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de los libros de contabilidad y cuentas bancarias en el exterior, a través del cual también se realizó el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

En esa medida, con las particularidades advertidas en el presente caso, y las diferentes conductas que se encuentran plenamente probadas en el marco del sistema anticompetitivo, la ausencia de prueba directa sobre ese aspecto, lejos de excusar la responsabilidad de las empresas involucradas, para este Despacho corrobora el funcionamiento de un sofisticado entramado criminal que permitía no dejar rastro de las operaciones clandestinas que se ejecutaban, máxime cuando su principal artífice —**LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**— reconoció el pago del reembolso a través de **DCS MANAGEMENT** y existen evidencias que indican que **ODEBRECHT** destruyó información contable relacionada con los referidos pagos. Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** confesó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le reveló que "(...) ellos [**ODEBRECHT**] habían destruido parte de esa información antes de la llegada de la Policía Federal a sus oficinas en Brasil"⁴⁵⁹.

De conformidad con lo anterior, es importante indicar que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** señaló que esos pagos a **DCS MANAGEMENT** se realizaron a través del **BANCO DE BOGOTÁ** y fueron aprobados por **MAURICIO MILLÁN DREWS**⁴⁶⁰, en representación de **CORFICOLOMBIANA**, así como, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** y **LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA**, en representación de **ODEBRECHT**. Al respecto, declaró lo siguiente:

"FISCAL: El pago referido de ajuste de cuentas ¿se hizo a través de qué entidad financiera?

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ Folio 12378 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Tribunal de Arbitramento **CONCESIONARIA** contra **ANI**. Archivo: Transcripción testimonio Gabriel García Audiencia 26.02.18.

⁴⁶⁰ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Banco de Bogotá. Pero, importante aclarar que esto fue un procedimiento hecho directamente por los representantes de CONSOL. Yo no cuidé de ese tema, esos fueron los representantes de CONSOL, lo hicieron directivos de CONSOL.

FISCAL: ¿Quiénes fueron señor BUENO JUNIOR? ¿Quiénes fueron los encargados de hacer el pago, de hacer el pago a la empresa de Detección de Riesgos DCS Management? ¿Quiénes fueron las personas encargadas de materializar ese pago señor Bueno Junior?

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR: Son los representantes de la empresa, MAURICIO MILLÁN por CORFICOLOMBIANA, MANUEL XIMENES o LUIZ CLAUDIO que es quien firma uno de esos documentos, por lo que yo pude leer y LUIZ CLAUDIO importante era un funcionario de ODEBRECHT⁴⁶¹.

La anterior declaración es plenamente coincidente con la dinámica acordada entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** respecto a que "posteriormente se dividiría los costos a lo largo del proyecto" a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, por parte de **ODEBRECHT**, y **MAURICIO MILLÁN DREWS**, por parte de **CORFICOLOMBIANA**. Al respecto, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** señaló:

"ODEBRECHT pagó la totalidad de los 6.5 millones de dólares a GABRIEL GARCÍA como ya dije, entonces como JOSÉ ELÍAS MELO tenía la dificultad de realizar los pagos por el tema de ética corporativa (compliance) y que por esto ODEBRECHT se encargaría de pagar 100 por ciento del pago y que posteriormente se dividiría los costos a lo largo del proyecto, exclusivamente entre ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA, ahí tienen actividad directamente en el contrato, yo tenía una persona allá que es MANUEL XIMENES él es brasilero, ya salió de ODEBRECHT, no sé dónde está y CORFICOLOMBIANA tenía su representante que era MAURICIO MILLÁN, entre ellos dos se hacía la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA, quiero aclarar que ODEBRECHT no asumió el 100% de los costos, por esa razón de los 6.5 millones de dólares"⁴⁶² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Por otra parte, existen evidencias que permiten a este Despacho rastrear los tres (3) pagos efectuados a **DCS MANAGEMENT** durante la dinámica de reembolsos y pagos irregulares. En efecto, en el archivo denominado "Data Contable 2010 Movi contable"⁴⁶³, se pueden apreciar registros de movimientos en la "cuenta de bancos" referida a la cuenta "BOGOTÁ CTA.CTE. [REDACTED]".

De esta manera, es posible establecer que dentro de los documentos soporte de las tres (3) facturas referidas previamente se encuentra un documento de Venta de Divisas del **BANCO DE BOGOTÁ** en el que la información del cliente es la **CONCESIONARIA**⁴⁶⁴. En ese documento se observa que la transferencia de divisas tiene como beneficiario a "DISEÑO SERVICIO Y CONSTRUC. MANAGEMENT"—**DCS MANAGEMENT**— y el intermediario es Citibank, N.A. New York y, el banco beneficiario, es la Banca Privada de Andorra⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:45:48.

⁴⁶² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

⁴⁶³ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Nombre del archivo: "12. Data Contable 2010 Movi Contable".

⁴⁶⁴ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Nombre de la carpeta: 11.DCS MANGEMENT. Nombre de los archivos: Soportes Fac 140_2010, Soportes Fac 205_2010, Soportes Fac 246_2010.

⁴⁶⁵ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Nombre de la carpeta: 11.DCS MANGEMENT. Nombre de los archivos: Soportes Fac 140_2010, Soportes Fac 205_2010, Soportes Fac 246_2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En este punto es importante advertir una similitud con la estrategia implementada para el pago inicial que ODEBRECHT realizó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la primera fase del sistema anticompetitivo. Dicha coincidencia está relacionada con el uso de la "Banca privada D'Andorra BPA" a través de la cual ODEBRECHT también realizó las seis (6) consignaciones a **LURION TRADING INC** durante el año 2010 por valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo.

Precisamente, estudios relacionados con el *modus operandi* del "Departamento de Operaciones Estructuradas" de ODEBRECHT revelan como un rasgo característico que los pagos ilícitos pasaban por múltiples entidades y cuentas offshore antes de llegar a sus destinatarios finales y, así mismo, aprovechaban pequeños bancos localizados en países con leyes estrictas de protección del secreto bancario.

*"La DOE manejaba y distribuía fondos que nunca fueron registrados en los balances generales de la empresa (que incluyen el registro de activos y pasivos). Una vez generados, los fondos eran canalizados por la DOE a una serie de entidades offshore que no estaban incluidas en los balances generales de Odebrecht como entidades relacionadas. Estas entidades fueron establecidas por la DOE y manejadas por dueños "benéficos" que eran compensados por abrir y, en algunos casos, operar estas entidades. Gran parte de los pagos ilícitos pasaban por múltiples entidades y cuentas antes de llegar a los destinatarios finales. De esta forma, los miembros de Odebrecht tomaban distancia de estos pagos. Con el fin de facilitar los movimientos ilícitos de dinero, Odebrecht y sus socios utilizaban pequeños bancos localizados en países con leyes estrictas de protección del secreto bancario. Para que estos bancos cooperaran, Odebrecht, frecuentemente pagaba honorarios y altas tasas de interés a estas instituciones junto a un porcentaje de las transacciones ilícitas a ciertos ejecutivos bancarios cómplices."*⁴⁶⁶
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En este punto es relevante mencionar que para marzo de 2015 la Red de Ejecución de Delitos Financieros del Departamento del Tesoro de los EE.UU.⁴⁶⁷ declaró a la "Banca privada D'Andorra BPA" como una institución financiera extranjera de principal preocupación por lavado de activos debido a información que indicaba que, durante varios años, los gerentes de alto nivel de la BPA con pleno conocimiento habían facilitado transacciones de lavado de dinero en favor de terceros que actuaban en nombre de organizaciones criminales transnacionales.

A partir del análisis de las diferentes evidencias este Despacho encuentra demostrado que la división de costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo se ejecutó "a lo largo del proyecto" Ruta del Sol 2, a través de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares. Como puede apreciarse, tal y como quedó en evidencia durante la primera fase del sistema anticompetitivo, la dinámica de reembolsos ejecutada fue consecuencia de que ODEBRECHT, si bien realizaría el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, "no asumió el 100% de los costos" del pago derivado del acuerdo anticompetitivo. Por esa razón, ODEBRECHT, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, realizaron "la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a **GABRIEL GARCÍA**".

Con ese propósito, ODEBRECHT instruyó a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol, para que en ejecución de sus funciones, estuviera al tanto de la autorización de los pagos que correspondiera realizar. Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** manifestó:

⁴⁶⁶ DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE EL CASO ODEBRECHT. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Documento de referencia N°43. Junio 2019. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/10/DocRef4_Informe-Analisis-Datos.pdf.

⁴⁶⁷ Disponible en: <https://www.fincen.gov/news/news-releases/fincen-names-banca-privada-dandorra-foreign-financial-institution-primary-money>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"PREGUNTADO: ¿Cómo se aseguró ODEBRECHT de que CORFICOLOMBIANA pagara el porcentaje que le correspondía de los 6.5 millones de dólares?

CONTESTO: Yo di orientación a MANUEL XIMENES para hacer la división de los costos y si eso no pasaba o hubiera tenido algún problema, ese tema volvería a mí de nuevo para yo solucionarlo con JOSÉ ELÍAS MELO, nunca ocurrió porque se cumplió como se había acordado⁴⁶⁸ (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

La prueba analizada también permite evidenciar que cualquier "problema" que se llegara a presentar en la autorización de los pagos sería solucionado directamente entre LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, por parte de ODEBRECHT, y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, por parte de CORFICOLOMBIANA.

De esa forma, la división de los costos del pago a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES por el acuerdo anticompetitivo, tarea que, por parte de ODEBRECHT, fue encomendada a MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, se estaba efectivamente realizando durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 que tal y como lo reconoció su principal promotor "se cumplió como se había acordado".

Adicionalmente, en una segunda oportunidad, luego de un "cambio de estructura" en CONSOL, MAURICIO MILLÁN DREWS también identificó pagos que llamaron su atención en 2012 y 2014. Sobre esta situación indicó:

"(...) Posteriormente y en el documento de la auditoria revelé una segunda parte, para lo cual creo que es importante mencionar como antecedentes que en algún momento del proyecto se decidió un **cambio de estructura en el consorcio constructor y dada la complejidad que se estaban presentando en la obra** y las distancias que se deben recorrer, se definieron dos direcciones de obra una en el norte y otra en el sur, creo que esto fue a finales de 2012 y principios de 2013.

(...)

Nuevamente resalto que con esta división tampoco tenía obligaciones de cumplimiento ni de auditoria, ni de cumplimiento por parte de mi gerencia y aproximadamente creo que fue en 3 ocasiones, que creo que fueron posteriores a la división, me llamaron la atención alrededor de 3 pagos que de una primera lectura cumplían, no tenían nada que llamara la atención y que pertenecían si no estoy mal a la dirección norte del proyecto. Creo que me llamaron la atención porque cuando pregunté brevemente por ellos a alguien en la dirección norte no recuerdo bien, posiblemente de la dirección financiera no los asociaba con actividades que fueran a ejecutar en ese momento, o que su ubicación no cuadra del todo con los planes de obra, o tenía alguna característica extraña en el valor, como un valor cerrado.

(...)

En la última conversación con el doctor MELO me reiteró que la responsabilidad en el tema del CONSORCIO era de los socios mayoristas y me indicó que no volviera con esos temas, eso fue en algún momento de 2014 (...) ⁴⁶⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, existieron otros pagos que llamaron la atención de MAURICIO MILLÁN DREWS debido a que no estaban asociados "con actividades que fueran a ejecutar en ese momento, o que su ubicación no cuadra del todo con los planes de obra". Dicho en otras palabras,

⁴⁶⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 28 de abril de 2017. p. 7 y 8.

⁴⁶⁹ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de MAURICIO MILLÁN DREWS. 29 de enero de 2018. Archivo: Cuaderno de Pruebas 196 del Folio 1 al 510. p. 294 y 301.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

eran transacciones que, como rasgo común, al igual que los identificados en el "primer semestre de 2010", carecían de soporte o debida justificación.

Estos hallazgos también fueron puestos de presente en el curso de la auditoría interna realizada por parte del **GRUPO AVAL**. En dicho documento, **MAURICIO MILLÁN DREWS** resaltó lo siguiente:

"(...) 4. La situación anterior no fue la única que observé, ocasionalmente durante mi participación en el proyecto y aunque mi labor no era el de revisar el proceso de gestión de los contratos, para lo cual había otros recursos humanos en el consorcio, **detecté que el área administrativa y financiera del consorcio alrededor de 3 veces, me pasaron algunos pagos que me llamaron la atención en virtud de características que aunque cumplían con los requisitos formales, no estaban asociados a actividades que en ese momento se fueran a ejecutar, o tenían características extrañas como números cerrados en anticipos de contratos de obra que no son usuales**, y tuvieron como característica igualmente que pertenecían a la dirección Norte del Proyecto. Estos hechos si no estoy mal sucedieron principalmente cuando por decisión del comité del consorcio la obra se dividió en dos direcciones independientes (Sur y Norte), y mi ubicación funcional se estableció en el Sur (periodo más o menos mediados o finales de 2012 hasta que estuve en el proyecto a mediados de 2014). **Al indagar sobre ellos no obtenía una respuesta clara, y en general me mencionaban que los mismos habían sido definidos en Bogotá.**

5. En virtud de lo anterior, y que estos pagos tenían serios indicios de irregularidad y la preocupación que había tenido en la ocasión anterior aumentada por las actitudes del personal de ODB, nuevamente acudí a la Presidencia de Corficolombiana en cada una de las ocasiones.

6. En estas diferentes ocasiones el proceso fue similar al primero, varios días después de explicar la situación ante el Dr. Melo, me indicaba que se había reunido con ODB, que le había explicado a ellos las preocupaciones. En todo caso, dado que la responsabilidad de contratar, y gestionar el proyecto estaba en cabeza de ODB en consonancia con el acuerdo de consorcio, procediera con el pago.

7. En la última conversación con el Dr. Melo que debió ser en el primer trimestre de 2014, me indicó que ya no volviera con esos temas, reiteró que la responsabilidad en el acuerdo de consorcio para las decisiones de contratación y su seguimiento estaba en los socios y no en nuestra cabeza.

8. Yo no participé en las reuniones del Dr. Melo con ODB que menciono en la parte superior, por lo cual no conozco los detalles.

9. En relación con posibles transacciones diferentes a las expresadas en el objeto de los pagos, no tuve nunca información, no conocí a las personas con que se negociaron, y menos participé de su formulación.

10. No puedo asegurar que no se me hubieran pasado otros pagos sospechosos.

(...)⁴⁷⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Nótese que de la prueba documental presentada es posible evidenciar que otra característica de los referidos pagos que causaron extrañeza en **MAURICIO MILLÁN DREWS** era que existían "números cerrados en anticipos de contratos de obra", lo que desde su experiencia como Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** era algo completamente inusual. A lo que se suma el hecho de que nunca obtuvo una "respuesta clara" al indagar sobre esas particularidades.

A partir de las anteriores circunstancias **MAURICIO MILLÁN DREWS** logró concluir que existían "serios indicios de irregularidad" en los referidos pagos y, en consecuencia, así como con los pagos irregulares identificados en el primer semestre de 2010, "en cada una de las ocasiones" acudió a la "Presidencia de Corficolombiana", en donde transmitía y explicaba sus "preocupaciones".

⁴⁷⁰ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Documento: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como se desprende de la prueba analizada, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** le indicaba "que se había reunido" con **ODEBRECHT** y que, en consecuencia, "procediera con el pago". Este hecho permite corroborar nuevamente no solo el conocimiento, sino también la completa aprobación por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** representante de **CORFICOLOMBIANA** en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, máxime cuando **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, al conocer de las irregularidades que le transmitía **MAURICIO MILLÁN DREWS**, le indicaba que "no volviera con esos temas"⁴⁷¹. En esa medida, los argumentos presentados por **EPISOL** en sus observaciones al Informe Motivado con que pretende aducir que funcionarios de **ODEBRECHT** tenían una estrategia para ocultar información a **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** no tienen ningún mérito de prosperidad.

12.6.4.1.2.3. Pagos irregulares identificados por JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ

Por otra parte, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado en misión de **EPISOL**, que ocupó el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** a partir de 2014, también identificó pagos que llamaron su atención debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación. Al respecto, explicó con detalle una situación que se presentó frente a una autorización de pagos para el **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA** y una firma llamada **RGQ LOGISTIC**.

"DELEGATURA: *En relación con los pagos, en el marco del Consorcio Constructor - CONSOL, ¿Qué ocurría si usted no autorizaba un pago?*

JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ: Bueno, entonces vamos a entrar en un tema específico, pues como para poderlo explicar. El acuerdo de accionistas en uno de sus capítulos decía: Que para autorizar y que para que un pago fuera legal dentro del Consorcio Constructor debería llevar 3 firmas: 2 firmas por parte de funcionarios de ODEBRECHT y 1 firma por parte del funcionario designado por EPISOL. ¿Sí? Entonces —digamos— ese era el requisito que decía el acuerdo de accionistas, y eso había pues obviamente que cumplirlo a raja tabla, porque era acuerdo de accionistas.

Entonces nos trasladamos a finales de... mediados, finales del mes de marzo de 2015, donde hubo un caso muy especial, muy específico, en donde —digamos— yo estaba en ese momento laborando en Puerto Boyacá, mi oficina era en el último piso, un edificio ahí de 4 pisos, entonces donde estábamos todos los gerentes, y allí, —digamos— yo estaba en mi oficina laborando, cuando llegó inusualmente porque —digamos— que a mí los pagos me los entregaba como les había comentado en un Excel, el área financiera, y me lo llevaba, para mirar, que yo lo leyera, y ahí escoger los documentos que yo quería mirar. Allí se me presentó en mi oficina el señor **LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA**, que en ese momento era Gerente Administrativo postulado por **ODEBRECHT**, se me presentó con 3 cartas de instrucciones para pagos y me dijo: **JAVIER GERMÁN** por favor firma estos pagos porque **MARCIO MARANGONI**, Director de Contrato de la zona norte designado por **ODEBRECHT**, los está requiriendo de manera urgente. Y yo le dije: **LUIZ CLAUDIO**, permítame yo le recibo esos documentos, yo los reviso y hablamos más tarde, yo los voy a mirar.

Cuando yo me puse a mirar estos documentos de las actas que me querían hacer firmar, o las instrucciones de pago, habían 2 sub... 3 subcontratistas básicamente, lo recuerdo perfectamente, era el CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA y una firma llamada RGQ LOGISTIC. Entonces, lo primero que yo hice fue mirar en dónde se estaban desarrollando las actividades, porque dos de ellos eran el acta número 1 de la medición del contrato, es decir, ya era un avance de obra, un avance de obra como lo he explicado yo anteriormente, traía las medidas, traía el acta de medición, con los vistos buenos, 4 o 5 de los gerentes de obra, donde decían y describían claramente qué tipo de obras habían ejecutado, movimientos de tierra, construcción, o configurado de hierro, vaciado de concreto, si había alguna alcantarilla... todo venía muy claramente explicado y firmado. Pero resulta que el detalle fue que, yo tenía a cargo la liberación predial, entonces yo sabía en qué tramos y cómo se venía adelantando la gestión predial, y uno de estos

⁴⁷¹ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 29 de enero de 2018. Archivo: Cuaderno de Pruebas 196 del Folio 1 al 510. p. 294 y 301.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

pagos hablaba del tramo 4, que está comprendido entre Lizama y San Alberto, y ese tramo 4, caí inmediatamente en la cuenta de que no había habido ninguna gestión predial, y aquí me devuelvo un poco para las actividades que se desarrollaban en la Gerencia de Liberaciones.

(...)

El señor, mientras yo hacía ese análisis y estudiaba y miraba todos mis documentos y mis planos, pues para estar muy claramente, para estar claro —digamos— con esta situación, varias veces, 2 o 3 veces el señor **LUIZ CLAUDIO TEIXEIRA**, manteníamos la puerta cerrada, pues por temas de aire acondicionado, tocaba mi puerta diciéndome: '**MARCIO** está preguntando por estos pagos, se necesita la firma **JAVIER**, mande estos pagos'. Yo le dije, 'espéreme, espéreme' y ya la última, ya cuando saqué mis conclusiones, le dije: 'espere que yo debo hablar con el Director del Contrato, el ingeniero **RICARDO PAREDES**, peruano, postulado por **ODEBRECHT** y ya voy a hablar con él, y luego entonces volvemos a hablar **LUIZ CLAUDIO**'.

Yo me dirigí a la oficina del ingeniero **RICARDO PAREDES** que quedaba en el mismo piso de donde teníamos nosotros las oficinas, entonces le dije a **RICARDO**, primer acercamiento, le dije: '**RICARDO**, yo quiero que usted me explique por favor estos pagos'. Él cogió esos pagos y dijo: '**GERMÁN**, esto corresponde al sector norte. Entonces espere, llamemos a **MARCIO MARANGONI**' quien era el director de contrato de la zona norte postulado por **ODEBRECHT** y le marcó a la extensión, y le dijo estas palabras: '**MARCIO**, aquí estoy con **JAVIER GERMÁN** que tiene unas dudas sobre estos pagos', y **MARCIO** como tiene un temperamento —digamos— fuerte, le gusta hablar fuerte, dijo: '**JAVIER GERMÁN yo necesito esos pagos, son unas obras que estamos haciendo aquí en el norte, usted me debe firmar eso inmediatamente, yo me comprometí con esos pagos y ya cuando usted quiera la próxima semana viene y verifica las obras, son unas obras que estamos adelantando aquí en la zona norte, entonces necesito urgentemente que me firme esos pagos**'.

Entonces yo le hice señas a **RICARDO** pues que concluida la conversación, yo no iba a entrar pues a discutir más con el señor **MARCIO MARANGONI**. Entonces **RICARDO** colgó el teléfono y yo inmediatamente le dije a **RICARDO**: ya entiendo la razón de **MARCIO**, él me invita a ver las obras, pero **RICARDO** estás obras no existen, estas obras fueron inventadas, porque pues —digamos— aquí la gestión predial, y le di mis explicaciones técnicas del por qué esas obras no existían. Y le dije: '**RICARDO**, no hay una gestión predial, no hemos liberado ningún predio, allá no hemos hecho reuniones sociales, eso es un tema virgen prácticamente, ese tramo 4, entonces se me hace muy difícil creer que ya estemos haciendo obra'. Él guardó silencio, durante 2 minutos, aproximadamente, cuando me dijo: '**JAVIER GERMÁN, le doy la razón, usted tiene razón, esas obras no existen y son unos pagos que nosotros debemos realizar, son unos compromisos que nosotros tenemos que hacer, entonces... pero usted tiene razón, eso no existe**'. Eso fue el ingeniero **RICARDO PAREDES**, director de contrato de la zona sur y designado por **ODEBRECHT**, esas fueron sus palabras. Entonces yo le dije: '**RICARDO**, yo esto no lo voy a firmar, permiso me retiro y volvemos y hablamos'⁴⁷².

Como puede apreciarse, al igual que en las transacciones irregulares que **MAURICIO MILLÁN DREWS** identificó en años anteriores, los pagos que a "finales del mes de marzo de 2015" llamaron la atención de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, se caracterizaban por carecer de soporte o debida justificación. En esta ocasión las obras que soportaban los pagos que le exigían autorizar a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** "fueron inventadas", es decir, eran obras que no se habían ejecutado.

Precisamente, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** para ese momento tenía "a cargo la liberación predial" y, en el ejercicio de esas funciones, podía advertir con facilidad que sobre esas obras "no había habido ninguna gestión predial", razón por la que eran inexistentes. Nótese que, ante las diferentes explicaciones solicitadas, lo único que le manifestaron, además de que tenía razón en

⁴⁷² Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que las obras que soportaban los pagos no existían, tal y como se lo reconoció **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES** (Representante Legal de **CONSOL**), era que simplemente debía autorizar los pagos para cumplir con "unos compromisos".

Ante semejantes irregularidades, el 7 de abril de 2015 **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** comunicó expresamente que los pagos relacionados con el **CONSORCIO TORROSA, PRESOAM, CONSORCIO SION** y **RGQ LOGISTIC** no contarían con su aprobación. Esta situación puede ser apreciada en un correo electrónico remitido a **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES** y a **MARCIO MARANGONI** con copia a **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **OSCAR HERNÁNDEZ GAONA**.

"De: <javier.mejia@consol.com.co>

Fecha: 7 de abril de 2015, 9:33:21 a.m. GMT-5

Para: Ricardo Paredes <rparedes@odebrecht.com>, Marcio Marangoni <marciom@odebrecht.com>

Cc: Eleuberto Martorelli <martorel@odebrecht.com>, Oscar Hernandez Gaona <oscar.hernandez@episol.com.co>

Asunto: Firma Pagos Subcontratistas- Proveedores

Ricardo, Marcio

Reciban un cordial saludo y esperando hayan tenido una gran Semana Santa.

Como todos conocemos en el acuerdo de consorcio firmado por las partes en fecha de Abril 13 de 2010 se tiene contemplado en la Clausula VIII CAJA, INGRESOS Y GASTOS DEL CONSORCIO la autorización por parte del Gerente designado por Episol de los pagos correspondientes a Consol para que estos tengan la validez plena.

En días anteriores se presentaron para mi firma tres pagos correspondientes a:

Consortio Torrosa factura # 001 y emitida por Presoam S.A.S y que corresponde al pago del acta # 1.

Consortio Sion factura # 002 y que corresponde al acta de medicion # 1 del subcontrato EPC - SC - 372/2014.

RGQ como anticipo del 12.5 % del contrato firmado para el servicio de transporte multimodal de carga.

Una vez analizados estas solicitudes de pago quiero manifestar que no cuentan con mi aprobación.

Por lo anterior quiero manifestarles que a partir de la fecha me abstendré de firmar cualquier pago correspondiente a Consol.

Muchas Gracias

Javier German Mejia M⁴⁷³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En respuesta a la referida comunicación, el 9 de abril de 2015, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** (Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia desde enero de 2013 hasta finales de 2016) remitió el siguiente correo a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** con copia a **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES**, **MARCIO MARANGONI**, **OSCAR HERNÁNDEZ GAONA** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

"De: Eleuberto Martorelli <martorel@odebrecht.com>

Fecha: 9 de abril de 2015, 1:46:50 p.m. GMT-5

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Para: Javier German Mejia Muñoz <javier.mejia@consol.com.co>
Cc: Ricardo Paredes <rparedes@odebrecht.com>, Marcio Marangoni
<marciom@odebrecht.com>, Oscar Hernandez Gaona
<oscar.Hernandez@episol.com.co>, "Yesid Augusto Arocha" <yesid@odebrecht.com>

Asunto: Re: Firma Pagos Subcontratistas- Proveedores

Estimados Ricardo/Marcio,

Por favor indicarme de que se tratan los contratos mencionados y las razones por las cuales no se ha podido contar con la firma de Javier German en dichos pagos.

No obstante, sería importante que ustedes me entreguen en la brevedad posible, un listado con todos los contratos firmados con subcontratistas, desde el inicio de la obra, con los montos contratados, que servicio fue (o está) siendo ejecutado, con que avance, saldo a ejecutar, razones de la contratación, informaciones adicionales relevantes, etc, inclusive relacionados a las regalías pagadas por fuentes de materiales, consultorías, suministro de materiales, etc.

Espero que la falta de firma del representante del socio NO sea por la falta de confianza, hecho que nunca ha pasado cuando estaba su antecesor, Mauricio Millán. Confianza es la palabra de orden que representa los principios y valores de nuestra cultura empresarial. Confianza entre líderes y liderados, confianza del Cliente hacia nosotros, confianza generada en la comunidad en donde actuamos y confianza entre las Partes que hacen nuestra Asociación.

Por lo tanto, es esencial aclarar el tema relacionado a TODOS los subcontratos, para que no tengamos que utilizar, coma por coma, el acuerdo de consorcio para poder hacer las gestiones necesarias al buen desarrollo de nuestro proyecto.

Atentamente,

Eleuberto Antonio Martorelli⁷⁴⁷⁴ (Subrayas fuera de texto original).

Ese mismo día, la comunicación fue reenviada por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** a **ALBERTO MARIÑO SAMPER** (miembro de la Junta directiva de la **CONCESIONARIA** desde 2010) y a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**).

"Dr Gustavo , Dr Alberto

Remito para su conocimiento la primera reaccion del Sr Martorelli a correo enviado por mi sobre el tema de los pagos.

Muchas gracias

Javier German Mejia M⁷⁴⁷⁵ (Subrayas fuera de texto original).

Frente al correo electrónico remitido por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, es necesario resaltar que a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** le sorprendió que se hablara de "confianza" cuando precisamente **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES** (Representante Legal de **CONSOL**) le había reconocido que estaban "haciendo una cosa ilícita, que estaban haciendo unos pagos de unas obras que no existían". Al respecto, indicó:

⁷⁴⁷⁴ Folio 14154 del cuaderno reservado general No. 23 del Expediente. Archivo: Fwd Firma Pagos Subcontratistas- Proveedores T.

⁷⁴⁷⁵ Ibidem.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*"(...) A mí pues, indiscutiblemente, me sorprendió mucho el correo hablando de confianza cuando tiene una persona al frente de la dirección de contrato en sector sur, Ricardo Paredes, reconociéndome que estaban haciendo una cosa ilícita, que estaban haciendo unos pagos de unas obras que no existían, entonces pues obviamente la estantería, y la credibilidad y la confianza del que él habla, pues obviamente se cae de su propio peso que el señor lo que estaba haciendo ahí por llamarlo de una forma: lavándose las manos frente a sus subalternos."*⁴⁷⁶ (Subrayas fuera de texto original).

Adicionalmente, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** dado que su determinación de abstenerse de firmar cualquier pago de **CONSOL** "era una decisión tan compleja", acudió directamente a **CORFICOLOMBIANA** a explicarle a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** dicha situación. Sobre el particular, relató lo siguiente ante esta Superintendencia:

*"(...) Entonces yo me vine para la ciudad de Bogotá. Como era una decisión tan compleja y yo ya había tomado una decisión personal de no firmar el tema, yo dije: 'yo no sé qué va a pasar aquí con este tema tan complicado', entonces fue así como tomé la decisión, en su momento, de hablar con dos personas: una de ellas fue el doctor **JOSÉ ELÍAS MELO** y el otro fue el doctor **ALBERTO MARIÑO**. ¿Por qué el doctor **JOSÉ ELÍAS**? Porque consideraba que como presidente de la Corporación yo había tomado la decisión de no firmar, entonces que casi la única persona que me pudiera a mí definir el futuro mío en la organización sería él como presidente de la corporación, ante una negativa —digamos— de una función que yo tenía que ejercer como delegado de **EPISOL**. Y el doctor **ALBERTO MARIÑO**, pues obviamente porque en ese momento siendo de **CONSOL**, era —digamos— la voz importante —digamos— dentro del proyecto, a ser el renglón principal del Comité Directivo de **CONSOL**. Yo no quise —digamos— en ese momento, el gerente de **EPISOL** que era mi jefe directo, era el ingeniero **ÓSCAR HERNÁNDEZ**, yo no quise hablar con él en su momento porque yo lo que pensé en ese momento: yo le llevo este tema a **ÓSCAR** y **ÓSCAR** me va a decir: yo lo tengo que escalar, yo lo tengo que mirar y yo necesitaba era una definición sobre el tema mío. Vea, ya. La decisión mía está: no voy a firmar.*

*Entonces fue así como pedí la cita con el doctor **MELO**, me fue dada la cita. Entré y hablé con el doctor **JOSÉ ELÍAS MELO**, le expliqué y le dije: 'doctor **JOSÉ ELÍAS** me pasó esto', le conté nuevamente la conversación que había tenido yo, el análisis que yo había hecho de la situación, lo que había hablado con **RICARDO**, lo que había dicho el ingeniero **MARCIO MARANGONI**, director de contrato de la zona norte postulado por **ODEBRECHT**, y entonces le dije: 'doctor **JOSÉ ELÍAS**, yo quiero comentarle a usted que yo no voy a firmar, yo he tomado la decisión de no firmar estos pagos'. Indiscutiblemente yo lo primero que pensé, yo antes de entrar allá, era consciente de que, si yo debía firmar esos pagos, pues yo me iba a ir de la organización y por eso dada la importancia y la trascendencia de esa decisión, yo fui a buscar al doctor **JOSÉ ELÍAS**.*

(...)"⁴⁷⁷.

Las pruebas presentadas permiten corroborar una vez más el pleno conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** representante de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares que estaba siendo ejecutada "en la concesión de la carretera en **CONSOL**"⁴⁷⁸. En efecto, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo comunicó a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) su decisión respecto a los pagos irregulares, sino también acudió directamente a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.

⁴⁷⁶ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Archivo. Superintendencia de Industria y Comercio. Min. 1:29:46.

⁴⁷⁷ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:22:32.

⁴⁷⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:19:28.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Además, a diferencia de lo sucedido con **MAURICIO MILLÁN DREWS**, en esta ocasión **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, se negó a aprobar los pagos irregulares e incluso comunicó su determinación de abstenerse de firmar cualquier pago de **CONSOL**. Pese a esa negativa, y al pleno conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** de las irregularidades advertidas, existen diferentes pruebas que permiten establecer que en todo caso los cuestionados pagos fueron efectuados, lo que deja sin ningún mérito de prosperidad los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que del testimonio de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** se evidenció que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo apoyó en la decisión de no aprobar los pagos.

En efecto, este Despacho encuentra evidencias contables que permiten apreciar que a través de **CONSOL** y/o el patrimonio autónomo⁴⁷⁹ de la **CONCESIONARIA** se causaron gastos y realizaron pagos en favor del **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**. A continuación, se presentan las causaciones de gastos y pagos que fueron encontrados en el material probatorio obrante en el Expediente.

- **CONSORCIO SION**

Tabla No. 9. CAUSACIONES DE GASTOS DE CONSORCIO SION EN CONSOL

(Cifras expresada en miles de pesos)

NOMBRE	FECHA	DOCUMENTO	DESCRIPCIÓN	VALOR	CUENTA CONTABLE
CONSORCIO SION	31/03/2015	EPC-SC-372/2014	Valor Referente al BM 1 en la fecha 31/03/2015 para el contrato EPC-SC-372/2014 - CONSORCIO SION	4.016.913	743001
CONSORCIO SION	30/04/2015	EPC-SC-372/2014	Valor Referente al BM 2 en la fecha 30/04/2015 para el contrato EPC-SC-372/2014 - CONSORCIO SION	4.062.027	743001
CONSORCIO SION	29/05/2015	EPC-SC-372/2014	Valor Referente al BM 3 en la fecha 29/05/2015 para el contrato EPC-SC-372/2014 - CONSORCIO SION	1.984.057	743001
TOTAL CONSORCIO SION				10.062.997	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Debe tenerse en cuenta que, entre otros contratos, la **CONCESIONARIA** suscribió una fiducia. Al respecto, es posible observar en sus Estados Financieros lo siguiente:

"Operaciones"

Para el cumplimiento del contrato de concesión la concesionaria suscribió, entre otros los siguientes contratos: (...)

b) Contrato de fiducia de administración de recursos y fuente de pago por parte de Fiduciaria Corficolombiana S.A. a título de fiducia Mercantil irrevocable, de los derechos patrimoniales y recursos que ingresen al patrimonio autónomo que se constituye para tal efecto, suscrito el 5 de mayo de 2010 denominado Fiduciaria Corficolombiana S.A. Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, cuyo objeto es la administración por parte de la fiduciaria de todos los aportes de capital, recursos de financiación, transferencias que deban efectuar la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI" (antes el Instituto Nacional de Concesiones "INCO") y la Concesionaria con el fin de que la Concesionaria logre efectuar por su cuenta y riesgo el proyecto estipulado en el contrato de Concesión (...).

⁴⁸⁰ Con base en la información obrante en el folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "CONSOL 2015" Archivo: Test cost of sales transactions – 7430 _Contratos de obra civil.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 10. PAGOS REALIZADOS A CONSORCIO SION MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE LA CONCESIONARIA

(Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
CONSORCIO SION	19/03/2015	Subcuenta Financiación	3.089.350.393,83	CONSIG.DAVIVIENDA - CONSORCIO SION -	Transferencia bancaria
CONSORCIO SION	21/05/2015	Subcuenta Financiación	2.922.879.853,05	CONSIG.BBVA COLOMBIA - CONSORCIO SION -	Transferencia bancaria
CONSORCIO SION	25/09/2015	Subcuenta Financiación	300.411.870,46	CONSIG.BBVA COLOMBIA - CONSORCIO SION -	Transferencia bancaria
TOTAL CONSORCIO SION			6.312.642.117,34		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸¹.

- INVERSIONES TORROSA

Tabla No. 11. CAUSACIONES DE GASTOS DE INVERSIONES TORROSA EN CONSOL

(Cifras expresada en miles de pesos)

NOMBRE	FECHA	DOCUMENTO	DESCRIPCIÓN	VALOR	CUENTA CONTABLE
INVERSIONES TORROSA	18/06/2015	PERÍODO: 06- JUN-15	Valor Referente al BM 3 en la fecha 18/06/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.651.855	743001
INVERSIONES TORROSA	18/06/2015	PERÍODO: 06- JUN-15	Valor Referente al BM 2 en la fecha 18/06/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.507.358	743001
INVERSIONES TORROSA	29/08/2015	PERÍODO: 08- AGO-15	Valor Referente al BM 6 en la fecha 29/08/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.378.031	743001
INVERSIONES TORROSA	31/07/2015	PERÍODO: 07- JUL-15	Valor Referente al BM 4 en la fecha 31/07/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.331.233	743001
INVERSIONES TORROSA	31/07/2015	PERÍODO: 07- JUL-15	Valor Referente al BM 5 en la fecha 31/07/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.302.508	743001
INVERSIONES TORROSA	24/09/2015	PERÍODO: 09- SEP-15	VALOR REFERENTE AO BOLETIM DE MEDIÇÃO 7 NA DATA 24/09/2015, do contrato EPC-SC-430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.187.598	743001
INVERSIONES TORROSA	30/03/2015	PERÍODO: 03- MAR-15	Valor Referente al BM 1 en la fecha 30/03/2015 para el contrato EPC-SC- 430/2014 - INVERSIONES TORROSA SAS	1.132.567	743001
TOTAL INVERSIONES TORROSA				9.491.149	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸².

⁴⁸¹ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA |EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

⁴⁸² Con base en la información obrante en el folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "CONSOL 2015", Archivo: Test cost of sales transactions – 7430 _Contratos de obra civil.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 12. PAGOS REALIZADOS A CONSORCIO TORROSA MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

(Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
CONSORCIO TORROSA	21/05/2015	Subcuenta Financiación	1.281.962.533,69	CONSIG.BANCOLOMBIA - CONSORCIO TORROSA -	Transferencia bancaria
TOTAL CONSORCIO TORROSA			1.281.962.533,69		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸³.

- PRESOAM

Tabla No. 13. CAUSACIONES DE GASTOS DE PRESOAM EN CONSOL

(Cifras expresada en miles de pesos)

NOMBRE	FECHA	DOCUMENTO	DESCRIPCIÓN	VALOR	CUENTA CONTABLE
ASESORES CONSULTORES PRESOAM	10/10/2014	Factura 2	Primer pago anticipado del subcontrato EPC-SC-G-006-2014	1.923.290	731035
ASESORES CONSULTORES PRESOAM	9/10/2014	Factura 3	Primer pago anticipado del subcontrato EPC-SC-G-006-2014	951.962	731035
ASESORES CONSULTORES PRESOAM	24/11/2014	Factura 4	Segundo pago anticipado del subcontrato EPC-SC-G-006-2014	591.782	731035
ASESORES CONSULTORES PRESOAM	24/11/2014	Factura 5	Segundo pago anticipado del subcontrato EPC-SC-G-006-2014, sin fichas sociales, actas de vecindad ni expropiaciones	292.911	731035
TOTAL				3.759.945	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸⁴.

Tabla No. 14. PAGOS A PRESOAM MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

(Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
PRESOAM	20/01/2015	Subcuenta Financiación	775.128.270,39	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	12/02/2015	Subcuenta Financiación	256.635.771,51	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	28/05/2015	Subcuenta Financiación	518.492.498,88	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	25/06/2015	Subcuenta Financiación	85.626.523,04	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	11/08/2015	Subcuenta Financiación	2.025.361.325,50	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM -	Transferencia bancaria

⁴⁸³ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

⁴⁸⁴ Con base en la información obrante en el folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "CONSOL 2014", Archivo: Probar las transacciones de costo de ventas - 7310 Honorarios.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
PRESOAM	10/11/2015	Subcuenta Financiación	420.475.125,87	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESO AM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	24/06/2016	Subcuenta Financiación	1.215.216.795,30	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESO AM -	Transferencia bancaria
PRESOAM	5/08/2016	Subcuenta Financiación	15.368.401,65	CONSIG.BANCOLOMBIA - ASESORES Y CONSULTORES PRESO AM -	Transferencia bancaria
TOTAL PRESOAM			5.312.304.712,15		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁸⁵.

Como puede observarse, a partir de la evidencia contable es posible establecer que por lo menos hasta el **5 de agosto de 2016** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA** se realizaron pagos a **PRESOAM** para cumplir con "unos compromisos"⁴⁸⁶, perpetuando la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la segunda fase del sistema anticompetitivo. En esa medida, las evidencias presentadas dejan sin ningún fundamento los argumentos expuestos por la **CONCESIONARIA** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que no existen pruebas que entre 2010 y 2016 evidencien que a través de la **CONCESIONARIA** se realizaron pagos fraudulentos de manera continua durante la ejecución del contrato.

En efecto, en este punto no puede olvidarse que la **CONCESIONARIA**, integrada en parte por **ODEBRECHT** y **EPISOL**, este último vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, constituyó un agente económico que hizo posible la materialización de las diferentes conductas infractoras, pues su participación en los hechos resultó necesaria para el despliegue del sistema anticompetitivo, esto es, en la primera fase, con la firma del respectivo contrato estatal de concesión y, durante la segunda fase, en la materialización de pagos irregulares, por lo que contrario a lo afirmado por la **CONCESIONARIA** en sus observaciones al Informe Motivado, más que una contribución tuvo una participación directa e indispensable en la consumación del sistema anticompetitivo.

Particularmente, en relación con la empresa **PRESOAM**, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (*Controller* de la **CONCESIONARIA** desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 10 de noviembre de 2017) se refirió a ciertos aspectos que llamaron su atención. Sobre el particular, sostuvo que:

"JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS: (...) esta firma de Consultores PRESOAM, ¿Qué paso allí?, la CONCESIONARIA, CONSOL le cede ese contrato a la CONCESIONARIA, para que realice su ejecución y sus pagos, pero entonces cuando hacen el pago, uno de los primeros pagos, eh, yo veo y pido el contrato o me lo encuentro, que nunca fue firmado por parte de la CONCESIONARIA, ahí está en los, y empiezo a investigar ¿Quién era PRESOAM?, pues PRESOAM en el 2014, para resumirles rápidamente, en el 2014 tú ves el objeto social y era una empresa que se llamaba Sky Blessed que hacía camisetas, es un caso mira emblemático, hacía camisetas y había unos contratos y todo, ese mismo 2014 le cambian el objeto social, de ingeniería hacer actividades prediales, y entonces firman un contrato con PRESOAM, alrededor de entre tres contratos de 12 mil quinientos millones de pesos y las actividades que el mismo consorcio CONSOL hacía, de esas que estaban contratadas, es decir, era un

⁴⁸⁵ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA (EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512. 8. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201601-201612.

⁴⁸⁶ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

contrato de papel, en el sentido de que las actividades que fueron contratadas ya estaban siendo ejecutadas por la misma empresa (...)⁴⁸⁷.

La evidencia permite apreciar que a **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** le llamó la atención el hecho de que **PRESOAM** en 2014 era una empresa denominada "*Sky Blessed*" y tenía como objeto social hacer "*camisetas*". Adicionalmente, que ese mismo año, "*Sky Blessed*" cambió su objeto social a "*actividades prediales*" y celebró con **CONSOL** "*alrededor de entre tres contratos de 12 mil quinientos millones de pesos*".

Otro aspecto que advirtió **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** fue que las actividades que fueron contratadas con **PRESOAM** estaban siendo ejecutadas por **CONSOL**. Es decir, se trataba de un "*contrato de papel*", que soportaba actividades inexistentes. Estas apreciaciones coinciden con lo que **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES** (Representante Legal de **CONSOL**) le confesó a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, cuando le reconoció que "*esas obras no existen y son unos pagos que nosotros debemos realizar, son unos compromisos que nosotros tenemos que hacer*"⁴⁸⁸.

En ese orden de ideas, en el Expediente obra prueba documental de uno de los contratos celebrados entre **CONSOL** y **PRESOAM**, que valorada en conjunto con otras evidencias, en especial con los aspectos derivados del análisis del contrato de **DCS MANAGEMENT**, permite advertir ciertas similitudes en su instrumentalización para materializar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, lo que deja en evidencia no solo la sistematicidad de la estrategia implementada, sino también su continuidad.

Sobre el particular, es relevante mencionar que el 14 de marzo de 2014, la **CONCESIONARIA** y la **ANI** suscribieron el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuya Cláusula Primera adicionó, al alcance del contrato de concesión, la "*Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra, que corresponde al Tramo 8 del Sector 2*"⁴⁸⁹ del Proyecto Ruta del Sol. En consecuencia, la **CONCESIONARIA** mediante una convocatoria pública adelantó el Proceso de Licitación Privada LP-EPC-T8-2014. A continuación, se resumen sus principales aspectos.

Tabla No. 15. Licitación Privada LP-EPC-T8-2014 realizada por la CONCESIONARIA

LICITACIÓN PRIVADA LP-EPC-T8-2014	
12 y 19 de noviembre de 2014	Publicación de los avisos de convocatoria en diarios de circulación nacional
12 de diciembre de 2014	Audiencia pública entrega sobre No. 1, Requisitos habilitantes
22 de diciembre de 2014	Audiencia pública entrega sobres No. 2 y 3, Oferta Técnica y Económica
30 de diciembre de 2014	Adjudicación a CONSOL (único proponente)
30 de enero de 2015	Suscripción del "CONTRATO ADICIONAL AL CONTRATO EPC PARA ADELANTAR LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y COMPLEMENTARIAS DE LA TRANSVERSAL RÍO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA

⁴⁸⁷ Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. 13 de agosto de 2018. Min. 43:58.

⁴⁸⁸ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

⁴⁸⁹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

LICITACIÓN PRIVADA LP-EPC-T8-2014

DEL SOL" entre la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁹⁰.

En el contexto del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el **24 de julio de 2014** se suscribió el "**SUBCONTRATO EPC-SC-G-008-2014**"⁴⁹¹ entre **CONSOL**, representado legalmente por **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES** y **MARCO ANTONIO GLORIA AZEVEDO**, y **PRESOAM**, representada por **HUMBERTO SÁNCHEZ VERANO**. Recuérdese que, según **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, precisamente **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES**, al solicitarle que autorizara unos pagos, entre otros, relacionados con **PRESOAM**, le reconoció que estaban "*haciendo una cosa ilícita, que estaban haciendo unos pagos de unas obras que no existían*"⁴⁹².

El referido contrato con **PRESOAM** tenía como objeto "[i]mplementar los programas del Plan Social Básico en el tramo Río de Oro – Aguacalara – Gamarra, durante la fase pre-constructiva, siguiendo los lineamientos establecidos en el contrato de concesión y los objetivos planteados en el Plan Social Básico aprobado por la Agencia Nacional de Infraestructura para el Proyecto Ruta del Sol Sector 2 (Puerto Salgar – San Roque)". Particularmente en uno de sus considerandos se señaló que "*en cumplimiento de lo establecido por el Otrosí No. 6 de Marzo 14/2014, se adicionó al alcance del Contrato de Concesión, la ejecución de la Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra, y si bien la Concesionaria desarrollará licitación privada para contratar la ejecución de las obras, desea avanzar con actividades previas a las mismas propias de la Fase Preconstructiva, como la correspondiente a la Gestión Social, por lo cual ha contratado con CONSOL la coordinación del subcontrato de gestión Social*"⁴⁹³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, **CONSOL** contrató actividades previas a la "*Fase Preconstructiva, como la correspondiente a la Gestión Social*" con **PRESOAM** en relación con la "*TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL*", casi 5 meses antes de que la ejecución de dichas obras le fueran adjudicadas por parte de la **CONCESIONARIA**.

Precisamente, respecto al "**SUBCONTRATO EPC-SC-G-008-2014**"⁴⁹⁴ con **PRESOAM**, este Despacho encuentra evidencias contables en la operación de **CONSOL**. En efecto, en un documento de Excel⁴⁹⁵ de la auditoría externa realizada en 2014 a **CONSOL** puede apreciarse en la pestaña "*Universo Enero – Diciembre*" que para los periodos "*10-OCT-14*" y "*11-NOV-14*" en la cuenta "*ASESORIA TECNICA – NACIONAL*" bajo el "*UA: CSOL950813 - OBRA OCAÑA-GAMARRA*" estuvo relacionado el "*contrato EPC-SC-G-008/2014 - ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM SAS*".

Nótese que, a partir de lo anterior, un primer aspecto coincidente en la instrumentalización de contratos es que, así como el contrato con **DCS MANAGEMENT** estuvo relacionado con supuestos servicios profesionales previos de asistencia técnica a **ODEBRECHT** para "*la presentación de oferta*

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "Concesionaria 2016", Archivo "Contrato Presoam".

⁴⁹² Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Archivo. Superintendencia de Industria y Comercio. Min. 1:29:46.

⁴⁹³ Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "Concesionaria 2016", Archivo "Contrato Presoam".

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ Folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 de Expediente. Carpeta: CONSOLIDATOS\CONSOL 2014 Archivo: Probar las transacciones de costo de ventas – 7310 _Honorarios.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

técnica y económica"⁴⁹⁶ con la finalidad de participar en el tramo 2 del Proyecto Ruta del Sol, el contrato con **PRESOAM** estuvo relacionado con supuestos servicios profesionales para "avanzar con actividades previas" de gestión social a la "Fase Preconstructiva" del "tramo Rio de Oro – Aguacalara – Gamarra" antes de su adjudicación.

Este aspecto es llamativo debido a que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, en su momento señaló respecto del contrato con **DCS MANAGEMENT** "[q]ue habiendo estado en la estructuración técnica del proyecto no tenía presente dichos estudios"⁴⁹⁷ y que le "(...) parecía extraño no conocerlos (...) "⁴⁹⁸. En igual sentido, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, señaló respecto a las obras que soportaban los pagos que le exigían autorizar que "(...) estas obras fueron inventadas"⁴⁹⁹, entre ellas, las relacionadas con **PRESOAM**.

El segundo aspecto coincidente es que así como el contrato de **DCS MANAGEMENT** con posterioridad fue cedido directamente por **ODEBRECHT** a **CONSOL**, transmitiendo la totalidad de sus derechos y obligaciones, especialmente la obligación relacionada con el pago de la comisión de éxito del 0,9% sobre el valor del contrato de concesión (USD 10.890.000), el contrato con **PRESOAM** también se caracterizó por haber sido cedido⁵⁰⁰ con posterioridad, en este caso, directamente por **CONSOL** a la **CONCESIONARIA** para que realizara su "ejecución y sus pagos", que tal y como se evidenció previamente se prolongaron a través de su patrimonio autónomo hasta el **5 de agosto de 2016**. Como puede apreciarse, la cesión de contratos permitía transmitir obligaciones contraídas con otras empresas, bien a **CONSOL** o a la **CONCESIONARIA**, sin tener que justificar o soportar los servicios contratados, con la finalidad de que se realizaran los pagos irregulares, sin dejar rastro de que se trataba de contratos instrumentalizados que no se habían ejecutado.

Hasta este punto, a partir de las diferentes pruebas presentadas, que permiten evidenciar la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares ejecutada en la segunda fase del sistema anticompetitivo, este Despacho puede apreciar algunos rasgos comunes en lo ocurrido entre 2010 a 2015, que corrobora la sistematicidad de la conducta desplegada por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.

Un primer rasgo común es que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, en su condición de Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL**, así como **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, identificaron pagos irregulares que carecían de soporte o justificación, esto es, no correspondían con servicios que en realidad se hubiesen ejecutado, bien fuera en una fase inicial por pagos relacionados con "estudios adicionales" en la preparación de la oferta —**DCS MANAGEMENT**—, o posteriormente a la adjudicación con obras que no estaban asociadas con la ejecución del proyecto, o con pagos respecto de obras sobre las que "no había habido ninguna gestión predial" o "que las actividades que fueron contratadas ya estaban siendo ejecutadas" —**PRESOAM**—.

Otro rasgo común que se desprende de las diferentes evidencias analizadas es que tanto **MAURICIO MILLÁN DREWS** como **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, decidieron acudir a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, no solo para poner

⁴⁹⁶ Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT. Archivo: Contrato N° GF-001-2009.

⁴⁹⁷ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Documento: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

⁵⁰⁰ Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "Concesionaria 2016", Archivo "Contrato Presoam".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

en conocimiento sus hallazgos, sino además para solicitar orientación acerca de la decisión que debían tomar con relación a esos pagos, cuando tenían dudas sobre los mismos, lo que ratifica el pleno conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, pese a ello, en ambos casos, a pesar de los hallazgos de irregularidades los pagos se hicieron a través de **CONSOL** o la **CONCESIONARIA**, con recursos de todos sus integrantes.

Debe recordarse que los motivos por los cuales los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL** acudieron a la máxima autoridad de **CORFICOLOMBIANA** radican justamente en que ambos eran funcionarios en misión de **EPISOL** en **CONSOL**, el vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**. Precisamente, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) señaló en su declaración⁵⁰¹ que (i) existía una interlocución frecuente entre el Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**; (ii) una consulta relacionada con los pagos de **CONSOL** se haría a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y (iii) periódicamente **CORFICOLOMBIANA** realizaba seguimiento a su inversión en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

12.6.4.1.2.4. Otros pagos irregulares identificados

Adicionalmente, existen otras evidencias que corroboran no solo las circunstancias advertidas a "finales del mes de marzo de 2015" por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, en su condición de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, respecto de pagos relacionados con **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**, sino que también dejan en evidencia la existencia de otros pagos irregulares relacionados con **CONSULTORES UNIDOS**, **INVERSORES PROFESIONALES**, **DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS S.A.** (en adelante "DESINPRO"), **PROFESIONALES DE BOLSA** y **GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**.

Sobre el particular, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (Controller de la **CONCESIONARIA** desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 10 de noviembre de 2017) presentó informe escrito a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**. Al respecto, manifestó:

*"DELEGATURA: ¿Usted recuerda situaciones en las que haya hablado personalmente o por teléfono con **JOSÉ ELÍAS MELO** sobre este asunto?"*

JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS: No, yo después de, es decir, el informe que presenté en junio del 2015, fue dejar de una vez por todas las conversaciones que hemos suscrito y de todas las evidencias que se encontraron, es dejar claramente las situaciones que venían pasando en años anteriores y dejar la constancia por parte mía de esa situación, si, a partir de esa situación, de eso, a mí **JOSÉ ELÍAS MELO** no me volvió a hablar, sí, ya después de ese informe hicimos reuniones con **ALBERTO MARINO SAMPER**, con **RAFAEL EDUARDO NEIRA**, que es el Vicepresidente contralor del **GRUPO AVAL**, donde en esa reunión les dije ojo, cuando me hicieron un careo que yo me sentí terrible, o sea que era porque usted dijo no dijo, fue un careo muy fuerte por parte de ellos, y así fue como se fue decantando esta situación"⁵⁰².

Lo anterior es concordante con el contenido de un correo electrónico del 25 de junio de 2015 bajo el asunto "Informe SARLAFT Concesionaria Ruta del Sol SAS" que **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** envió a **ÁLVARO MIGUEL OEDING** (Abogado de **CORFICOLOMBIANA**), con copia a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**. En dicho correo indicó:

⁵⁰¹ Folio 4194 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "17-14777-190717" Declaración de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**. Superintendencia de Industria y Comercio. 19 de julio de 2017. Min. 2:17:10.

⁵⁰² Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. 13 de agosto de 2018. Min. 1:46:36.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"De: Jorge Enrique Pizano [mailto:jepizano@rutadelSol.com.co]
Enviado el: jueves, 25 de junio de 2015 11:17
Para: Alvaro Miguel Oeding
CC: Jose Elias Melo Acosta; Gustavo Antonio Ramirez Galindo
Asunto: Informe SARLAFT Concesionaria Ruta del Sol SAS

Buenos días,

Cordial saludo Dr. Alvaro,

De acuerdo con su amable solicitud le remito resumen ejecutivo de actividades como Controller en lo establecido en el Manual del Sistema de Prevención de lavado de activos y financiación al terrorismo –SARLAFT- de Concesionaria Ruta del Sol SAS, el informe de forma física le será enviado a su despacho.⁵⁰³

En ese correo electrónico, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** adjuntó un documento titulado "RESUMEN EJECUTIVO ACTIVIDADES SARLAFT", en donde señaló que se encontraron "no conformidades" por el incumplimiento de los procedimientos de compras y suministros, especialmente por cuanto no se verificaron las listas cautelares de algunos contratistas. Al respecto, indicó:

"También se han realizado el levantamiento oportuno de no conformidades dentro del sistema de calidad por el no cumplimiento de los procedimientos de compras y suministros, especialmente de la no verificación de listas cautelares de algunos contratistas; esto es el resultado de realizar el cruce periódico y sistemático de la información de tesorería con listas de verificación de listas cautelares realizadas; arrojando que algunos contratistas de la Concesionaria Ruta del Sol SAS que no surtieron el proceso como es debido de verificación previa a la contratación, que no están en listas cautelares; entre otras exigencias del cumplimiento procedimiento de calidad para compras y servicios, con las anteriores evidencias se le ha solicitado y recomendado vía email de forma enfática a la Presidencia como las áreas responsables de administración de la adquisición de bienes y servicios de los correctivos de forma inmediata y de allegar la documentación correspondiente.

De la anterior advertencia a la administración de la Concesionaria Ruta del Sol SAS por parte del Controller se destacan muy especialmente los siguientes casos especiales de contratación de la Concesionaria que fueron advertidos y que se espera a la fecha de este informe la complementación de la información por parte de la administración de la Concesionaria de acuerdo a los procedimientos y múltiples solicitudes del Controller; a su vez de estos casos los miembros por parte de Corficolombiana en la Junta directiva de la Concesionaria ruta del sol SAS como del comité directivo de CONSOL han sido debidamente informados:

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁰³ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "RUTA DEL SOL 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: RV_Informe SARLAFT Concesionaria Ruta del Sol SAS. [1466297].

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

NOMBRE EMPRESA	Fecha pago	No de contrato	VALOR PAGADO	SUBTOTALES POR EMPRESA
Inversores profesionales S en C	12 de marzo 2013	CRDS-OS-014-2013	\$ 303.930.131	
Inversores profesionales S en C	15 de enero 2013	CONTRATO 047 2013	\$ 436.147.828	
Inversores profesionales S en C	15 de abril 2013	CONTRATO 064 2013	\$ 63.943.131	
Inversores profesionales S en C	2 de diciembre 2013	CRDS-OS-052-2013	\$ 146.722.276	
Inversores profesionales S en C	26 de febrero de 2015	CDRS-OS-059-2014	\$ 385.785.866	\$ 1.336.529.231,93
Analisis Desinpro S.A.	15 de enero 2013	CONTRATO 048 2013	\$ 284.603.480	
Analisis Desinpro S.A.	15 de enero 2013	CONTRATO 065 2013	\$ 1.867.280.976	\$ 2.151.884.456,00
Consultores Unidos S.A.	31 de enero 2013	CRDS-OM-001-2014	\$ 1.154.000.000	
Consultores Unidos S.A.	17 de marzo 2015	sd	\$ 2.331.180.000	
Consultores Unidos S.A.	30 de marzo de 2015	sd	\$ 714.537.995	
Consultores Unidos S.A.	30 de marzo de 2015	sd	\$ 2.482.898.182	\$ 6.682.616.177,06
Profesionales de Bolsa	18 de diciembre 2015	OM- sin numero	\$ 2.838.637.620	
Profesionales de Bolsa	16 de enero 2015	OM- sin numero	\$ 2.695.333.680	
Profesionales de Bolsa	14 de mayo de 2015	sd	\$ 1.276.523.040	\$ 6.810.494.340,00
Gestora de proyectos de infraestructura	29 de diciembre 2014	CDRS-OS-058-2014	\$ 430.303.000	
Gestora de proyectos de infraestructura	26 de febrero de 2015	sd	\$ 489.796.370	
Gestora de proyectos de infraestructura	19 de marzo de 2015	sd	\$ 263.494.429	
Gestora de proyectos de infraestructura	14 de abril de 2015	sd	\$ 263.494.428	\$ 1.447.088.226,52
			TOTALES PAGADOS	\$ 16.981.524.204,99

Junio 25 de 2015⁵⁰⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, el 25 de junio de 2015, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** le comunicó directamente a **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien era su presidente para esa época, la existencia de unos "casos especiales de contratación" que entre 2013 y 2015 no cumplían con el procedimiento de compras y suministros de la **CONCESIONARIA**. Incluso, solicitó a la "Presidencia como las áreas responsables de administración de la adquisición de bienes y servicios" que se realizaran los "correctivos de forma inmediata".

Así mismo, es posible apreciar que la reacción de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ante los hallazgos de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** en 2015 fue, sin ninguna explicación, romper o evitar cualquier comunicación, "no me volvió a hablar". Para este Despacho ese comportamiento de quien era el presidente de **CORFICOLOMBIANA** en esa época, no se compadece con el grado de responsabilidad, mayor esfuerzo y alta exigencia que, en ejercicio de su gestión, decisiones y actuaciones, se le exige a quien conduce una empresa.

En efecto, recuérdese que en "el primer semestre de 2010"⁵⁰⁵ cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** le comunicó sobre irregularidades en la transacción con **DCS MANAGEMENT**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** le ordenó que se efectuaran esos pagos pese a sus irregularidades y le instruyó a que "lo correcto era proceder a firmar"⁵⁰⁶ e incluso en 2014 cuando nuevamente le advirtió sobre irregularidades en algunos pagos simplemente le indicó "que no volviera con esos temas"⁵⁰⁷. Ninguno de esos comportamientos corresponde con un actuar oportuno y cuidadoso para verificar que el giro ordinario de la inversión que representaba el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol para **CORFICOLOMBIANA** estuviera ajustado a la ley, en este caso el cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia económica.

Precisamente, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha resaltado que la diligencia del buen hombre de negocios lleva implícito el deber de "informarse suficientemente" antes de tomar decisiones, "adelantar las indagaciones necesarias" y vigilar el desarrollo y cumplimiento de esas decisiones.

⁵⁰⁴ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "RUTA DEL SOL 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: RESUMEN EJECUTIVO SARLAFT CDRS JUNIO 2015[1466299].

⁵⁰⁵ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Archivo. CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

⁵⁰⁶ Folio 2243 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de febrero de 2017. Min. 01:06:50.

⁵⁰⁷ Folio 4734 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 29 de enero de 2018. Archivo: Cuaderno de Pruebas 196 del Folio 1 al 510. p. 294 y 301.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas."⁵⁰⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Para este Despacho las conductas asumidas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** solo se justifican a partir del rol que cumplía dentro de la estrategia ilegal y su plena intencionalidad de no querer torpedear el correcto funcionamiento del sistema anticompetitivo, lo que corrobora la activa participación de **CORFICOLOMBIANA** en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Precisamente, al respecto el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso *Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea*, afirmó lo siguiente:

*"Para establecer la participación de una empresa en un acuerdo de esta índole, la Comisión debe probar que la empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo"*⁵⁰⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En esa medida, no son de recibo para este Despacho los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en sus observaciones al Informe Motivado en que alegó que no puede reprochársele no haber realizado una conducta para evitar que se realizara el pago de un acuerdo anticompetitivo acordado en 2009 por parte de uno de los socios de su filial y, mucho menos, por no evitar que ese miembro hiciera pagos hasta 2015.

Posteriormente, el **7 de octubre de 2015** sobre los pagos irregulares que se encontraron en **CONSOL** y en la **CONCESIONARIA**, bajo el asunto "Resumen y preguntas - Concesionaria Ruta del Sol SAS VERSION FINAL", **RAFAEL EDUARDO NEIRA TORRES** (Vicepresidente Senior de la Contraloría Corporativa de **GRUPO AVAL**) remitió un correo electrónico⁵¹⁰ a **ALBERTO MARIÑO**, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, en el cual incluyó observaciones a varios contratos.

"De: Rafael Eduardo Neira Torres <RNeira@grupoaval.com>

Fecha: 7 de octubre de 2015, 16:23:06 GMT-5

Para: "Alberto Marino S." <amarinos@coviandes.com>

"JEPIZANO@RUTADELSOL.COM.CO" <JEPIZANO@RUTADELSOL.COM.CO>

"[REDACTED]" <[REDACTED]>

Asunto: Resumen y preguntas - Concesionaria Ruta del Sol SAS VERSION FINAL

Apreciados Ingenieros, estoy remitiendo la versión final de Concesionaria Ruta del Sol, documento que también le estaré entregando al Jefe, Mil gracias por sus valiosos aportes.

RESUMEN - CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SAS SECTOR 2

Con corte al 7 de octubre de 2015 (Cifras en \$)

⁵⁰⁸ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa No. 100- 006 de 2008, publicada en el Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo del 2008. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/dir_supersoc/Documents/circular_externa_100-006_de_2008.pdf.

⁵⁰⁹ *Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea*. Caso C-204/00. Sentencia Tribunal de Justicia Europeo. 7 de enero de 2004.

⁵¹⁰ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "Ruta del Sol 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: Fwd_ Resumen y preguntas - Concesionaria Ruta del Sol SAS VERSION FINAL[1408036].msg.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

No.	Proveedor	Objeto del contrato	Monto del contrato	Monto de los pagos
1	Inversores Profesionales	Asesorías económicas, administrativas y financieras. Observación: Se efectuaron pagos a este proveedor sin que se tenga evidencia de las labores realizadas por el mismo. Además, se tienen dos contratos en los cuales sus objetos están relacionados con temas que ya se habían ejecutado o cerrado, antes de la firma de dichos contratos. (ANI y Magdalena Dos)	\$ 1.895.918.549	\$ 1.805.680.600
2	Desimpro S.A.	Asesorías económicas, administrativas y financieras. Observación: Los pagos efectuados a este proveedor son superiores a los contratos firmados. Además, llama la atención que había otros contratistas que estaban haciendo las mismas tareas (por ejemplo: Inversores Profesionales)	\$ 1.217.684.280	\$ 2.154.686.435
3	Gestora de Proyectos de Infraestructura SAS	Evaluación técnica y económica proyectos Mulaló-Loboguerrero y Autopista del Río Magdalena 2; consultoría en la licitación Vía Bucaramanga-Yondo; asesoría en procesos de conciliación, entre otros. Observación: Se efectuaron pagos a este proveedor sin que se tenga evidencia de las labores realizadas por el mismo. Además, llama la atención que había otros contratistas que estaban haciendo las mismas tareas (por ejemplo: Inversores Profesionales). También, se encontró un pago que se produjo sin la legalización del contrato, que debía llevarse a cabo con las firmas del Representante Legal y el Gerente Administrativo de la Concesionaria Ruta del Sol, así como del contratista.	\$ 4.195.011.314	\$ 2.635.094.828

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

No.	Proveedor	Objeto del contrato	Monto del contrato	Monto de los pagos
4	Consultores Unidos S.A.	Asesoría jurídica para licencias ambientales; estudios de prefactibilidad de los proyectos Bogotá-Girardot y Zipaquirá-Bucaramanga Observación: Se efectuaron pagos a este proveedor sin que se tenga evidencia de las labores realizadas por el mismo. Se observan algunas inconsistencias entre las fechas de aceptación de las ofertas comerciales de este proveedor, con las fechas comprometidas de plazo para la entrega de trabajos (que son anteriores a las fechas de aceptación de las ofertas).	\$ 6.658.597.999	\$ 6.602.282.720
5	Profesionales de Bolsa	Prestación de servicios de asesoría financiera y banca de inversión para la consecución del cierre financiero del proyecto Ocaña-Gamarra y renegociación de los créditos vigentes de la Concesionaria (con comisiones de éxito sobre una base mínima de \$ 2.000 millones*). Observación: No hay justificación para contratar esta firma, ya que Corficolombiana estaba brindando la asesoría en estos temas.	* \$ 2.000.000.000	\$ 7.750.813.816
6	Ingream SAS	Realización de obras de corte, relleno y conformación de la zona lateral de La Lizima-San Roque y la transversal Rio de Oro-Agua Clara-Gamarra. Observación: En el proceso de selección de las tres propuestas, que finalizó con la adjudicación a la Empresa Ingream SAS; se identificó que una de las propuestas era falsa y la otra se presentó un mes después de recibidas las dos anteriores.	\$ 877.444.577	\$175.488.915
SUBTOTAL CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SAS SECTOR 2			\$ 16.844.656.719	\$ 21.124.047.314

TOTAL: CONSOL + CONCESIONARIA RUTA DEL SOL SAS SECTOR 2	\$ 52.443.981.393	\$ 55.179.448.442
---	-------------------	-------------------

A partir de la evidencia presentada es posible establecer que, para el 7 de octubre de 2015, los contratos con **CONSULTORES UNIDOS, INVERSORES PROFESIONALES, DESINPRO, PROFESIONALES DE BOLSA y GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**, entre otras cuestiones, se caracterizaban por inconsistencias como: (i) tener pagos sin evidencia de las labores realizadas; (ii) objetos contractuales relacionados con labores que habían sido ejecutadas previamente; (iii) contratistas que hacían las mismas tareas e incluso (iv) una "propuesta era falsa". Precisamente algunas de esas características también eran un rasgo común en los contratos que soportaban los pagos a **DCS MANAGEMENT y PRESOAM**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En este punto es relevante recordar varios aspectos que dejan en evidencia la sistematicidad de la conducta desplegada y brindan elementos de juicio adicionales en el análisis de la dinámica de reembolso y pagos irregulares, particularmente en los pagos relacionados con **CONSULTORES UNIDOS**.

El primer aspecto es que, antes de la entrega de las propuestas y a dos (2) meses de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**, quien era representante legal⁵¹¹ de **CONSULTORES UNIDOS**, sirvió de puente a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para reunirse en privado con empleados de **ODEBRECHT**, entre ellos, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**⁵¹².

Un segundo aspecto es que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le ratificó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** tenía una relación desde hacía mucho tiempo con **ODEBRECHT** en el manejo de temas de "lobby" que involucraban pagos en Colombia y en el exterior. Al respecto indicó que:

*"(...) me ratificó que con **EDUARDO ZAMBRANO** tenían una relación desde hacía mucho tiempo, desde las épocas pasadas cuando **ODEBRECHT** estuvo en Colombia y que él le manejaba unos temas de ingeniería con su empresa **CONSTRUCTORES UNIDOS**, pero que también, manejaba algunos temas de lobby con él que involucraban pagos en Colombia y en el exterior"*⁵¹³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

El último aspecto es que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** imputó cargos por diferentes conductas punibles a **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** por los servicios que prestó a **ODEBRECHT** debido a que precisamente habría desarrollado actividades de "lobby" para influenciar a funcionarios públicos clave dentro de las entidades públicas encargadas de adelantar o liderar proyectos de infraestructura, así como que habría empleado a sus empresas como instrumento para realizar pagos de sobornos⁵¹⁴.

Bajo el anterior contexto, en el Expediente reposa prueba documental⁵¹⁵ que permite apreciar que el 20 de febrero de 2011, **CONSULTORES UNIDOS**, con una participación del 36,20%, **PCE – PROJETOS E CONSULTORIAS DE ENGENHARIA LTDA**, con participación del 36,20%, y **CONSULTORÍA COLOMBIANA S.A.**, con participación del 27,60%, conformaron el "CONSORCIO BRACOL". De conformidad con el acuerdo consorcial, **CONSULTORES UNIDOS** tendría el liderazgo de **BRACOL**, lo que incluía "ser el interlocutor, en nombre del consorcio, frente al **CLIENTE** y terceros"⁵¹⁶.

En esa medida, este Despacho encuentra diferentes evidencias que permiten apreciar que **CONSULTORES UNIDOS**, a través de **BRACOL**, también suscribió diferentes contratos con

⁵¹¹ Folios 4779 a 4781 cuaderno público No. 23 del Expediente. Certificado de existencia y representación legal de **GESTIÓN Y DISEÑOS ELECTRICOS S.A.** antes **CONSULTORES UNIDOS** Nit. 860.031.282-3. Acto de nombramiento de remoción de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** como subgerente de la compañía y designación de su reemplazo.

⁵¹² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO", Archivo: "INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf". Declaración **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017, p. 4 y 5.

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Folio 4544 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

⁵¹⁵ Folio 12367 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "Contratos Especiales", Carpeta: "Consortio Bracol".

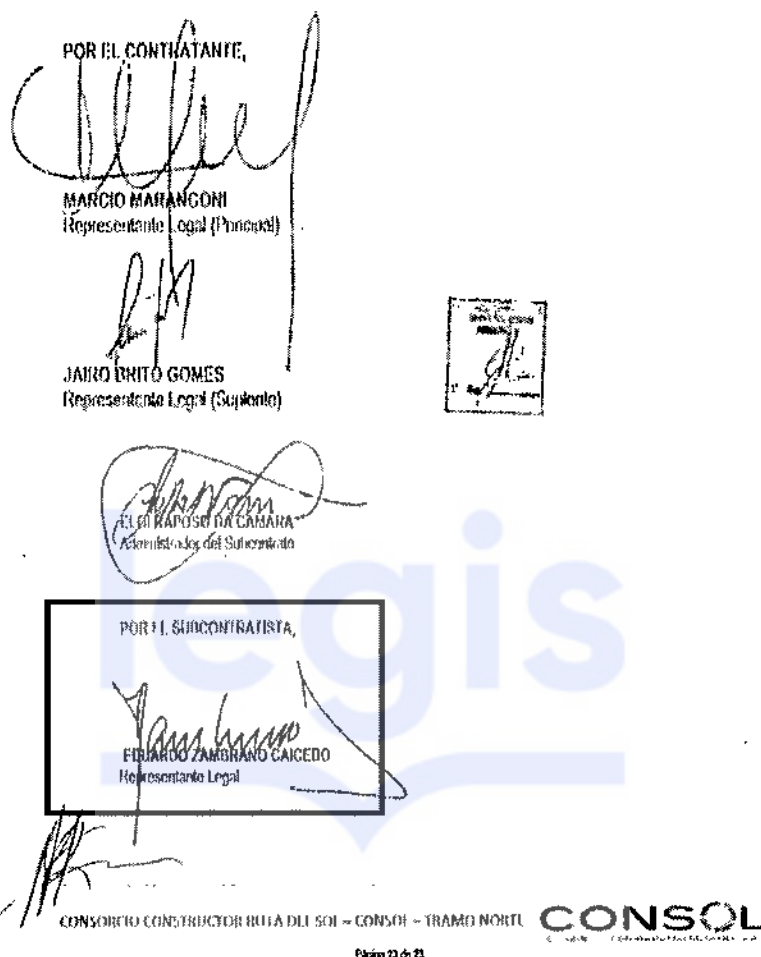
⁵¹⁶ Folio 12367 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "Contratos Especiales", Carpeta: "Consortio Bracol".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

CONSOL. Entre ellos, se encuentra el "**SUBCONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASISTENCIA TÉCNICA DE OBRA No. EPC-SC-G-019/2016**"⁵¹⁷ del 7 de enero de 2016.

Imagen No. 20. "**SUBCONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASISTENCIA TÉCNICA DE OBRA No. EPC-SC-G-019/2016**" entre **BRACOL** y **CONSOL**

Para constancia de lo anterior, se suscribió por LAS PARTES, en dos (2) ejemplares del mismo tenor y valor con destino a cada una de ellas, en la ciudad de Aguachica, a los siete (07) días del mes de enero de dos mil dieciséis (2016)



Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵¹⁸ (Recuadro rojo no original).

El referido contrato tenía como objeto la prestación de "**Servicios de Asistencia Técnica de Obra - ATO para la Transversal Río de Oro - Aguachica - Gamarra (denominada también tramo VIII) del Proyecto Vial Ruta del Sol – Sector 2**". En relación con el mismo en el Expediente se encuentra un documento del 17 de octubre de 2017, sin ninguna firma, denominado "**PAZ Y SALVO**", en que se relaciona a **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** como representante legal de **BRACOL**.

⁵¹⁷ Folio 12367 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "Contratos Especiales", Carpeta: "Consortio Bracol", Carpeta: "EPC-SC-G-019-2016".

⁵¹⁸ Folio 12367 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente. Carpeta: CONSOL, Carpeta: "Contratos Especiales", Carpeta: "Consortio Bracol", Carpeta: "EPC-SC-G-019-2016".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 21. "SUBCONTRATO No. EPC-SC-G-019/2016" entre BRACOL y CONSOL

PAZ Y SALVO

EDUARDO ZAMBRANO CAICEDO, actuando como representante legal de **CONSORCIO BRACOL** con NIT 900,358,442, en mi calidad de Subcontratista del Consorcio Constructor Ruta del Sol - CONSOL, mediante el SUBCONTRATO N° EPC-SC-G-019/2016, declaro que a la fecha no tengo conocimiento de ningún requerimiento judicial o extrajudicial de orden laboral, civil o penal, que pueda derivarse en algún tipo de reclamación ante el Contratante.

Así mismo, declaro que me encuentro a paz y salvo en las obligaciones laborales y comerciales adquiridas en desarrollo de la ejecución del SUBCONTRATO N° EPC-SC-G-019/2016

El presente documento se firma el día 17 de Octubre de 2017

EDUARDO ZAMBRANO CAICEDO
C.C 19,204,004 expedida en BOGOTÁ D.C..

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵¹⁹ (Recuadro rojo no original).

Los anteriores aspectos cobran mayor relevancia en la medida en que existe evidencia contable obtenida de los registros conservados por la revisora fiscal y auditora de la **CONCESIONARIA**⁵²⁰ y **CONSOL**⁵²¹, en que se pueden apreciar durante 2014, 2015 y 2016 varios pagos al **CONSORCIO BRACOL**, conformado y liderado por **CONSULTORES UNIDOS**, que a su vez era representado legalmente por **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**.

Por otra parte, este Despacho encuentra evidencia de que los pagos a **PROFESIONALES DE BOLSA** estuvieron relacionados con la "[p]restación de Servicios profesionales de Asesoría Financiera y Banca de Inversión para la consecución del cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra y renegociación de los créditos vigentes del CRDS [CONCESIONARIO RUTA DEL SOL]"⁵²².

⁵¹⁹ Folio 12367 del cuaderno reservado general 15 del Expediente. Carpeta: CONSOL, Carpeta: "Contratos Especiales", Carpeta: "Consortio Bracol", Carpeta: "EPC-SC-G-019-2016", Carpeta: "Liquidación", Archivo: "CONSORCIO BRACOL EPC-SC-G-019-2016".

⁵²⁰ Información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA", Carpeta: "EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019".

⁵²¹ Información obrante en el folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "DATOS".

⁵²² Folios 12584 a 12597 del cuaderno reservado general No. 15 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 22. Aceptación de oferta por la CONCESIONARIA de los servicios de PROFESIONALES DE BOLSA

-081

ANEXO NO. 1
ORDEN DE SERVICIOS

Bogotá D. C., Marzo 27 de 2014

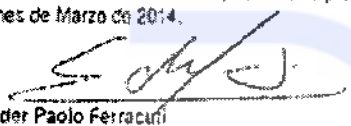
Señores:
COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA
Att: Teresita Arango Arango
Representante Legal
Calle 93B N° 12-10 Pisos 2,4 y 5
Bogotá D. C.

Ref: Orden de Servicios

Cordial Saludo,

Eder Paolo Ferracuti, mayor de edad, con domicilio en Bogotá - Colombia, identificado como aparece al pie de mi firma, por medio de la presente comunicación y debidamente facultado para el efecto, acepto la Oferta Mercantil recibida de parte de COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, de fecha Marzo 27 de 2014, cuyo objeto es la Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión, en los términos establecidos en la misma, la cual se entenderá efectiva a partir de la presente fecha.

En constancia de lo anterior, se firma la presente Orden de Servicios a los veintisiete (27) días del mes de Marzo de 2014.


Eder Paolo Ferracuti
Representante Legal
Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵²³ (Recuadros rojos no originales).

Como puede observarse, la oferta de prestación de servicios de **PROFESIONALES DE BOLSA** en relación con la "Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión" fue aceptada por la **CONCESIONARIA** el 27 de marzo de 2014, inmediatamente después de que suscribió con la **ANI** el Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010. En este punto es relevante recordar que **RAFAEL EDUARDO NEIRA TORRES** (Vicepresidente Senior de la Contraloría Corporativa de **GRUPO AVAL** desde febrero de 2009) respecto al contrato con **PROFESIONALES DE BOLSA** reportó que "[n]o hay justificación para contratar esta firma, ya que Corficolombiana estaba brindado la asesoría en estos temas"⁵²⁴.

A partir del análisis en conjunto de las evidencias presentadas, particularmente las relacionadas con el contrato de **PRESOAM** en el acápite previo, este Despacho encuentra dos rasgos comunes con la contratación de **PROFESIONALES DE BOLSA**. El primer rasgo está relacionado con que, al igual que en el contrato de **PRESOAM**, en el caso de **PROFESIONALES DE BOLSA** "las actividades

⁵²³ Ibidem.

⁵²⁴ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "Ruta del Sol 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: Fwd_ Resumen y preguntas - Concesionaria Ruta del Sol SAS VERSION FINAL[1408036].msg.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia”

que fueron contratadas ya estaban siendo ejecutadas”⁵²⁵. El segundo rasgo común es que ambos contratos estaban relacionados con la adición de la “TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL”⁵²⁶.

Los anteriores aspectos que se derivan de la valoración de las pruebas presentadas resultan relevantes en el análisis que en acápite posteriores se realizará en torno a la estrategia de compensación que, en forma simultánea a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, se materializó en la segunda fase del sistema anticompetitivo a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Como si lo anterior no fuera suficiente, en el Expediente reposan evidencias contables de causaciones de gastos y diferentes pagos realizados a **CONSULTORES UNIDOS, INVERSORES PROFESIONALES, DESINPRO, PROFESIONALES DE BOLSA y GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**, a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**.

Tabla No. 16. PAGOS REALIZADOS A CONSULTORES UNIDOS MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO
(Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
CONSULTORES UNIDOS	31/01/2013	Subcuenta Financiación	50.000.00 0,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	22/08/2013	Subcuenta Financiación	34.374.48 3,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	27/08/2013	Subcuenta Financiación	138.202.9 06,70	CONSIG.BANCO DE OCCIDENTE - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	12/09/2013	Subcuenta Financiación	22.916.32 2,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	24/09/2013	Subcuenta Financiación	135.720,0 0	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	3/10/2013	Subcuenta Financiación	89.516.72 4,89	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	18/10/2013	Subcuenta Financiación	11.526.02 1,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	27/12/2013	Subcuenta Financiación	23.052.04 2,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	17/03/2015	Subcuenta Financiación	1.094.513. 400,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	17/03/2015	Subcuenta Financiación	50.955.00 0,00	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	17/03/2015	Subcuenta Financiación	504.917.7 26,81	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	17/03/2015	Subcuenta Financiación	680.795.1 96,14	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	30/03/2015	Subcuenta Financiación	2.482.898. 182,47	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
CONSULTORES UNIDOS	30/03/2015	Subcuenta Financiación	714.537.9 94,59	CONSIG.BANCO CAJA SOCIAL BCSC - CONSULTORES UNIDOS S.A -	Transferencia bancaria
TOTAL CONSULTORES UNIDOS			5.898.341.719,60		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁵²⁷.

⁵²⁵ Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. 13 de agosto de 2018. Min. 43:58.

⁵²⁶ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: “ODB2018”, Carpeta: “7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015”, Carpeta: “CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015”, Carpeta: “LIBRERIAS”, Archivo: “contrato adicional al EPC Tramo 8”.

⁵²⁷ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 5. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201301-201312, 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 17. PAGOS REALIZADOS A INVERSORES PROFESIONALES MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO (Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
INVERSORES PROFESIONALES	15/03/2013	Subcuenta Financiación	234.000.000,00	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	19/04/2013	Subcuenta Financiación	36.036.687,45	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	23/04/2013	Subcuenta Financiación	383 170 906,19	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	25/07/2013	Subcuenta Financiación	12.318.676,49	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	22/08/2013	Subcuenta Financiación	43.526.828,40	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	26/02/2015	Subcuenta Financiación	385 785 865,93	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	10/06/2015	Subcuenta Financiación	360.212.608,07	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
INVERSORES PROFESIONALES	16/10/2015	Subcuenta Financiación	411.359.118,58	CONSIG,HELM BANK - INVERSORES PROFESIONALES S EN C - [REDACTED]	Transferencia bancaria
TOTAL INVERSORES PROFESIONALES			1.866.410.691,11		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁵²⁸.

Tabla No. 18. PAGOS REALIZADOS A DESINPRO MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO (Cifras expresada en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA A	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
DESINPRO	23/04/2013	Subcuenta Financiación	249.356.811,01	RET,DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS - DESINPRO - S,A CHEQUE:37426	Cheque por oficina
DESINPRO	25/07/2013	Subcuenta Financiación	253.335.000,00	CONSIG,BANCO POPULAR - DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS - DESINPRO - S,A - [REDACTED]	Transferencia bancaria
DESINPRO	23/08/2013	Subcuenta Financiación	246 206.131,81	CONSIG,BANCO POPULAR - DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS - DESINPRO - S,A - [REDACTED]	Transferencia bancaria
DESINPRO	17/12/2013	Subcuenta Financiación	317.484.289,20	CONSIG,BANCO POPULAR - DESARROLLO INTEGRAL DE PROYECTOS - DESINPRO - S,A - [REDACTED]	Transferencia bancaria
TOTAL DESINPRO			1.066.382.232,02		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁵²⁹.

⁵²⁸ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 5. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201301-201312, 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

⁵²⁹ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 5. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201301-201312.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 19. PAGOS REALIZADOS A PROFESIONALES DE BOLSA MEDIANTE EL PATRIMONIO AUTÓNOMO

(Cifras expresadas en pesos)

NOMBRE	FECHA	SUBCUENTA	VALOR	CONCEPTO	FORMA DE PAGO
PROFESIONALES DE BOLSA	27/10/2011	Subcuenta Financiación	14.999.670,00	CONSIG.BANCO DE OCCIDENTE - PROFESIONALES DE BOLSA -	Transferencia bancaria
PROFESIONALES DE BOLSA	16/01/2015	Subcuenta Financiación	2.695.333.680,00	CONSIG.BANCO DE OCCIDENTE - PROFESIONALES DE BOLSA -	Transferencia bancaria
PROFESIONALES DE BOLSA	20/03/2015	Subcuenta Financiación	1.702.369.500,00	CONSIG.BANCO DE OCCIDENTE - PROFESIONALES DE BOLSA -	Transferencia bancaria
PROFESIONALES DE BOLSA	14/05/2015	Subcuenta Financiación	1.276.523.040,00	CONSIG.BANCO DE OCCIDENTE - PROFESIONALES DE BOLSA -	Transferencia bancaria
TOTAL PROFESIONALES DE BOLSA			5.689.225.890,00		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁵³⁰.

Tabla No. 20. CAUSACIONES DE GASTOS DE GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

(Cifras expresada en miles de pesos)

CUENTA	DÍA	HISTORICO	CONTRAP	DEBITO	CREDITO
5.1.10.35.5110351000	20/02/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 20/02/2015 para el contrato CRDS-OS-058-2014 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	209.913	-
5.1.10.35.5110351000	23/02/2015	Valor Referente al BM 1 en la fecha 23/02/2015 para el contrato 052-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	382.000	-
5.1.10.35.5110351000	12/03/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 12/03/2015 para el contrato 052-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	299.925	-
5.1.10.35.5110351000	9/04/2015	Valor Referente al BM 3 en la fecha 09/04/2015 para el contrato 052-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	299.925	-
5.1.10.35.5110351000	24/09/2015	Valor Referente al BM 1 en la fecha 24/09/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	864.226	-
5.1.10.35.5110351000	19/11/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 19/11/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	-	864.226
5.1.10.35.5110351000	19/11/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 19/11/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	864.226	-

⁵³⁰ Con base en la información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 3.EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201107-201112., 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

CUENTA	DÍA	HISTORICO	CONTRAP	DEBITO	CREDITO
5.1.10.35.5110351000	23/11/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 23/11/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	-	864.226
5.1.10.35.5110351000	23/11/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 23/11/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	864.226	-
5.1.10.35.5110351000	23/11/2015	Valor Referente al BM 2 en la fecha 23/11/2015 para el contrato 075-2015 - GESTORA DE PROYECTOS DE INGENIERIA E INFRAESTRUCTURA S.A.S	2205951001	864.226	-
SUBTOTAL				4.648.667	1.728.452
TOTAL				2.920.215	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁵³¹.

Nótese que las irregularidades relacionadas con los pagos a **CONSULTORES UNIDOS, DESINPRO, PROFESIONALES DE BOLSA y GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**, al igual que las circunstancias que llamaron la atención de los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL —MAURICIO MILLÁN DREWS** en "el primer semestre de 2010"⁵³² y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** a "finales del mes de marzo de 2015"⁵³³, no solo dejan en evidencia el carácter permanente y de tracto sucesivo de las conductas y comportamientos desplegados en la segunda fase del sistema anticompetitivo, sino además que cada pago se caracterizó por carecer de soporte o debida justificación.

Esa última particularidad, que como se ha demostrado con suficiencia es común a los diferentes contratos analizados —**DCS MANAGEMENT, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM**, entre otros—, permite a este Despacho ratificar la sistematicidad de la conducta desplegada y se constituye en un elemento de juicio adicional para corroborar que la estrategia ilegal en el marco de todo el sistema anticompetitivo, en especial en su segunda fase, contempló la instrumentalización de diferentes contratos no solo para concretar la dinámica de reembolso y pagos irregulares, sino también para materializar una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que se presenta a continuación.

12.6.4.2. Estrategia de compensación a través de una adición contractual

A partir de una valoración en conjunto de diferentes pruebas concernientes a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, en especial aquellos aspectos relacionados con los contratos del **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, CONSULTORES UNIDOS y PRESOAM**, que como rasgo común carecían de soporte o debida justificación y algunos estaban relacionados con la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"⁵³⁴, este Despacho

⁵³¹ Con base en la información obrante en el folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "Concesionaria", Carpeta: "Datos", Carpeta: "Concesionaria 2015", Archivo: Probar las transacciones de gastos operativos-5110- Honorarios (Validación al 31.12.2015) / Página Excel "Univ. a dic".

⁵³² Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "CARPETA 1", Archivo: CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

⁵³³ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1", Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

⁵³⁴ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

encuentra suficientes elementos de juicio para evidenciar un objetivo adicional desplegado y materializado durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

El objetivo advertido consistió en replicar una estrategia similar a la ejecutada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esta vez con la finalidad de mejorar sus condiciones a través de modificaciones contractuales —adiciones— con el ilegítimo propósito de extraer la mayor utilidad posible del Proyecto Ruta del Sol 2. Precisamente, sobre el particular, en la Resolución de Apertura de Investigación, se advirtió lo siguiente:

*"No pasa por alto la Delegatura que, como se verá adelante, **esa misma dinámica, cual es la de suscribir contratos que carecen de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 de la Ruta del Sol, estaría acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** (entonces Viceministro de Transporte y Gerente General encargado del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-), y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago del soborno referido, resulta apenas natural que **respecto de ellos se pueda atribuir propósitos similares, asociados con garantizar la adjudicación del contrato y, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de las reclamaciones y de las adiciones.**"⁵³⁵*
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En esa medida, el análisis de distintas evidencias que reposan en el Expediente permite concluir que la estrategia se implementó con la finalidad de asegurar el éxito de la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"⁵³⁶ y, con ese propósito, se instrumentalizaron contratos con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA y PRESOAM**. Recuérdese que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del PBC, delató que las conductas violatorias del régimen de libre competencia económica tuvieron ocurrencia "(...) durante el proceso de estructuración y en el proceso de adjudicación de Ruta del Sol, tramo 2, y en el posterior proceso de ejecución, que incluye los otrosíes"⁵³⁷.

En ese orden de ideas, en el Expediente existe evidencia de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le reveló a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que, con "posterioridad a la adjudicación" del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, buscarían "posibilidades de adiciones", lo cual se puede advertir en la declaración rendida en el marco del PBC por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien, en su condición de delator, sostuvo que:

*"**GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: (...) Un elemento que me parece relevante en el tema de la competencia es que ellos, pues la persona de ODEBRECHT con quien yo tenía comunicación que era LUIZ BUENO, posterior a la adjudicación, me manifestó su interés en buscar posibilidades de adiciones, casi que inmediatamente, a pesar de que ese contrato tenía unas restricciones al respecto, unas restricciones específicas al respecto, él me manifestó directamente que ellos tenían que trabajar casi que inmediatamente una vez definida la etapa de pre-construcción que duraba aproximadamente un año, empezar a visualizar posibilidades de adiciones porque en sus palabras, 'habían ofrecido, pues habían ofrecido condiciones muy favorables y que eso de alguna manera limitaba su utilidad en el proyecto y que pues obviamente la forma de compensarlo hubiera podido ser a través de adiciones, o modificaciones contractuales, pues, él no sabía que yo venía renunciando cuando ya renuncié fue una sorpresa para él, propiamente yo no tuve más participación en el tema a raíz de mi vinculación a este proceso, he podido identificar que efectivamente, tal y como ellos lo tenían probablemente previsto desde un principio, el interés en compensar alguna***

⁵³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

⁵³⁶ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

⁵³⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 7:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

presión competitiva a la que se vieron sometidos en el proceso de licitación, pues lo querían compensar a través de modificaciones contractuales. (...)»⁵³⁸.

Lo anterior merece especial credibilidad debido a que la intención de buscar adiciones contractuales fue un objetivo revelado espontáneamente por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien era uno de los principales artífices del sistema anticompetitivo, a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien para esa época había demostrado ser una ficha clave en la estrategia implementada por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, sobre todo, por el efectivo cumplimiento de los compromisos que ejecutó en virtud del acuerdo anticompetitivo que en ese momento habían garantizado el éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo, esto es, la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**.

Precisamente, en el marco del sistema anticompetitivo, las evidencias son indicativas de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** tenía una expectativa de largo plazo respecto a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y, en razón a ello, le habló de las "adiciones" contractuales como un tema fundamental. Sobre este aspecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** delató lo siguiente:

"(...) yo creo que él [LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR] tenía una expectativa conmigo de largo plazo, porque por eso precisamente él me comenzó a hablar de los temas de las adiciones, él me habló de dos temas fundamentalmente que eran posteriores a la ejecución, el tema de las adiciones y el tema de unas reclamaciones por el aumento de los precios del asfalto. Ellos desde el momento de la adjudicación ya estaban pensando en hacer reclamaciones sobre el tema del asfalto y con el tema de las adiciones (...)»⁵³⁹.

Por otra parte, este Despacho encuentra evidencias para corroborar la motivación que tuvo **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en pretender "compensar alguna presión competitiva a la que se vieron sometidos en el proceso de licitación" y que ocasionó que la **CONCESIONARIA** ofreciera condiciones "favorables" que "limitaba su utilidad en el proyecto".

En efecto, un análisis en conjunto de distintas pruebas, permite evidenciar que, en el marco del sistema anticompetitivo, aunque la **CONCESIONARIA** tenía preparada una propuesta con una oferta económica al "máximo del precio autorizado en el proyecto si no había ningún otro competidor"⁵⁴⁰, finalmente participó con una "propuesta intermedia"⁵⁴¹, debido a que el día en que iba a ser presentada "había más propuestas", "más competidores" —**VÍAS DEL SOL** y **U.T. CONCESIÓN RDS**— en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Este aspecto fue detallado por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, quien señaló:

"DELEGATURA: ¿Usted tuvo conocimiento acerca de cómo dejaron consolidada la oferta entre ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y ahora CSS? O sea, ¿Quién se encargó de revisarla? ¿Quién dio el visto bueno para presentarla? ¿Quién la presentó?

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: (...) la oferta final dependía mucho de la competencia. Recuerdo que, pues como había mucha incertidumbre de si se iban a presentar o no oferentes, pues recuerdo que había tres (3) sobres de propuesta. Uno la máxima, considerando que había demasiada competencia, digamos, el máximo esfuerzo en el punto de vista de números, una no tan extremo, pero un poco más prudente y otra con el máximo del precio autorizado en el proyecto si no había ningún otro competidor.

(...)

Entonces no se presentó la propuesta más agresiva ni se presentó la propuesta más favorable sino la propuesta intermedia, porque pues uno está pendiente el día que hay

⁵³⁸ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 08:12.

⁵³⁹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2" Min. 19:09.

⁵⁴⁰ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que presentar los sobres de si hay más competidores, si hay más propuestas y entonces como vimos que había más propuestas, se presentó la intermedia⁵⁴².

Lo anterior adquiere mayor relevancia debido a que, tal y como se evidenció en acápites previos — **12.6.3.7. Otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo**—, ODEBRECHT y CORFICOLOMBIANA no lograron coludirse con sus potenciales competidores con el propósito de limitar la participación en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. En razón a ello, la **CONCESIONARIA** estuvo expuesta a cierta "*presión competitiva*" en el específico momento en que presentó su propuesta al **INCO** que, pese a la existencia del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que le garantizó la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, como lo reveló **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, debía ser compensada con "*posterioridad a la adjudicación*", a través de adiciones contractuales.

Al respecto, este Despacho encuentra evidencia de que dada la vocación de permanencia o prórroga con que fue planificado el sistema anticompetitivo, la estrategia de compensación advertida, en forma concomitante con la dinámica de reembolso y pagos irregulares, comenzó su implementación, tal y como le fue revelado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, "*casi que inmediatamente*" y con "*posterioridad a la adjudicación*"⁵⁴³, e incluso antes de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

Sobre el particular, existe un correo electrónico del 5 de enero de 2010 con el asunto "*Plazo firma del Contrato de Concesión*", enviado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** a **IVÁN PINTO** (funcionario de ODEBRECHT), con copia a **MARKO HARASIC**, **AMILTON HIDEAKI SENDAI**, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, **CAROLINA SARMIENTO** (funcionarios de ODEBRECHT) y **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de CONSOL y Representante de EPISOL en CONSOL).

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁴² Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

⁵⁴³ Mediante la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, el **INCO** adjudicó el Sector 2 de la Ruta del Sol al único proponente habilitado, esto es, a la "*Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S.*".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 23. Correo electrónico del 5 de enero de 2010 – Asunto "Plazo firma del Contrato de Concesión"

From: Luiz Bueno <ODEBRECHT/EXCHANGE ADMINISTRATIVE GROUP (FYDIBOHF23SPDLT)/RECIPIENTS/LBUENO>
Sent: 1/5/2010 4:38:46 PM +0000
To: Ivan Pinto <ipinto@odebrecht.com>
C.C.: Marko Harasic <mharasic@odebrecht.com>; Amilton Hideaki Sendai <sendai@odebrecht.com>; Manuel Ricardo Cabral Ximenes <mximenes@odebrecht.com>; Yesid Arocha <yesid@odebrecht.com>; Carolina Samiiento <caro@odebrecht.com>; 'mauricio.millan@corficolombiana.com.co'
Subject: Re: Plazo firma del Contrato de Concesión

Ivan, Yesid, MX y MH

Es importante que el contrato quede muy claro, teniendo en cuenta las adendas, preguntas y respuestas ocurridas durante la licitación.

YA, teniendo en cuenta la apertura que tenemos junto al Cliente, creo que valdría la pena influenciar algunos puntos del contrato de inmediato.

Insisto en que esto es muy importante, en la línea de disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado (IMPORTANTE)

Abraço

De: IVAN PINTO <ipinto@odebrecht.com>

Para: Luiz Bueno

CC: Marko Harasic; Amilton Hideaki Sendai; Manuel Ricardo Cabral Ximenes; Yesid Arocha; Carolina Samiiento; mauricio.millan@corficolombiana.com.co

Enviado: Tue Jan 05 10:24:23 2010

Asunto: Re: Plazo firma del Contrato de Concesión

Luiz,

Estoy revisando la versión definitiva de la Minuta del Contrato (Adenda No. 12) para verificar que se hayan incluido todos los cambios anunciados en las Series de Preguntas y Respuestas. Lo que tengamos por decir tenemos que hacerlo en esta semana.

Iván

De: Luiz Bueno (mailto:lbueno@odebrecht.com)

Enviado: martes, 05 de enero de 2010 9:52

Para: Ivan Pinto; Amilton Hideaki Sendai; Manuel Ricardo Cabral Ximenes; Marko Harasic; Yesid Arocha; Carolina Samiiento

Asunto: Re: Plazo firma del Contrato de Concesión

Agradecido Ivan.

MH, como están las cosas?

Abrazos

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁴⁴ (Recuadro rojo no original).

Como se puede apreciar, en la anterior comunicación se evidencia el manifiesto interés de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, principal artífice del sistema anticompetitivo, en propiciar "modificaciones contractuales" durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. No por otra razón indicó expresa y abiertamente que valdría la pena "influenciar algunos puntos del contrato de inmediato" con el propósito de "disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado". Dicho de otro modo, en el contexto descrito, la forma de cualificar el resultado en la ejecución de un contrato de concesión era a través de adiciones, con lo que se compensaba cualquier condición que "limitaba su utilidad en el proyecto", entre otras cuestiones, debido a la presentación de una "propuesta intermedia"⁵⁴⁵ que no contempló "el máximo del precio autorizado en el proyecto"⁵⁴⁶.

Precisamente, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, en el marco del PBC, señaló que "la estructura o el entramado criminal alrededor del cual se desarrollaba este proyecto, pues contemplaba la posibilidad de que, mediante modificaciones contractuales [i.e. adiciones], se mejoraran las condiciones del contrato"⁵⁴⁷.

Estrategias como la advertida en la segunda fase del sistema anticompetitivo en que, con posterioridad a la adjudicación, se pretende ilegítimamente restablecer condiciones más favorables (i.e. a través de modificaciones contractuales), introduce distorsiones en todo el proceso licitatorio y

⁵⁴⁴ Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

⁵⁴⁵ Ibidem.

⁵⁴⁶ Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

⁵⁴⁷ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 33:17.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

aumenta los costos de los proyectos. Sobre el particular, recientes estudios económicos advierten que:

*"Finalmente, con frecuencia se presentan irregularidades en la etapa posterior a la licitación, cuando los contratos ya están firmados y las obras en marcha. Las modificaciones contractuales en proyectos de infraestructura son comunes. En parte esto obedece a razones legítimas, dado que la complejidad y los plazos de las obras dan espacio al surgimiento de imprevistos. Sin embargo, una institucionalidad débil puede dar lugar a un uso excesivo y muy permisivo de las renegociaciones contractuales. Ante un escenario así, **las empresas pueden prever con casi total certeza que en caso de ganar un contrato lo podrán renegociar más adelante, lo que introduce distorsiones en todo el proceso.** En primer lugar, **las empresas tienen incentivos a hacer ofertas artificialmente competitivas durante las licitaciones para ganar, previendo que en la etapa posterior a la licitación podrá restablecer condiciones más favorables.** Además, en estos contextos las empresas que pueden hacer las mejores ofertas no son necesariamente las más eficientes sino las que tienen mayor capacidad de renegociación, **lo que puede aumentar los costos de los proyectos como consecuencia de una peor selección de proveedores**"⁵⁴⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Así las cosas, la valoración en conjunto de las pruebas deriva elementos de juicio adicionales para concluir que, dada la sistematicidad de la conducta reprochada, no solo se buscó garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol en favor de la **CONCESIONARIA** sino que, con posterioridad, en una segunda fase del sistema anticompetitivo, se buscó compensar cualquier presión competitiva a través de modificaciones contractuales —adiciones— con el ilegítimo propósito de extraer la mayor utilidad posible en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

A partir de lo expuesto, los argumentos presentados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** dirigidos a señalar que "*pagos ilegales*", "*contratos ficticios*", entre otros, ocurridos con posterioridad a 2010, no tenían una finalidad anticompetitiva o que no tenían alguna relación con el acuerdo anticompetitivo, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por infundados.

Al respecto, a continuación este Despacho presentará las diferentes pruebas que permiten evidenciar la materialización de la estrategia desplegada para asegurar el éxito de la adición de la "*TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL*"⁵⁴⁹, la cual fue similar a la desplegada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Con ese propósito, se realizaron pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, quien se encargaría de llevar a cabo diferentes gestiones con el propósito de favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Dichos pagos fueron autorizados por **LUIZ ANTONIO MAMERI**, al igual como ocurrió con el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la primera fase del sistema anticompetitivo y, en similar sentido, dichos pagos fueron realizados "*en cuentas de empresas en el exterior*" y con "*recursos no contabilizados*".

Con tal propósito, en el marco del sistema anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sirvió de puente entre **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, quien lo reemplazó en el cargo de Director Superintendente de **ODEBRECHT**, y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, quien se encargaría de llevar a cabo diferentes gestiones con el propósito de favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Sobre el particular, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** relató ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** lo siguiente:

⁵⁴⁸ **CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO - CAF**. Reporte de Economía y Desarrollo **RED**. Integridad en las políticas públicas: claves para prevenir la corrupción. 2019. p. 210. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/>.

⁵⁴⁹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"Voy a ser (sic) el recuento de la contratación de OTTO BULA. Yo llegué a Colombia en enero de 2013, para asumir el cargo de /director Superintendente, responsable de las operaciones de la /compañía en Colombia, en reemplazo a mi antecesor LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. Entonces cuando yo asumí las operaciones ahí en Colombia teníamos dos proyectos, la concesión de la Ruta del Sol Sector II, en donde la concesionaria Ruta del Sol SAS, ODEBRECHT era la principal accionista con el 62.01% y la Concesionaria responsable para hacer la doble calzada de la carretera, mantenerla y operarla por 530 kilómetros aproximadamente, el contrato era en la modalidad de asociación público-privada APP. Durante el periodo de transición con mi antecesor en diciembre de 2012, entre los días 13 y 14 de diciembre más o menos, en una reunión que realizada en una oficina de la compañía en Bogotá en la calle 93 No. 11 A 28 oficina 301 de la ciudad de Bogotá, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR me presentó al señor OTTO BULA y me comentó que el señor Bula tenía influencia en los medios políticos, social y empresarial de Colombia, que era un ex senador de la república, y que actuaba como lobista"⁵⁵⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, en una reunión que tuvo lugar "entre los días 13 y 14 de diciembre" de 2012, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR le comentó a ELEUBERTO ANTONIO MARTONELLI que OTTO NICOLÁS BULA BULA⁵⁵¹ "tenía influencia en los medios políticos, social y empresarial de Colombia, que era un ex senador de la república, y que actuaba como lobista". Precisamente, estudios reconocen que la capacidad de las empresas para obtener condiciones favorables en la etapa posterior a la licitación suele estar asociada a sus conexiones con los funcionarios pertinentes.

"(...) la capacidad de las empresas para obtener condiciones favorables en la etapa posterior a la licitación suele estar asociada a sus conexiones con los funcionarios pertinentes. Las empresas mejor conectadas pueden ser más agresivas en las licitaciones y son las principales ganadoras del sistema. Además, las renegociaciones pueden llegar a usarse como vehículos para hacer adiciones a los contratos que no corresponden a las obras licitadas originalmente."⁵⁵² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este punto es relevante mencionar que previamente LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR también hizo de puente entre OTTO NICOLÁS BULA BULA y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN con el propósito de que los apoyara en "la obtención del contrato de estabilidad jurídica de la RUTA DEL SOL"⁵⁵³. Dicho contrato fue celebrado el 31 de diciembre de 2012 entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE y la CONCESIONARIA con el objeto de que se le garantizara "la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión"⁵⁵⁴ del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Además, recuérdese que, con posterioridad a la adjudicación, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR manifestó expresamente a través de correo electrónico⁵⁵⁵ a diferentes personas, entre ellas, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN, que era necesario influenciar inmediatamente algunos puntos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no solo para cualificar su resultado, sino para disminuir sus riesgos.

⁵⁵⁰ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁵¹ Fue Senador de la República (1998-2002).

⁵⁵² CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO - CAF. Reporte de Economía y Desarrollo RED. Integridad en las políticas públicas: claves para prevenir la corrupción. 2019. p. 211. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/>.

⁵⁵³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 28 de abril de 2017.

⁵⁵⁴ Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "CONCESIONARIA 2013", Archivo: "Contrato Estabilidad Jurídica".

⁵⁵⁵ Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

A partir de las anteriores evidencias, es posible establecer que **OTTO NICOLÁS BULA BULA** desplegó diferentes actuaciones en la segunda fase del sistema anticompetitivo, encomendadas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, debido a la "influencia" que tenía en diferentes sectores y como consecuencia de la ejecución de actividades de "lobby". A partir de esas gestiones lograron obtener no solo el contrato de estabilidad jurídica, sino también una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Es importante mencionar que algunos estudios relacionados con el *modus operandi* de **ODEBRECHT** en diferentes países revelan que los sobornos o pagos que realizaba dicha empresa no solo iban dirigidos a funcionarios públicos —**GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**— para buscar ventajas directas en la adjudicación de algún contrato particular, sino además estuvieron dirigidos a políticos —**OTTO NICOLÁS BULA BULA**— en busca de mejorar su acceso a tomadores de decisión claves para asegurar el éxito de sus cometidos.

"(...) la empresa soborna a actores distintos en base a distintos objetivos. Por ejemplo, sobornando a un político la empresa busca mejorar su acceso a tomadores de decisión claves, en cambio, al sobornar funcionarios la empresa probablemente busca ventajas más directas en la adjudicación de algún contrato particular"⁵⁵⁶ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En ese orden de ideas, este Despacho encuentra en el Expediente pruebas de la participación de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** a través de la "influencia" que tenía en diferentes sectores y la ejecución de actividades de "lobby" para asegurar el éxito de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con el propósito de favorecer a la **CONCESIONARIA**.

En efecto, existe evidencia de que, en julio de 2013, inicialmente **OTTO NICOLÁS BULA BULA** se ofreció a "viabilizar" que la **ANI** entregara la adición del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a la **CONCESIONARIA**, "evitando" que ese tramo pudiera ser objeto de una licitación pública, es decir, restringiendo cualquier posibilidad de competencia para su adjudicación. Al respecto, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** señaló que:

"En paralelo, posiblemente en julio de 2013, el señor OTTO BULA ya teniendo la información de que la compañía estaba próxima de asignar el OTRO SI No. 3, relacionado con el eje vial GAMARRA PUERTO CAPULCO, me buscó en la oficina indicándome que podría viabilizar OTRO SI por el cual la ANI entregaría a la concesionaria el tramo indicado para que la concesionaria rehabilitara y/o mejorara evitando que este proyecto pudiera ser licitado en las obras de las 4G de carreteras. En esta misma reunión, yo indique al señor OTTO BULA que la concesionaria ya estaba en conversaciones con la ANI para obtener un nuevo OTRO SI en el cual el tramo OCANA PUERTO CAPULCO quedara incorporado a la concesión RUTA DEL SOL SECTOR 2. El señor OTTO BULA dijo que podría influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara. He comentado con el señor BULA que como se trataba de una asociación público-privada APP sería necesario algunas cláusulas específicas en este OTRO si, que serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto. Estas cláusulas consistían en: 1. Incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión. 2. Dos nuevas casetas de peaje en el tramo OCANA PUERTO CAPULCO. 3. Anticipar vigencias futuras previstas para los años 2023 y 2028. 4. Creación del valor presente por ingreso del peaje VPIP en los años 2023 y 2028"⁵⁵⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

⁵⁵⁶ DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE EL CASO ODEBRECHT. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Documento de referencia N°43. Junio 2019. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/10/DocRef4_Informe-Analisis-Datos.pdf.

⁵⁵⁷ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Como puede apreciarse, finalmente los compromisos que se concretaron entre **OTTO NICOLÁS BULA BULA** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** consistieron en "influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara" a través de la inclusión de "algunas cláusulas específicas", las cuales "serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto". Dicho propósito, en el contexto del sistema anticompetitivo, se traduce precisamente en la intención de extraer ilegítimamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol o tal y como lo manifestó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, cualificar su resultado⁵⁵⁸.

De tal modo, de acuerdo con **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, las cláusulas requeridas por la **CONCESIONARIA** para el anterior propósito estaban relacionadas con (i) incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión; (ii) dos nuevas casetas de peaje en el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO; (iii) anticipar vigencias futuras previstas para los años 2023 y 2028; y (iv) creación del valor presente por ingreso del peaje VIP en los años 2023 y 2028.

En ese sentido, existe evidencia que permite establecer que existió un continuo seguimiento del cumplimiento de los compromisos adquiridos por **OTTO NICOLÁS BULA BULA**. Para ello, se realizaron diferentes reuniones de retroalimentación con **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** sobre las "expectativas" de la suscripción de la adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Sobre el particular, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** relató ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que:

"Después del acuerdo, el señor OTTO BULA siguió haciéndome visitas en mi oficina, para transmitir la expectativa de que el OTRO SI sería efectivamente firmado y también obtener la retroalimentación de las reuniones de trabajo entre el equipo de la concesionaria y el equipo de la ANI. En estas reuniones más con OTTO BULA en mi oficina, el señor BULA afirmaba que estaba utilizando su relación política principalmente con parlamentarios oriundos de la región CARIBE para influenciar los agentes públicos. Nunca me especificaba cuáles eran las autoridades públicas con las que estaba tratando, no obstante en estas reuniones, el señor BULA llegó a anticiparme que las comisiones permanentes del congreso 3, 4 y 6 convocarían al presidente de la ANI LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO y al Ministro de Hacienda MAURICIO CÁRDENAS para reuniones de control político en el Congreso y discusión del presupuesto, y que en estas ocasiones en el Congreso, ellos serían presionados para dar celeridad al OTRO SI que viabilizara el proyecto OCANA GAMARRA"⁵⁵⁹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

La prueba analizada también deja en evidencia que el mecanismo empleado por **OTTO NICOLÁS BULA BULA** consistía en aprovechar, dada su condición de ex Senador de la República, la influencia que tenía en distintos sectores para llevar a cabo actividades de "lobby" y ejercer presiones con el propósito de dar viabilidad y celeridad a la adición contractual. Dicho mecanismo fue completamente eficaz para asegurar el éxito del "OTRO SÍ No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"⁵⁶⁰. Precisamente, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** señaló:

"El 14 de marzo de 2014, la concesionaria RUTA DEL SOL firmó el OTRO SI No. 6 con las expectativas atendidas, que la actuación del señor OTTO BULA fue fundamental para acelerar y lograr y obtener el OTRO SI que viabilizó obras adicionales al contrato, sin la necesidad de un proceso de licitación pública, utilizando los procedimientos ya previstos en el contrato de concesión. (...) Lo cierto es que la gestión de OTTO BULA dio resultado. Si no hubiéramos contratado a OTTO BULA hubiéramos corrido el riesgo de que la decisión se hubiera demorado 3 o 4 años más, o que se hubiera ido a una

⁵⁵⁸ Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

⁵⁵⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁶⁰ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de las últimas olas de las 4G por licitación.⁵⁶¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, en el marco del sistema anticompetitivo, la actuación y gestión de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** dio "*resultado*" y fue "*fundamental*", no solo para "*acelerar*", sino también para "*obtener*" la modificación contractual que viabilizó obras adicionales en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Nótese que, según **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, se evitaron demoras de "*3 o 4 años más*" y, principalmente, se evitó el riesgo que le representaba a la **CONCESIONARIA** competir en un escenario de libre concurrencia por las "*obras adicionales*" en un "*proceso de licitación pública*".

Particularmente, la Corte Constitucional al enfocar su atención en la importancia del principio de planeación en el contrato de concesión de obra pública ha resaltado el incentivo perverso que se genera cuando se desconoce el carácter excepcional de las modificaciones contractuales y que conlleva el desconocimiento de los principios de libre concurrencia y selección objetiva:

"(...) la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal – como la libre concurrencia y la selección objetiva – y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados."⁵⁶² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Sobre este aspecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien desempeñó un rol trascendental en la gestación y desarrollo del Proyecto Ruta del Sol, particularmente sostuvo que en su estructuración se trató de que se minimizara la ocurrencia de adiciones o de modificaciones al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

"En la estructuración se trató precisamente de que se minimizara la ocurrencia de adiciones o de modificaciones en ese sentido, y probablemente si esas modificaciones, se hubieran planteado en la estructuración, o se hubieran incluido en la estructuración, pues, primero, hubiera podido haber mayor concurrencia"⁵⁶³.

En ese mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado que los cambios o ajustes a los contratos estatales no pueden suponer para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía inicialmente frente a los otros interesados y oferentes —competidores— durante el proceso de contratación debido a que puede "(...) inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación"⁵⁶⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Por otra parte, un análisis en conjunto de las pruebas que reposan en el Expediente permite a este Despacho establecer que los compromisos adquiridos por **OTTO NICOLÁS BULA BULA** con la

⁵⁶¹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

⁵⁶³ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 32:00.

⁵⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2017. Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

finalidad de "influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara"⁵⁶⁵ fueron plenamente materializados en la segunda fase del sistema anticompetitivo.

En efecto, el 14 de marzo de 2014, entre la ANI y la CONCESIONARIA, no solo se suscribió el "OTRO SI No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"⁵⁶⁶ que tenía como objeto "[a]dicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra"⁵⁶⁷, sino que además se incluyeron "algunas cláusulas específicas"⁵⁶⁸, las cuales según ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI eran "fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto"⁵⁶⁹.

A continuación, se presentan las cláusulas que fueron incluidas en el "OTRO SI No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"⁵⁷⁰.

- Incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión y dos nuevas casetas de peaje

Imagen No. 24. Aumento de las tarifas y nuevos peajes

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. AUMENTO DE TARIFA DE PEAJES Y ENTREGA DE PEAJES.- Además de los aportes INCO, LA AGENCIA se compromete a tramitar ante el Ministerio de Transporte un aumento en el valor de las tarifas de los cinco (5) peajes que actualmente hacen parte del sector de la Ruta Del Sol 2, denominados: "ZAMBITO", "AGUAS NEGRAS", "LA GÓMEZ", "MORRISON" y "PAILITAS", adicional al incremento previsto en la Sección 13.06 del Contrato de Concesión a partir del año 2015, a razón del 3% anual y hasta completar el 15%; de igual forma LA AGENCIA se compromete a tramitar ante el Ministerio de Transporte la instalación de dos (2) nuevas Estaciones de Peaje a partir de enero de 2015, las cuales se localizarán entre Aguacalara y Gamarra, y entre Aguacalara y Río de Oro; los derechos de recaudo de las Estaciones de Peaje que nos ocupa, se cederán AL CONCESIONARIO. Tanto para el aumento de las tarifas de peajes, como para la instalación de las dos (2) nuevas Estaciones de Peaje, se requerirá de la aprobación del Ministerio de Transporte.

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁶⁶ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁵⁶⁷ Ibidem.

⁵⁶⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁶⁹ Ibidem.

⁵⁷⁰ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁵⁷¹ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Anticipar vigencias futuras previstas para los años 2024 y 2025, para los años 2016, 2017 y 2018

Imagen No. 25. Anticipo de vigencias futuras

PARÁGRAFO TERCERO.- Las actuaciones de LA AGENCIA ante el CONFIS y el MHCP, estarán encaminadas a que las Vigencias Futuras aprobadas en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para los años 2024 y 2025, se anticipen y trasladen a la Cuenta Aportes INCO en tres (3) pagos iguales en los años 2016, 2017 y 2018, de acuerdo como lo establece la Sección 13.03 del citado Contrato de Concesión. Las condiciones para hacer el traslado desde la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes CONCESIONARIO estarán asociadas a los avances de obra, de la siguiente manera: (i) enero de 2016: Un avance de obra igual o superior al 20%; (ii) enero de 2017: Un avance de obra igual o superior al 50%, y (iii) enero de 2018: Un avance de obra igual o superior al 80%. De no cumplirse con los avances de obra, se continuará acumulando hasta que se verifique la meta. La metodología de cálculo de avance de obra corresponde a la que se defina de acuerdo con lo señalado en el Parágrafo de la Cláusula Tercera del presente documento.

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁷².

- Creación del valor presente por ingreso del peaje VPIP en los años 2023 y 2028

Imagen No. 26. Creación del VPIP

CLÁUSULA SÉPTIMA. OBTENCIÓN DEL VPIP.- Una vez suscrita el Acta de Inicio, LA AGENCIA deberá garantizar AL CONCESIONARIO, el ingreso efectivo de los recursos por concepto de VPIP en las fechas y montos que se indican a continuación: (I) Diciembre de 2023 la suma DOSCIENTOS TREINTA MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$230.935.133.324) constantes del 31 de diciembre de 2008; (II) Diciembre de 2028 la suma de CUATROCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS(\$407.345.357.720) constantes del 31 de diciembre de 2008. En el evento en que EL CONCESIONARIO no alcance dicho VPIP, LA AGENCIA se hará cargo del pago de la diferencia que corresponda a favor de éste en los respectivos años.

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁷³.

A partir de lo anterior, la **CONCESIONARIA** logró extraer ilegítimamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. En efecto, con posterioridad a la suscripción del "OTRO SÍ No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"⁵⁷⁴, la **CONCESIONARIA** mediante una convocatoria pública adelantó el Proceso de Licitación Privada LP-EPC-T8-2014 y, por esa vía, el **30 de diciembre de 2014** adjudicó el "**CONTRATO ADICIONAL AL CONTRATO EPC PARA ADELANTAR LAS ACTIVIDADES DE CONSTRUCCIÓN Y COMPLEMENTARIAS DE LA TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL**"⁵⁷⁵ a **CONSOL**, como único proponente.

Precisamente, en el Expediente reposa prueba documental que permite apreciar concretamente la mayor utilidad que representó para la **CONCESIONARIA**, no solo el éxito de la adición, sino la adjudicación a **CONSOL** del contrato adicional. Sobre el particular, se cuenta con el ACTA DE COMITÉ DE DIRECCIÓN No. 44 de **CONSOL** del 31 de diciembre de 2014. A dicho Comité de Dirección asistieron en calidad de participantes: **ÓSCAR HERNÁNDEZ, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y FELIPE CABRAL**; en calidad de invitados: **MARCIO MARANGONI, YENNY GUANAY, EDER FERRACUTI, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y, por **CONSOL**, asistieron **RICARDO ANTONIO PAREDES REYES, MARCELO PILLER, JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ, JUAN NICOLÁS DEVIS e ISABEL CRISTINA CAMACHO**.

⁵⁷² Ibidem.

⁵⁷³ Ibidem.

⁵⁷⁴ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁵⁷⁵ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Uno de los temas tratados estuvo relacionado con la presentación a todos los asistentes de la "comunicación de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S informando la adjudicación del Consorcio Constructor Ruta del Sol – CONSOL en el Contrato EPC que tiene como objeto la ejecución de los Estudios y Diseños de detalle, Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, Licencia Ambiental, Gestión Predial y Social, Diseño y Construcción de las instalaciones para Operación u Mantenimiento, de las obras del tramo 8 del sector 2 de la Ruta del Sol, correspondiente a la Transversal Río de Oro - Aguacalara – Gamarra por una oferta de COP\$ 1.204.400.007.321 + IVA a precios constantes de Noviembre de 2014"⁵⁷⁶.

En esa medida, los miembros de la Junta Directiva, por unanimidad, aceptaron el cambio de margen del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 pasando de un 10,88% a 14,50% de acuerdo con el presupuesto, tal y como se evidencia a continuación:

Imagen No. 27. ACTA DE COMITÉ DE DIRECCIÓN No. 44 de CONSOL

Ajuste		
CONSOL	OCAÑA	CONSOL + OCAÑA
2.875.496.998.708	1.204.400.007.321	4.079.897.006.029
(2.562.642.925.248)	(925.490.965.626)	(3.488.133.890.874)
312.854.073.459	278.909.041.696	591.763.115.155
10,88%	23,16%	14,50%

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁷⁷.

En este punto es relevante recordar que un reciente estudio relacionado con el *modus operandi* de ODEBRECHT en diferentes países de la región estableció la existencia de una relación sistemática entre cambios contractuales posteriores y corrupción:

"Otra de las principales deficiencias institucionales de la provisión de infraestructura pública en América Latina, guarda relación con la supervisión del contrato una vez que éste es implementado. En particular, se aprecia como los cambios contractuales posteriores a la adjudicación y firma de los contratos originales, conocidas genéricamente como "renegociaciones de contratos"⁵⁷⁸, estuvieron al centro de varios de los proyectos en la región, donde ahora sabemos, hubo pago de sobornos y otras manifestaciones de corrupción. En la literatura especializada se había documentado con detalle el uso recurrente de renegociaciones en el caso de las asociaciones público-privadas, pero no existía evidencia sistemática de cómo estos cambios contractuales servían de vehículo para la corrupción⁵⁷⁹. En un trabajo reciente de los autores de este informe, que considera tanto obras públicas como concesiones de infraestructura, se levanta evidencia a partir del caso Odebrecht en ocho países de la región, y se establece la existencia de una relación sistemática entre renegociaciones de contrato y corrupción⁵⁸⁰. Concretamente, para proyectos en donde Odebrecht pago sobornos, el monto renegociado promedio es de un 71,3% de la inversión inicial, comparado con un 6,5%

⁵⁷⁶ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "OD2018", Carpeta: "Varios", Carpeta: "17-14777", Carpeta: "CONSORCIO 2010.2015", Carpeta: "CCRS2014", Carpeta: "DCT LIBRERIAS", Archivo: "ACTA DE COMITÉ No. 44".

⁵⁷⁷ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "OD2018", Carpeta: "Varios", Carpeta: "17-14777", Carpeta: "CONSORCIO 2010.2015", Carpeta: "CCRS2014", Carpeta: "DCT LIBRERIAS", Archivo: "ACTA DE COMITÉ No. 44".

⁵⁷⁸ Los nombres específicos varían de un país a otros: acuerdos complementarios, adendas, etc.

⁵⁷⁹ La excepción es el trabajo de Guasch, J. Luis, and Stéphane Straub. "Corruption and concession renegotiations: Evidence from the water and transport sectors in latin america." Utilities Policy 17.2 (2009): 185-190. Los autores documentan la relación entre renegociaciones de contratos de APP e Índices de corrupción agregados a nivel país.

⁵⁸⁰ Ver Campos, N., Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2019). Renegotiations and corruption in infrastructure: The Odebrecht case (No. 0230). Dipartimento di Scienze Economiche Marco Fanno.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

para proyectos en los cuales Odebrecht no hubo pagos de sobornos⁵⁸¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Particularmente, en el presente caso es posible apreciar que, como consecuencia de la modificación contractual —adición— por valor de \$1.204.400.007.321, el valor inicial del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 adjudicado a la **CONCESIONARIA**, inicialmente por valor de \$2.094.286.000.000⁵⁸², se incrementó posteriormente a un valor total de \$3.298.686.007.321, es decir, tuvo un aumento aproximado del **57,5%**.

A partir de lo anterior, no son de recibo los argumentos presentados por la **CONCESIONARIA** en sus observaciones al Informe Motivado en que señaló que los comportamientos criticados a los agentes de mercado y facilitadores no la beneficiaron y, por el contrario, alteraron la utilidad esperada y provocaron la inejecución del contrato. Al respecto, tal y como lo evidencian las diferentes pruebas que se han presentado en acápites previos, la **CONCESIONARIA** no solo fue favorecida con la adjudicación del contrato de concesión como consecuencia del acuerdo ilegal durante la primera fase del sistema anticompetitivo, sino que además con posterioridad, en una segunda fase, sus integrantes también se beneficiaron con el cambio de margen de utilidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, al incrementar el valor inicialmente adjudicado. Además, es importante señalar que las consecuencias negativas derivadas de la inejecución del contrato no son un argumento jurídicamente atendible para desvirtuar su responsabilidad, máxime cuando fue producto no solo de su terminación por mutuo acuerdo con la **ANI**, sino además de infringir las normas que protegen la libre competencia económica.

Por otra parte, este Despacho encuentra pruebas que permiten determinar no solo la contraprestación recibida por **OTTO NICOLÁS BULA BULA** a cambio de "*influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara*"⁵⁸³, sino que también deja en evidencia algunas similitudes con la estrategia desplegada en la primera fase del sistema anticompetitivo. Sobre el particular, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** sostuvo que:

"En razón a las conversaciones con OTTO BULA arreglé con él el pago de un succesfee equivalente a 1% del valor del OTRO SI para que el prestara sus servicios de lobby a favor de la compañía. Hablé con mis superior jerárquico LUIZ ANTONIO MAMERI, respecto del acuerdo con el señor OTTO BULA, y el señor MAMERI me autorizó en agosto de 2013, probablemente la autorización de MAMERI fue personalmente o verbal, no recuerdo."⁵⁸⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de lo anterior, es posible determinar que en agosto de 2013 se pactó una contraprestación "*equivalente a 1% del valor del OTRO SI*" para la prestación de servicios de "*lobby*" en favor de la **CONCESIONARIA**. En esa medida, según **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, la contraprestación ascendió a una suma equivalente a cuatro millones seiscientos mil dólares (USD 4.600.000).

"Los pagos a Otto Bula totalizaron aproximadamente US\$4.600.00,00 (pudiendo haber alguna variación cambial dólar/peso colombiano) y fueron programados por mí y autorizados por Luiz Mameri. Por solicitud de Otto Bula, los pagos fueron efectuados en cuentas de empresas en el exterior por él indicadas, con recursos no

⁵⁸¹ GOBERNANZA DEL SECTOR DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. Informe del proyecto "Programa para mejorar la gobernanza en provisión de infraestructura pública en América Latina" para Espacio Público de la Corporación Andina de Fomento – CAF. Mayo 2019. p. 7. Disponible en: https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/06/Doc_Ref_1_Gobernanza.pdf.

⁵⁸² Mediante la Resolución 641 del 15 de diciembre de 2009, el **INCO** adjudicó el Sector 2 de la Ruta del Sol al único proponente habilitado, esto es, a la "*Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S.*".

⁵⁸³ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁸⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

contabilizados y, por esa razón, fueron realizados por el equipo de Hilberto Silva"⁵⁸⁵
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Nótese que la evidencia presentada indica que LUIZ ANTONIO MAMERI fue quien autorizó el respectivo pago, al igual como ocurrió con el pago a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en la primera fase del sistema anticompetitivo y, en similar sentido, dichos pagos fueron realizados "en cuentas de empresas en el exterior" y con "recursos no contabilizados". Con mayor detalle, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN corroboró que los pagos fueron realizados en el "periodo de febrero a septiembre del 2014" a través de "cuentas offshore y tramitados por el departamento de operaciones estructuradas".

"Los pagos a las empresas indicadas por el señor OTTO BULA, totalizaron aproximadamente US\$4.600.000,00 y fueron realizados en el periodo de febrero a septiembre del 2014. (...) los pagos no fueron contabilizados, realizados en cuentas offshore y tramitados por el departamento de operaciones estructuradas (...)"⁵⁸⁶
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Recuérdese que el "departamento de operaciones estructuradas" era una división de soborno independiente dentro de ODEBRECHT, que reportaba sus actividades ilícitas a los más altos niveles directivos de esa empresa para obtener autorización para el pago de sobornos, a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de los libros de contabilidad y cuentas bancarias en el exterior, a través del cual también se realizó el pago a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES.

En este punto, es importante señalar que existe prueba que permite apreciar que LUIZ ANTONIO MAMERI "a mediados de 2016" tuvo pleno conocimiento de la dinámica de pagos irregulares que hasta ese momento se encontraba en plena ejecución durante la segunda fase del sistema anticompetitivo. Al respecto, LUIZ ANTONIO MAMERI, ante la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, manifestó que:

"Supe a través de las investigaciones internas de la compañía, a mediados de 2016, tuve el cuidado de no buscar a LUIZ BUENO para que no hubiera la interpretación de que estaríamos acordando las declaraciones a la justicia. Supe que JOSÉ ELÍAS MELO sabía del pago de los 6.5 millones de dólares, pero aclaro que en la época del pago o de la negociación entre LUIZ BUENO y el señor GARCÍA MORALES, no supe si, JOSÉ ELÍAS MELO sabía o no sabía de esa negociación. Los abogados externos, independiente de la empresa, en coordinación con nuestra gente para abrir los archivos y los sistemas que hacían las investigaciones de la empresa, incluso en mi acuerdo con la justicia Brasileira, hay allí como prueba de órdenes de pago, resultado de estas investigaciones, pero que de hecho no participe en la operacionalización de estos pagos, si encontraron estas órdenes de pago y evalué en ese entonces 2016 que era conveniente añadir estas pruebas en mi colaboración con la justicia brasileira.

(...)

PREGUNTADO: Usted se enteró de la modalidad del pago de este dinero a OTTO NICOLÁS BULA BULA.

CONTESTO: Supe en las investigaciones de la compañía en 2016 que fueron hechos varios pagos a empresas indicadas por el señor OTTO BULA.

(...)"⁵⁸⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

⁵⁸⁵ Folio 127 a 130 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁵⁸⁶ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁸⁷ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpetas: "COPIAS PARA SUPERINTENDENCIA INDUSYCO", Archivo: "Declaración LUIZ ANTONIO MAMERI del 27-04".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Nótese que **LUIZ ANTONIO MAMERI**, quien fue uno de los principales protagonistas del sistema restrictivo de la competencia, no solo al autorizar el pago del acuerdo anticompetitivo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sino también los pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** para asegurar el éxito de la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"⁵⁸⁸, en 2016 reconoció expresamente su conocimiento de las conductas anticompetitivas desplegadas en la primera fase del sistema anticompetitivo y además tuvo pleno conocimiento de las "órdenes de pagos".

El conocimiento expresamente manifestado por **LUIZ ANTONIO MAMERI** de las conductas reprochadas en este acto administrativo es relevante por varias razones: (i) para "mediados de 2016", aún se encontraba vinculado a **ODEBRECHT** al punto que conocía de sus "investigaciones internas"; (ii) para esa época también se encontraba en plena ejecución la dinámica de pagos irregulares, recuérdese, que los mismos se extendieron hasta el **5 de agosto de 2016** con los pagos que a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA** se realizaron a **PRESOAM** y, por último, (iii) al margen de su mencionada "colaboración con la justicia brasilera", lo cierto es que las conductas perpetradas en Colombia únicamente fueron denunciadas⁵⁸⁹ por **LUIZ ANTONIO MAMERI** hasta el 6 de enero de 2017 ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

A partir de lo anterior, nótese que el comportamiento de **LUIZ ANTONIO MAMERI** al estar vinculado con **ODEBRECHT**, tener pleno conocimiento de las conductas anticompetitivas y, pese a ello, no adoptar ninguna medida, se traduce en que toleró la comisión de la mismas, es decir, la materialización de la dinámica de pagos irregulares y, por ende, el pleno funcionamiento del sistema anticompetitivo. Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa⁵⁹⁰ ha señalado categóricamente que:

"(...) el hecho de que el demandante no haya interpuesto alguna denuncia, queja o que hubiere adoptado medida alguna, denota una conducta de tolerancia ante el acuerdo anticompetitivo, pero más aún, el hecho que teniendo un cargo directivo hubiera permitido que dicha infracción se presentara, también facilitó la comisión de la misma."
(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consecuencia, es evidente que en el marco del sistema anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO MAMERI** no solo ejecutó y autorizó las conductas anticompetitivas, sino además las toleró, por lo menos, hasta el **5 de agosto de 2016**. En esa medida, sus observaciones presentadas en el Informe Motivado en que convenientemente pretende limitar su activa participación en el entramado ilegal no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

Adicionalmente, existe prueba que permite apreciar la programación y relación de pagos realizados a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** en un documento que se denominó "**BULLDOZER**", en un esfuerzo por no dejar rastros de la estrategia para asegurar el éxito de la adición contractual, esta práctica propia de actividades al margen de la ley, en este caso violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, y reiterada en el marco del sistema anticompetitivo, recuérdese que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** empleaba el seudónimo o alias de "**Tushio**"⁵⁹¹ y, en la

⁵⁸⁸ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoria Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

⁵⁸⁹ Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁵⁹⁰ Juzgado Cuarto (4) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2019. Rad. No. 110013334004 2017 00176 00.

⁵⁹¹ Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: [<http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

programación de pagos derivados del acuerdo anticompetitivo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** era considerado con el "nombre clave de costeño"⁵⁹².

Imagen No. 28. Relación de pagos realizados a OTTO NICOLÁS BULA BULA

BULLDOZER			
	Fecha Prog	Empresa Consignada	Valor US\$
1	26/02/2014	Yunan Business Corp	500.000
2	12/03/2014	Yunan Business Corp	500.000
3	25/03/2014	TexFab Int'l HK Limited	500.000
4	24/04/2014	TexFab Int'l HK Limited	500.000
5	21/05/2014	Punto FA SA	350.000
6	29/05/2014	CT Asia HK Lda	500.000
7	18/06/2014	TexFab Int'l HK Limited	499.674
8	18/06/2014	CT Asia HK Lda	487.945
9	31/07/2014	Kingfong Textile China Ltda	296.850
10	18/09/2014	Coast Helicop Inc	263.679
11	18/09/2014	Helicontinente AS Colombia	248.376
Total			4.646.524

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁵⁹³ (Recuadros rojos no originales).

Como puede evidenciarse, la prueba presentada corrobora que la programación de pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** se realizó entre el 26 de febrero al 18 de septiembre de 2014, a través de diferentes empresas, con "recursos no contabilizados" y por el "departamento de operaciones estructuradas" de **ODEBRECHT**.

De otra parte, existe evidencia que permite establecer la existencia de divergencias ocasionadas por la inconformidad de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** respecto a la cantidad de dinero que fue pactada. Al respecto, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** relató ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que:

"(...) el señor OTTO BULA nunca estuvo plenamente conforme con la cantidad de dinero que recibió a través de los giros a las cuentas bancarias de las empresas que él entregaba, pues en su opinión él tenía derecho a recibir una suma considerablemente superior. Algunas veces, inclusive cuestionando el propio porcentaje acordado, mientras nosotros estimábamos que el porcentaje acordado de 1% debía liquidarse sobre el valor del VPIT valor presente del ingreso total, establecido en el OTRO SI en la adición, o cual arrojaba un valor aproximado de 9 mil millones a valores de 2014, el señor OTTO BULA de forma equivocada tomaba una suma considerablemente superior porque él creía que el porcentaje debería incluir los conceptos de operación y mantenimiento, recaudo de peajes, etc, además del valor tope de las obras. Esta divergencia de criterios y opiniones generaron discusiones con señor OTTO BULA que empezaron desde la época de la firma del OTRO SI No. 6. En principio de 2016, (...) él insistía que le debíamos mucho más dinero (...) aproveché la ocasión para solicitarle poner fin y terminar con las presiones para que le reconocieran pagos adicionales por su gestión, según el acuerdo contractual que hicimos en el 2013, relacionado con el tema OCAÑA GAMARRA (...) En esos (sic) sentido con el apoyo de los abogados indicados por el señor OTTO BULA, doctor DANIEL SUAREZ CASTELLANOS y otro cuyo nombre no recuerdo, (estos abogados posteriormente prestaron servicios jurídicos a la compañía pero no recuerdo bajo que concepto) manera de finiquito y memoria, plasmamos en un documento las condiciones contractuales que habíamos pactado en agosto 2013, en el caso de la adición OCAÑA GAMARRA en donde se había acordado en forma clara

Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...).

⁵⁹² Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:01:41.

⁵⁹³ Folio 126 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

la comisión de éxito por 1% además de las cláusulas con las cuales se demostrarían efectivamente los servicios que él prestó. En otras palabras, el contrato de prestación de servicios de agosto de 2013 fue real y por la ejecución del mismo, se efectuó al señor OTTO BULA un pago por aproximadamente de 4,6 millones de dólares que fueron girados a las cuentas por él indicadas; el documento es tan solo una memoria de un contrato efectivamente celebrado y un finiquito a manera de paz y salvo (...)⁵⁹⁴
(Subraya fuera del texto original).

A partir de la anterior declaración, queda al descubierto que a mediados de 2016 se suscribió un documento con **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, como especie de "finiquito a manera de paz y salvo", en razón a las "discusiones" y "presiones" que ejerció para que le "reconocieran pagos adicionales por su gestión". Sobre el particular, en el Expediente reposa prueba documental que permite corroborar la existencia del referido documento denominado como "CONTRATO DE ASESORÍA" suscrito entre **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **AMILTON HIDEAKI SENDAI** con **OTTO NICOLÁS BULA BULA**. Dicho documento, aunque elaborado a mediados de 2016, contiene como fecha de suscripción el 5 de agosto de 2013.

En la cláusula primera del referido contrato se puede advertir que precisamente **OTTO NICOLÁS BULA BULA** habría sido contratado, bajo la modalidad de honorarios por resultado o cuota de éxito, con el propósito de asesorar a **ODEBRECHT** en "las gestiones y trámites para la aprobación del proyecto, así como promocionar la aprobación de la estructuración jurídica, técnica, y financiera del proyecto de adición del alcance del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010 (...) para la ejecución de los trabajos de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Tramo Agua Clara-Gamarra Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás pueblos ribereños, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña."⁵⁹⁵ (Negrillas fuera de texto original).

Así mismo, en la cláusula segunda, se puede apreciar la supuesta remuneración y forma de pago pactada con **OTTO NICOLÁS BULA BULA** por las "gestiones y trámites" para la adición del alcance del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

"SEGUNDA: REMUNERACIÓN Y FORMA DE PAGO. EL ASESOR Y/O CONSULTOR recibirá como remuneración por los servicios objeto del presente contrato, los honorarios o comisión de éxito, en la forma y términos que a continuación se establecen, siempre y cuando la adición al contrato de concesión a que se refiere la cláusula primera se celebre, perfeccione y legalice:

1. **ODEBRECHT** pagara al **ASESOR Y/O CONSULTOR**, como contraprestación a sus servicios, unos honorarios o comisión de éxito, equivalente al **UNO POR CIENTO (1%)** del valor total de la adición, pagaderos dentro de los 15 días siguientes "a la aprobación expresa y definitiva de los Estudios y diseños Fase III, de la Estructuración Jurídico, Técnica y Financiera por parte de la ANI y la suscripción de la adición"
2. En caso de no suscribirse la adición contractual por cualquier motivo no habrá lugar al pago de ninguna contraprestación al ASESOR Y/O CONSULTOR en atención a que las actividades relacionadas con el objeto contractual las realizará bajo la modalidad de (honorarios por resultado o cuota de éxito), siendo la suscripción de la adición el único requisito de procedencia del pago, condición esta que EL ASESOR Y/O CONSULTOR declara conocer y aceptar.

PARAGRAFO PRIMERO- Los costos y gastos en que incurra el **ASESOR Y/O CONSULTOR** para la prestación de los servicios objeto del presente contrato, serán asumidos directamente por este y sin derecho a cobro alguno a **ODEBRECHT**, diferente a la suma pactada como honorarios o comisión de éxito.

⁵⁹⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04.pdf".

⁵⁹⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "CONTRATOS OTTO BULA Y ODEBRECHT 3a PARTE.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

PARAGRAFO SEGUNDO. El IVA, retenciones y demás impuestos que se generen por la ejecución del presente contrato, serán asumidas por **ODEBRECHT**⁵⁹⁶ (Subrayas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, de acuerdo con el supuesto "**CONTRATO DE ASESORÍA**", en caso de que por cualquier motivo no se suscribiera la adición contractual no había lugar al pago de ninguna contraprestación. En ese sentido, el único requisito de procedencia del pago de los honorarios o la comisión de éxito a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** era la suscripción de la adición.

En esa medida, según lo pactado, los pagos debían tener ocurrencia con posterioridad al 14 de marzo de 2014, momento en que la **ANI** y la **CONCESIONARIA** suscribieron el "**OTRO SÍ No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010**"⁵⁹⁷. Sin embargo, un análisis en conjunto de las evidencias permite apreciar que, con anterioridad a esa suscripción, se empezaron a realizar desembolsos a empresas indicadas por **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, esto es, desde el 26 de febrero de 2014, tal y como se evidenció previamente en la programación de pagos bajo el seudónimo "**BULLDOZER**".

Adicionalmente, llama la atención que en la Cláusula Decima del referido contrato, en el numeral 3, como una causal de terminación anticipada, precisamente se contempló "*la apertura por parte de la ANI de un proceso de contratación*" respecto de la adición del alcance del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Recuérdese que, según **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**⁵⁹⁸, de no haberse contratado a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** hubiera "*corrido el riesgo*" de que existiera una licitación pública, es decir, un escenario de libre competencia.

Para este Despacho las anteriores circunstancias, así como el hecho de que el supuesto "**CONTRATO DE ASESORÍA**" se suscribiera tanto tiempo después de haber sido ejecutado, sumado a que para sus pagos se recurrió a "*empresas en el exterior*" a través de "*cuentas offshore y tramitados por el departamento de operaciones estructuradas*", son elementos de juicio suficientes para establecer que el documento suscrito a mediados de 2016, lejos de ser un verdadero "**CONTRATO DE ASESORÍA**", simplemente significó un infructuoso esfuerzo por tratar de encubrir la estrategia ilegal desplegada en la segunda fase del sistema anticompetitivo.

A partir de lo anterior, no son de recibo los argumentos presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que no elaboró contratos para darle apariencia de legalidad a pagos hechos por **ODEBRECHT** y que el contrato con **OTTO NICOLÁS BULA BULA** no tiene ninguna relación.

Finalmente, es importante anotar que si bien **OTTO NICOLÁS BULA BULA** en sus diferentes declaraciones ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**⁵⁹⁹ desconoció sus actuaciones relacionadas con "*influenciar para acelerar y obtener el OTRO SÍ de la forma que la concesionaria necesitara*"⁶⁰⁰, al punto de aseverar que en esa época era "*(...) un pobre campesino de estos que no conoce a ningún Ministro ni al Director de la ANI*"⁶⁰¹, lo cierto es que una valoración en conjunto de las evidencias demuestran todo lo contrario, máxime cuando varios de los aspectos relatados

⁵⁹⁶ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "CONTRATOS OTTO BULA Y ODEBRECHT 3a PARTE.pdf".

⁵⁹⁷ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁵⁹⁸ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁵⁹⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "INTERROGATORIO BULA 19-01.pdf".

⁶⁰⁰ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁶⁰¹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "INTERROGATORIO BULA 19-01.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** no solo guardan coincidencia con la estrategia desplegada en la primera fase del sistema anticompetitivo, como se demostró con suficiencia previamente, sino que se encuentran evidencias que los corroboran.

En este punto es relevante señalar que la Corte Suprema de Justicia al referirse sobre las pruebas para proferir sentencia condenatoria contra **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, alias "El Ñoño", hizo referencia a la utilización de contratos ficticios a través de los cuales se desviaron recursos de **CONSOL** "para la contratación del tramo Ocaña-Gamarra".

*"Uno de los medios de entrega de esa comisión fue un **contrato ficticio** por 10.000 millones de pesos, **celebrado entre la Concesionaria Ruta del Sol y el consorcio SION**, representado por Gabriel Alejandro Dumar Lora, **pues las cantidades que fueron giradas a través de CORFICOLOMBIANA como pago de las obras supuestamente realizadas por SION** fueron entregadas a Bernardo Miguel Elías Vidal o a la persona que él indicara, con excepción de 400 millones de pesos que fueron recibidos por Bula.*

***Existió otro contrato con SION, en unión temporal con una empresa española**, por 7.500 millones de pesos.*

*Otra parte, aproximadamente, 800 millones de pesos, girados por **Consultores Unidos de Panamá**, se la entregó Otto Bula a Bernardo Elías en el apartamento de éste.*

Según Otto Bula, el Senador Bernardo Miguel Elías Vidal sirvió de intermediario entre Andrade y MARTORELLI, quienes se reunieron 3 o 4 veces en el apartamento del congresista y otras tantas en el ANI.

(...)

Lo expuesto por Otto Nicolás Bula aparece corroborado con los dichos de Gabriel Alejandro Dumar Lora y José Ignacio Burgos.

*El primero narró que **el contrato entre el Consorcio Construcción Ruta del Sol-CONSOL y SION, que fue ficticio** porque la construcción del hito San Alberto. La Lizama, kilómetros 10 a 20, nunca se realizó, fue utilizado, por solicitud de Otto Nicolás Bula, para "canalizar" unos recursos.*

***Esos caudales, una vez le eran girados por CORFICOLOMBIANA, previa presentación de factura y acta de obra ficticia**, él los retiraba en efectivo y, nuevamente por indicación de Otto Bula, se los entrega al Senador Bernardo Miguel Elías Vidal, "en los sitios que él me dijera": en su casa de Sahagún, en la casa de los suegros del congresista en Sincelejo, en la finca del tío de éste.*

(...)

*Este declarante dijo que en conversaciones con el Senador Bernardo Miguel Elías Vidal **éste le manifestó que esos dineros eran producto de una gestión ante la ANI y diferentes entes estatales para la contratación del tramo Ocaña-Gamarra. También acotó que el Senador Elías Vidal sabía que los recursos procedían de CONSOL***⁶⁰²
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia ratifican los hallazgos de este Despacho respecto a la instrumentalización de diferentes contratos para la materialización de la estrategia de compensación mediante una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, lo cual es coincidente con el abundante material probatorio que reposa en el Expediente.

En efecto, es importante señalar que en acápites anteriores se encontró probado que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, quien ocupó el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL**, durante 2015 identificó diferentes pagos que llamaron su atención debido a que, como

⁶⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP436-2018 del 28 de febrero de 2018. Rad. No. 51833. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/04/SP436-201851833.pdf>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

rasgo común, carecían de soporte o justificación. Entre esos pagos, algunos estaban relacionados precisamente con el **CONSORCIO SION**, que era representado legalmente⁶⁰³ por **GABRIEL ALEJANDRO DUMAR LORA**.

Sobre el particular, durante 2015 **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, dadas las irregularidades advertidas, se abstuvo de aprobar las solicitudes de pagos relacionadas con el "*Consortio Sion factura # 002 y que corresponde al acta de medicion # 1 del subcontrato EPC - SC - 372/2014*"⁶⁰⁴ e incluso de "(...) *firmar cualquier pago correspondiente a Consol*"⁶⁰⁵. Sin embargo, este Despacho encontró diferentes evidencias contables que permiten corroborar que en 2015, a través de **CONSOL**⁶⁰⁶ y/o el patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**⁶⁰⁷, se causaron gastos y realizaron pagos en favor del **CONSORCIO SION**, algunos relacionados específicamente con el subcontrato EPC-SC-372/2014.

Recuérdese que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo comunicó a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) su decisión de no autorizar los pagos irregulares, entre ellos, los relacionados con el **CONSORCIO SION**, sino también acudió directamente⁶⁰⁸ a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.

En similar sentido, debe recordarse que **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (*Controller* de la **CONCESIONARIA** desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 10 de noviembre de 2017), en un documento titulado "*RESUMEN EJECUTIVO ACTIVIDADES SARLAF*"⁶⁰⁹, durante 2015 reportó "*no conformidades*" por el incumplimiento de los procedimientos de compras y suministros, especialmente por cuanto no se verificaron las listas cautelares de algunos contratistas, entre ellos, figuraban algunos relacionados con **CONSULTORES UNIDOS**. Incluso, sobre dichos pagos **RAFAEL EDUARDO NEIRA TORRES** (Vicepresidente Senior de la Contraloría Corporativa de **GRUPO AVAL** desde febrero de 2009) corroboró que no existía "*evidencia de las labores realizadas*"⁶¹⁰.

Al respecto, este Despacho también encontró diferentes evidencias contables que permiten apreciar que, en todo caso, entre 2013 y 2015 a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**⁶¹¹ se causaron gastos y realizaron pagos en favor de **CONSULTORES UNIDOS**, empresa que se

⁶⁰³ Folio 4636 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "Anexos", archivo: "Anexo4".

⁶⁰⁴ Folio 14154 del cuaderno reservado general No. 23 del Expediente. Archivo: Fwd Firma Pagos Subcontratistas-Proveedores.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ Información obrante en el folio 15653 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONSOL", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "CONSOL 2015", Archivo: Test cost of sales transactions - 7430 _Contratos de obra civil.

⁶⁰⁷ Información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

⁶⁰⁸ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Carpeta: "17-14777-081019P1", Min. 1:22:32.

⁶⁰⁹ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "RUTA DEL SOL 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: RESUMEN EJECUTIVO SARLAFT CDRS JUNIO 2015[1466299].

⁶¹⁰ Folio 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "RUTA DEL SOL 2", Carpeta: "RDS_2_EPISOL_1", Carpeta: "INFO", Archivo: Fwd_ Resumen y preguntas - Concesionaria Ruta del Sol SAS VERSIÓN FINAL[1408036].msg.

⁶¹¹ Información obrante en el folio 15632 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta PAGOS PATRIMONIO AUTONOMO CONCESIONARIA \EXTRACCION DE PAGOS PA CONCES 23.10.2019. Archivo: 5. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201301-201312, 7. EXTRAC BASES DE DATOS SIFI 201501-201512.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

encontraba bajo la administración de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**, quien a su vez era representante legal⁶¹² de **CONSULTORES UNIDOS COLOMBIA – PANAMÁ S.A.**

Recuérdese también sobre **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** que (i) en 2007 a través de **CONSULTORES UNIDOS COLOMBIA – PANAMÁ S.A.** asesoró a **ODEBRECHT** en su intención de participar en proyectos de infraestructura en Colombia, entre ellos, el Proyecto Ruta del Sol⁶¹³; (ii) "manejaba algunos temas de lobby (...) que involucraban pagos en Colombia y en el exterior"⁶¹⁴; (iii) sirvió de puente entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y empleados de **ODEBRECHT** para reunirse en privado, entre ellos, con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**⁶¹⁵, antes de la entrega de las propuestas y a dos (2) meses de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y (iv) la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** le imputó cargos por diferentes conductas punibles por los servicios que prestó a **ODEBRECHT** debido a que precisamente habría desarrollado actividades de "lobby" para influenciar a funcionarios públicos clave dentro de las entidades públicas encargadas de adelantar o liderar proyectos de infraestructura, así como que habría empleado a sus empresas como instrumento para realizar pagos de sobornos⁶¹⁶.

Como si lo anterior no fuera suficiente, los hallazgos de esta Superintendencia también se encuentran corroborados por el Consejo de Estado, que en la sentencia que decidió sobre la pérdida de investidura de **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, no solo encontró que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** recibió una suma de dinero a cambio de la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, tal y como se probó con suficiencia en la primera fase, sino que además evidenció la estrategia de compensación que se reprocha en la segunda fase del sistema anticompetitivo. Sobre el particular, sostuvo que:

*"Para la Sala Diecisiete Especial de Decisión, los testimonios hasta aquí referidos y comentados para efectos de analizar la configuración de este segundo presupuesto de la causal, ofrecen credibilidad en sus dichos y son determinantes para forjar su convicción acerca de su acaecimiento, pues fueron precisamente Otto Bula, Federico Gaviria y **Gabriel García Morales** las personas que en Colombia dieron inicio a la colaboración con la justicia en el denominado "escándalo de Odebrecht" los dos primeros como asesores y lobistas de confianza de los directivos de la multinacional que conocían todos los detalles diseñados para lograr los temas principales que en esta acción se develaron y para los cuales fueron contratados y, el último, porque fue el funcionario público en su calidad de director encargado del INCO que firmó la adjudicación de la Ruta del Sol II y que confesó haber recibido una gran suma de dinero a cambio."*

(...)

A la luz de la apreciación conjunta e integral del acervo probatorio descrito, con base en los criterios de la experiencia y la sana crítica, la Sala Diecisiete Especial de Revisión encuentra probado, con grado de certeza, que el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal como senador de la República realizó gestiones y ejerció presiones valiéndose de su investidura, ante las distintas entidades del Gobierno Nacional, llámense ANI, Ministerio de Hacienda, Transporte, Planeación y ante el mismo congreso, entre algunas otras entidades, para obtener, como lo hizo, con su grupo de amigos "Los Buldócer", el

⁶¹² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY Y CO", Archivo: "CONTRATO ODEBRECHT Y CONSULTORES".

⁶¹³ Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "RUTA DEL SOL 2", Carpeta: "RDS_2", Carpeta: "INFO", Archivos: "PC-06_ODEBRECHT_CAROLINA-SARMIENTO.ad1/Documents:C:\Users\caro\Documents\backupcarolina25.pst\Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RV: Contratos Zambrano/Ctto Consultores Unidos.doc. Object Id. 2893940. Object Id. 2893939. Object Id. 2893938".

⁶¹⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO", Archivo: "INTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf." Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Fiscalía General de la Nación. 7 de febrero de 2017. p. 4 y 5.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ Folio 4544 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

contrato de estabilidad jurídica y la agilización del otro si número 6, de la Ruta del Sol II, de una manera rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht, formando parte de un gran entramado de corrupción al que fueron arrastrados, no solo algunos otros congresistas, sino varios servidores públicos de diversas entidades del Estado, enviando un mensaje para el país de descomposición con un comportamiento reprochable y anti ético, contrario a lo que se espera de una persona que es elegida por y para defensa de los intereses públicos.

La certeza no surge solamente de las declaraciones de los mencionados señores, quienes ofrecen credibilidad por ser testigos directos de los hechos, tener coherencia interna y externa en su relato y consistentes en sus dichos que se prueban con los resultados exitosos de las gestiones adelantadas, sino que elementos esenciales del relato como su vinculación con Odebrecht se corroboran con los testimonios de Eleuberto Martorelli y Luiz Bueno Junior, directivos de Odebrecht, quienes aceptaron que contrataron a Bula y Gaviria y pagaron contribuciones económicas para obtener los resultados esperados a los que reiteradamente se ha hecho referencia y aceptaron su cercanía con Bernardo Miguel Elías Vidal.

En efecto, Eleuberto Martorelli en declaración recibida en el Consulado de Colombia en Brasil el 23 de mayo de 2017 dentro del proceso penal adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en una extensa declaración afirmó que contrató a Otto Bula para que acelerara el tema del otrosí. Indicó que tenía conocimiento de la cercanía de Otto Bula con Bernardo Miguel Elías. Que con este senador compartieron en algunas ocasiones en donde estaba presente Luis Fernando Andrade, lo que sirvió para limar asperezas y conciliar diferencias.

Por su parte, Luiz Bueno en declaración rendida ante el Consulado de Colombia en Brasil dentro del proceso seguido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 49592 confirmó que conoció Otto Bula y que contrató sus servicios como lobista para que adelantara el contrato de estabilidad jurídica toda vez que la concesión tenía problemas para su aprobación. Afirmó que delegó en su director jurídico, Yesid Arocha, para tratar el tema con Otto Bula.

En conclusión, considera y declara la Sala suficientemente probado que el senador Bernardo Miguel Elías participó en las gestiones adelantadas ante el Congreso de la República y ante diferentes entidades públicas para lograr de manera exitosa el contrato de Estabilidad Jurídica y el otrosí del tramo OcañaGamarra de la Ruta del Sol II, en las mejores condiciones contractuales posibles para el conglomerado empresarial de la firma Odebrecht, utilizando para ello las prerrogativas y ventajas irregulares que le procuraba su investidura como Congresista. También considera probado que, como efecto de estas gestiones y presiones, se superaron los diferentes obstáculos a que hicieron referencia Otto Bula y Federico Gaviria para obtener, en tiempo récord, la aprobación del Contrato de Estabilidad Jurídica y el otrosí tantas veces citado, gestiones aceptadas por el mismo senador Elías Vidal en la declaración jurada rendida ante la Sala de Casación Penal, el 16 de marzo de 2018, dentro del proceso No. 49951 seguido contra Plinio Olano.

(...)"⁶¹⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Nótese que la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que esta Superintendencia lo demostró previamente, encontró probado, con grado de certeza, las actuaciones desplegadas por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, a través de OTTO NICOLÁS BULA BULA, con el propósito de obtener irregularmente "el contrato de estabilidad jurídica y la agilización del otro si número 6, de la Ruta del Sol II, de una manera rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht, formando parte de un gran entramado de corrupción".

⁶¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecisiete Especial. Acción Constitucional de Pérdida de Investidura. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. Rad. No. 11001031000 2018 00316 00. Confirmada mediante sentencia del 3 de julio de 2019.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De conformidad con lo considerado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, que corroboran los diferentes hallazgos de este Despacho, se encuentra plenamente probado que, durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, a través de la instrumentalización de diferentes contratos —**CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM, CONSULTORES UNIDOS**—, en paralelo con la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** replicaron una estrategia similar a la ejecutada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con la finalidad de mejorar sus condiciones a través de una adición contractual, sin ninguna presión competitiva, con propósito de extraer indebidamente la mayor utilidad posible durante toda la ejecución del Proyecto Ruta del Sol 2 en favor de la **CONCESIONARIA**.

12.6.4.3. Estrategia implementada para ocultar las conductas desplegadas y asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo

A partir del análisis en conjunto de diferentes evidencias que reposan en el Expediente, y los hallazgos de los acápites anteriores, este Despacho encuentra probado que se desplegó una estrategia con la finalidad de mantener en la clandestinidad las conductas desplegadas y, con ello, asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo.

En efecto, este Despacho encontró diferentes evidencias que permiten determinar que durante 2016 se realizaron diferentes reuniones en las que se pretendió replicar la estrategia e instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar el pago de la retribución económica a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** derivado del acuerdo anticompetitivo y mantenerlo en la absoluta clandestinidad.

En efecto, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, uno de los principales artífices y protagonistas del sistema anticompetitivo, a "mediados del 2016" viajó directamente desde Brasil a reunirse con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en las oficinas de **ODEBRECHT**. Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indicó:

*"Debo aclarar esto, porque lo cierto es que el monto de 6.5 millones de dólares nunca fue formalmente acordado, lo que yo pude verificar en una reunión a la cual fui citado a mediados del 2016 y hago un poco de contexto de esa reunión, al señor **LUIZ BUENO** yo no lo volví a ver y alrededor de mayo de 2016 recibo una comunicación por chat en la que me dice que necesita verse conmigo un amigo brasileiro, yo lo identifico y me ponen una cita en las oficinas de **ODEBRECHT** un sábado, recuerdo específicamente el día, porque él viajó de Brasil y llegó en la madrugada del sábado, en esa reunión él me manifestó que no había ningún problema, que todo estaba bajo control, que mi nombre no aparecía en ninguna parte, pero que él necesitaba tener claridad de las cuentas, porque ellos habían destruido parte de esa información antes de la llegada de la Policía Federal a sus oficinas en Brasil."*⁶¹⁸

Nótese que a partir de la referida declaración no solo es posible evidenciar la existencia de la referida reunión, sino además que **ODEBRECHT** destruyó información como una estrategia adicional para mantener en la clandestinidad y absoluta impunidad las conductas perpetradas.

Adicionalmente, es posible determinar que el motivo de la referida reunión era buscar la forma de ocultar o "legalizar" los pagos que **ODEBRECHT** había realizado en contraprestación por los compromisos ejecutados por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo.

"Lo que pude notar es que al parecer él recibió autorización para girar un soborno de 6.5 millones de dólares y las instrucciones se cumplieron en ese sentido, pero esa no fue la cifra que él había acordado conmigo, sin embargo, yo pensé que esa reunión era para que yo devolviera el excedente que se había girado, pero finalmente no fue así, hubo un

⁶¹⁸ Folio 12378 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Tribunal de Arbitramento **CONCESIONARIA** contra **ANI**. Archivo: Transcripción testimonio Gabriel García Audiencia 26.02.18.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

problema de coordinación interna y se giraron esos recursos, en esa reunión también me manifestó que no había ningún problema, que todo estaba bajo control, que mi nombre no aparecía en ninguna parte y que simplemente ellos querían era buscar la forma de legalizar esos pagos con el señor ENRIQUE GHISAYS."⁶¹⁹

Recuérdese que dichos pagos se realizaron a través de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y fueron "girados por la oficina de estructuraciones"⁶²⁰ a la empresa **LURION TRADING INC** en una cuenta en la "Banca privada D'Andora BPA", en donde **ODEBRECHT** realizó seis (6) consignaciones durante el año 2010 por valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

En ese sentido, también es posible determinar que la forma que planteó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para camuflar los referidos pagos fue a través de la instrumentalización de un contrato con "un objeto de estructuración financiera con una comisión de éxito". Sobre el particular, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, indicó:

"Para lo cual le ofrecieron que suscribiera un contrato de asesoría que posteriormente terminó siendo igual al contrato que suscribió el señor OTTO BULA como yo lo pude verificar y muy parecido, sino igual a los contratos que firmaron con las empresas en donde estaba vinculado el señor KUCZYNSKI en Perú, era un contrato donde se hablaba de un objeto de estructuración financiera con una comisión de éxito, ellos buscaban legalizar esos giros de alguna manera con ENRIQUE GHISAYS, pero ENRIQUE y yo le manifestamos en ese momento que nos parecía muy complicado que él estuviera firmando un contrato de estructuración, cuando él no tenía ninguna trayectoria en ese sentido y por ese valor, que era como cubrir un delito con otro delito, de manera que por eso fue que no se accedió a la firma de ese contrato""⁶²¹.

Como puede apreciarse, la forma a través de la cual se planteó la posibilidad de "legalizar esos giros", no solo intentaba replicar la estrategia de instrumentalización de contratos, sino que además es plenamente coincidente con el "CONTRATO DE ASESORÍA"⁶²² suscrito entre **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **AMILTON HIDEAKI SENDAI** con **OTTO NICOLÁS BULA BULA** a través del cual se legalizaron los pagos para asegurar el éxito de la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"⁶²³, lo que representa una evidencia sistemática de la conducta reprochada.

No puede olvidarse que para realizar dichos pagos, al igual que los efectuados a **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, **ODEBRECHT** recurrió a "empresas en el exterior" a través de "cuentas offshore y tramitadas por el departamento de operaciones estructuradas". La evidencia también permite determinar que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** no accedieron a la firma de ese contrato debido a que precisamente era "cubrir un delito con otro delito".

⁶¹⁹ Folio 12378 del cuaderno público No. 50. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Tribunal de Arbitramento CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. contra ANI. Archivo: Transcripción testimonio Gabriel García Audiencia 26.02.18.

⁶²⁰ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

⁶²¹ Folio 12378 de la carpeta pública No. 50 del Expediente. Declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Tribunal de Arbitramento CONCESIONARIA contra ANI. Archivo: Transcripción testimonio Gabriel García Audiencia 26.02.18.

⁶²² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "CONTRATOS OTTO BULA Y ODEBRECHT 3a PARTE.pdf".

⁶²³ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así mismo, este Despacho encuentra prueba adicional que permite corroborar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se propició la referida reunión y, así mismo, establecer quiénes estuvieron presentes o participaron en la misma. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** detalló lo siguiente:

"Ahora bien, toda la información que he aportado hasta ahora con pruebas testimoniales y algunas con pruebas documentales, cobran más sentido cuando se concretan en la reunión, que ya he mencionado, a la que fui citado a mediados del año pasado (2016) en las oficinas de ODEBRECHT, en donde estuvieron presentes los señores LUIZ BUENO, ELEUBERTO MARTORELLI, ENRIQUE GHISAYS y yo, en donde ellos ya conscientes del problema que se venía en medio de sus serias preocupaciones, terminaron por confirmarme y revelarme el alcance de los involucrados y el modus operandi. Información que me permitió no solo confirmar algunos hechos sino conocer algunos nuevos en las actividades posteriores a mi participación, en los otros proyectos, adiciones y temas que ODEBRECHT siguió realizando en Colombia luego del 2010. Me voy a referir a esta reunión, él había viajado la noche del viernes y llegado a Bogotá la madrugada del sábado. Nos vimos alrededor de las 10 de la mañana de ese sábado en las oficinas de ODEBRECHT en la calle 93, ambos me preguntaron, si podía entrar YESID AROCHA y le dije que no, yo nunca había hablado de esos temas en presencia de AROCHA y no quería hacerlo ahora, les dije. En ese momento comencé a darme cuenta que la situación de ellos era de desespero y a lo largo de la reunión confirme por la actitud de hablar sin ninguna prevención, incluso de los temas que no tenían relación con el tema en el que yo participé. Hasta ese momento los otros temas eran manejados con total hermetismo a pesar de que era inevitable enterarme de algunas cosas, eran temas que acostumbrábamos a comentar. En esta reunión fue diferente, ellos incluso pusieron de ejemplo algunas medidas que habían tomado en otros proyectos para protegerse en caso de cualquier investigación".⁶²⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, en el día de la referida reunión estuvieron presentes **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**. Respecto a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, aunque no entró a la reunión debido a la negativa por parte de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, resulta evidente que conocía del objeto de la misma y que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** tenían presupuestado que participara de esta.

A partir de las evidencias señaladas para este Despacho, no son de recibo los argumentos presentados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en sus observaciones al Informe Motivado respecto a la ocurrencia del fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que supuestamente su participación se limitó únicamente hasta 2012. Contrario a lo afirmado por el investigado, las pruebas que lo vinculan con el sistema anticompetitivo dan cuenta de su participación hasta por lo menos "*mediados del 2016*". En igual sentido, no tienen ningún mérito de prosperidad los argumentos presentados respecto a que en esas reuniones buscaba recaudar pruebas que permitieran explicar los pagos de 2010. Las evidencias presentadas son contundentes en revelar el verdadero objeto y alcance de las reuniones desplegadas para esa época.

En forma concordante con lo relatado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, es necesario resaltar que **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** indicó que en el año 2016 se reunió con empleados de **ODEBRECHT** para tratar temas relacionados con el pago ilícito que se hizo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Al respecto, declaró:

"FISCAL: Señor GHISAYS MANZUR indique a la audiencia, después de haber recibido los giros por parte de la compañía ODEBRECHT ¿usted realizó reuniones con alguna persona de dicha compañía?"

⁶²⁴ FOLIO 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO", Archivo: "INTERROGATORIO GARCIA 01-03".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR: No, solo en ese momento no. Solo hasta el 2016 como lo comenté el primero de junio con ELEUBERTO MARTORELLI y con AMILTON HIDEAKI, luego el 2 de junio con AMILTON y luego en julio no tengo el día obviamente en la ciudad de Cartagena con ELEUBERTO MARTORELLI y AMILTON HIDEAKI.

FISCAL: ¿Cuál fue el objeto de esas reuniones, qué trataron?

ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR: En esa reunión, que fueron en las oficinas de ODEBRECHT en la calle 93 fuimos GABRIEL GARCÍA MORALES y yo, y estaban ELEUBERTO MARTORELLI y AMILTON HIDEAKI, ellos nos informaron de que en Brasil habían capturado a LUIZ DA ROCHA y que estaba próximo por venir una audiencia para LUIZ BUENO. Ellos tenían el propósito de ver cómo legalizaban esos giros por la suma de 6.5 millones de dólares, de cómo legalizaban esos pagos. En ese momento, nos propusieron, a mí, nos propusieron que firmara un contrato de asesoría financiera no sólo sobre la Ruta del Sol si no sobre otros proyectos –digamos– que ellos querían participar, en ese momento sé que estaba el tema de la adición y habían otros que no recuerdo y que el pago que se había realizado se haría por concepto de asesoría como una, como un porcentaje del valor de la obra.

Eso lo conversamos en ese momento digamos que, para justificar el pago, determinamos volvernos a reunir al día siguiente, y en esa segunda reunión, la reunión se hizo con AMILTON HIDEAKI y estaba yo, ya no estaba GABRIEL GARCÍA ni ELEUBERTO MARTORELLI, a donde él me muestra, me muestra un borrador del contrato donde hablan de varios temas de asesoría, unos temas de lobby, unos temas de un modelo financiero que yo les presenté sobre la Ruta del Sol. Él me dijo nosotros hacemos el modelo, yo le solicité copia y no accedió, le pedí que me dejara tomar fotos, no accedió, yo le dije que yo le avisaría pero que en primera instancia la verdad yo ese contrato no lo iba a firmar, un contrato del 2016 con algo que es del 2009 del 2010, perdón, a lo cual él me dice que no hay problema que eso lo pueden firmar y notariar con fecha posterior digamos al 2009. Bueno igual yo le dejé saber de mi negativa y las cosas quedaron así, yo me comuniqué con GABRIEL GARCÍA MORALES, le comenté: le dije yo eso no lo firmo. Él también me comentó: me dijo no estoy de acuerdo que no lo firmes, estoy de acuerdo contigo. Luego, como en julio hicieron un viaje a Cartagena ELEUBERTO MARTORELLI y AMILTON HIDEAKI con la finalidad de convencerme a firmar el contrato, cuestión que otra vez nequé, me propuso que si me iba a Brasil a reunirme con LUIZ BUENO a ver si queríamos manejarlo como un tema de unas inversiones que había hecho. También le dije que no, a diferencia de unas declaraciones que entiendo que hizo AMILTON HIDEAKI en Brasil a la Procuraduría donde manifestó que fue una reunión para realizar un proyecto en la base naval de Cartagena, eso no fue cierto, si no vinieron a tratar de convencernos a firmar el contrato. Finalmente, nunca se firmó y hasta ahí llegó las reuniones con ellos⁶²⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

La declaración de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** no solo corrobora la existencia de la reunión reseñada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sino que revela elementos de juicio adicionales que permiten establecer que el contrato que pretendían simular estaría relacionado con "el tema de la adición" y, al igual que el suscrito con **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, se haría por concepto de asesoría con "un porcentaje del valor de la obra" y, pese a suscribirse en 2016, se haría "con algo que es del 2009 del 2010".

A partir de la evidencia presentada, y ante la negativa en "legalizar" los pagos, también es posible establecer la existencia de una reunión posterior que tuvo lugar en julio de 2016 en la ciudad de Cartagena (Colombia) en que **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **AMILTON HIDEAKI SENDAI** realizaron un viaje con el propósito de tratar de convencer a **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** de "firmar el contrato" para lo cual le ofrecieron la posibilidad de manejarlo como un "tema de unas inversiones".

⁶²⁵ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**. Juzgado 14 Penal del Circuito. Audiencia: 23 de enero de 2019. Carpeta: "CAJA 1 CARPETAS DE JUICIO", Carpeta: "CARPETA CD", Carpeta: "38 JUZGADO 14 – 23-01-19", Archivo [CP_0123132551785] Min: 2:30:36.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así las cosas, para este Despacho las reuniones realizadas durante 2016 en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** pretendieron replicar la estrategia de instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar el pago de la retribución económica a este último derivado del acuerdo anticompetitivo y mantenerlo en la absoluta clandestinidad, constituyen una evidencia adicional que denota la continuidad y prolongación del sistema anticompetitivo, máxime cuando la última reunión realizada en **julio de 2016** es concomitante con el último pago identificado a **PRESOAM** efectuado el **5 de agosto de 2016** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, durante la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

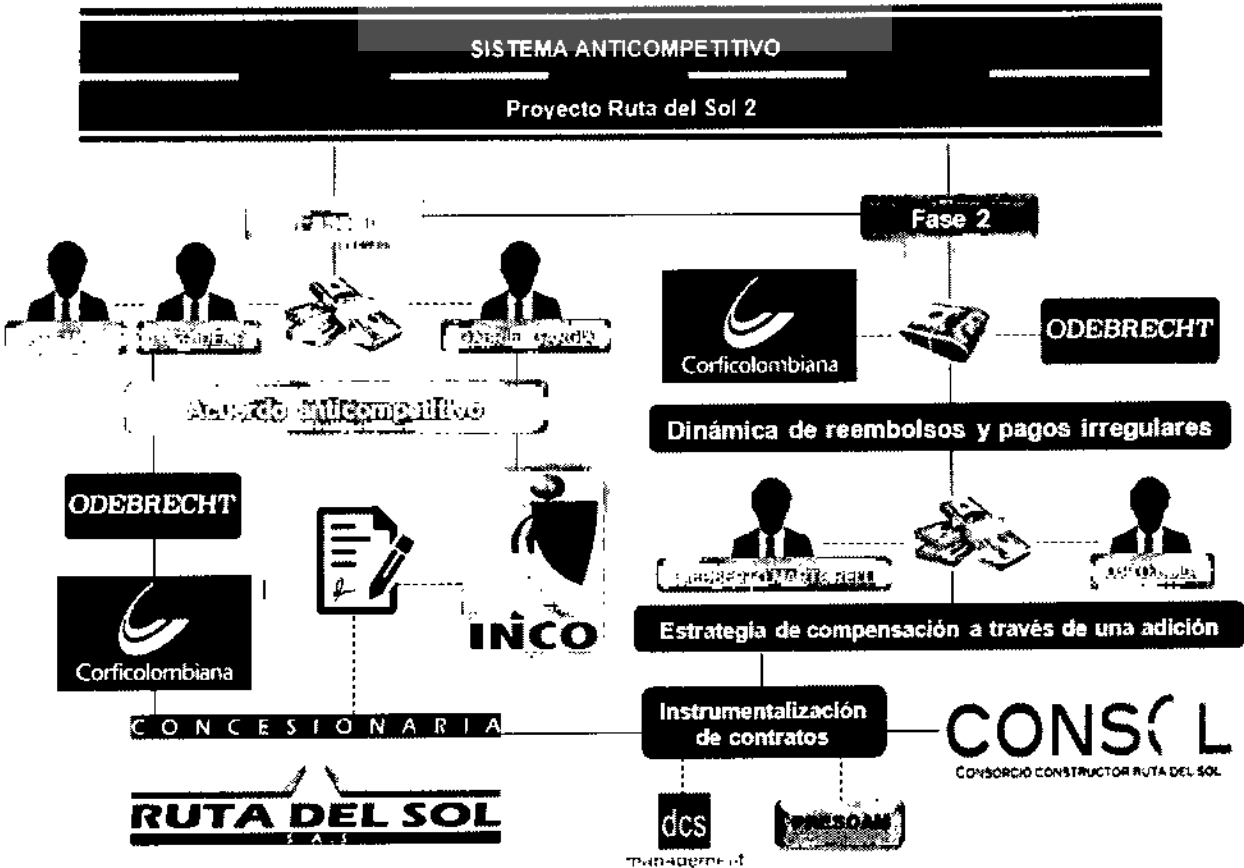
12.6.5. Continuidad del sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica

A partir de una valoración en conjunto de las diferentes pruebas presentadas, este Despacho puede concluir que existió un sistema anticompetitivo con vocación de permanencia que se prolongó en el tiempo, lo que significa que dicha conducta tuvo un carácter continuado o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrolló sin solución de continuidad a través de diferentes comportamientos sucesivos involucrando distintos actores, tal y como se ha demostrado con suficiencia previamente.

Dicho sistema anticompetitivo se desplegó en dos (2) fases a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, para que funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes dinámicas y estrategias inequívocamente dirigidas a la consecución de un propósito específico, en este caso, limitar la libre competencia económica.

Para mayor ilustración a continuación se presenta un diagrama que permite apreciar los aspectos esenciales del funcionamiento del sistema anticompetitivo.

Diagrama No. 2. Infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959



"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En esa medida, el sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia se orquestó desde los inicios del Proyecto Ruta del Sol, cuando **ODEBRECHT** desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración. Luego, en una primera fase, contempló la celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo con la finalidad de garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, posteriormente, en una segunda fase, incluyó la ejecución de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, una estrategia de compensación a través de una adición contractual, objetivos que, como presupuesto para su materialización, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Para este Despacho el sistema anticompetitivo reprochado es una conducta de carácter continuado. Esto, entre otras razones, porque, en general, son esquemas complejos que no necesariamente se agotan en un solo momento sino que se prolongan en el tiempo⁶²⁶. En el presente caso, su funcionamiento incluyó la celebración de un acuerdo anticompetitivo y de diferentes dinámicas y estrategias que se ejecutaron de manera prolongada materializándose antes, durante y con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Precisamente, en relación con las conductas continuadas, es importante señalar que, en casos similares, esta Superintendencia ha caracterizado la existencia de tres elementos constitutivos. Al respecto, en la Resolución No. 26266 de 2019 se indicó:

"En línea con lo anterior, la definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) unidad de intención e (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. (...)

*En relación con (i) **la pluralidad de acciones y omisiones**, la experiencia a nivel mundial ha demostrado que, debido a la naturaleza del comportamiento objeto de estudio y a los mecanismos procesales de selección en los que se desenvuelve, normalmente la colusión se configura por un conjunto de actividades que incluye, entre otras, la concertación sobre las condiciones en que los proponentes coludidos participarán en el proceso de selección correspondiente, la coordinación de las observaciones que presentarán respecto de los pliegos de condiciones, la formulación estratégica y coordinada de las ofertas y, además, comportamientos que tienen lugar incluso después de la adjudicación y celebración del contrato en cuestión, orientados a la repartición de los beneficios derivados de la colusión (subcontratos, cesión del contrato adjudicado, pagos directos, etc.).*

*Nótese, sobre este particular, que los actos que normalmente constituyen la colusión se extienden a lo largo de todas las etapas del proceso de selección e incluso se proyectan con posterioridad a la adjudicación y la celebración del contrato correspondiente, cuando esta ocurre en cabeza de alguno de los colusores. Precisamente, es la propia jurisprudencia referida por lo investigados la que ha considerado que "(...) **la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en (...) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

*Acerca de (ii) **la unidad de intención**, por supuesto referida a la pluralidad de acciones que constituyen el comportamiento continuado, debe llamarse la atención acerca de que todas y cada una de las conductas desplegadas por los colusores, independientemente de la etapa del proceso en que tengan lugar, están orientadas a la supresión de la rivalidad en el marco del concurso y a la repartición de los beneficios derivados de ese comportamiento, actos o conductas de los que depende la consumación de los efectos, en los casos en los que alguno de los colusores resulta adjudicatario del contrato.*

⁶²⁶ Levenstein, Margaret C., and Valerie Y. Suslow. "What Determines Cartel Success?" *Journal of Economic Literature* 44, no. 1 (2006): 43-95. Consultado el 21 de enero de 2020. www.jstor.org/stable/30032296. La duración de los carteles es variada y según los estudios, depende de la muestra que se haya tomado. En este estudio se recuerda que Levenstein y Suslow estimaron una duración promedio de 5.4. años, pero se encontraron carteles muy longevos. Por ejemplo, el "cartel de los sorbatos" tuvo una duración de 18 años.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*Finalmente, en lo que atañe a (iii) **la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable**, es importante señalar que todas las acciones configurativas de la colusión, unidas por los propósitos mencionados, son constitutivas del comportamiento restrictivo de la libre competencia económica **previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, en algunos casos, también constitutivas de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959**.*"
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En relación con el primer elemento, **pluralidad de acciones y omisiones**, se evidenció que el sistema anticompetitivo contempló diversas acciones y omisiones. Entre ellas, un acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, una dinámica de reembolsos y pagos irregulares valiéndose de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**, y concomitantemente una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Respecto al segundo elemento, esto es, **unidad de intención**, es pertinente precisar que el acuerdo, así como las dinámicas y estrategias ejecutadas, tenían como propósito no solo garantizar la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**, sino con posterioridad dividir los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, valiéndose de la propia ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y, adicionalmente, extraer indebidamente la mayor utilidad posible a través de una adición contractual.

Por esa razón, en el marco del sistema anticompetitivo se adelantaron toda una serie de actuaciones inequívocamente dirigidas, no solo a facilitar su funcionamiento, sino también a encubrir y ocultar sus distintas dinámicas y estrategias lo que perpetuó en el tiempo sus efectos lesivos hasta la terminación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Por último, en cuanto al tercer elemento, **identidad de los elementos de la conducta**, todas las conductas fueron constitutivas del sistema anticompetitivo, unas actuaciones presupuesto de otras, interconectadas entre sí por propósitos comunes, y que compartían rasgos similares que dejaban en evidencia no solo su sistematicidad, sino también su continuidad o prolongación en el tiempo.

A partir de las razones dadas previamente, los argumentos de varios investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con competencia temporal dado que ocurrió el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes. Para este Despacho resulta claro que la conducta de los investigados, como ninguna otra, fue continuada, pues (i) existió una pluralidad de acciones y omisiones; (ii) tuvo una unidad de propósito o intención; y (iii) conservó una identidad de los elementos que configuran las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 —acuerdo colusorio— y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 —sistemas que limitan la libre competencia económica—.

Por otra parte, en este punto es importante señalar que algunos investigados en sus observaciones al Informe Motivado sostuvieron que, con fundamento en la aplicación de las normas procesales en el tiempo y el principio de favorabilidad, debe aplicarse el término de caducidad de tres (3) años previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo.

Los argumentos expuestos por los investigados no tienen ningún fundamento válido y serán rechazados por las razones que pasan a exponerse. Es evidente que se pretende adoptar como estrategia de defensa tergiversar convenientemente la imputación fáctica a determinados hechos, con el objetivo de acotar el campo de acción de las conductas reprochadas y, por ende, excluir la sistematicidad de lo ocurrido, para en ese escenario valerse de la caducidad de la facultad sancionatoria sin razones jurídicamente atendibles.

En primera medida, debe advertirse que en materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad única de competencia en Colombia, contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia **caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**" (Negrilla fuera del texto original).

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años como erradamente lo afirman los investigados.

Las conductas ejecutadas por los investigados son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de un sistema anticompetitivo que, en una primera fase, estuvo compuesto por un acuerdo anticompetitivo que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, en una segunda fase, desplegaron una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó a través de la instrumentalización de diferentes contratos, lo que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementaron una estrategia de compensación a través de una adición contractual, con la finalidad de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Al tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo, los hechos reprochados no pueden analizarse como conductas aisladas, como errónea y convenientemente lo pretenden los investigados, para predicar de algunas de ellas o de todas, la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta autoridad de la libre competencia económica. En este caso, se trata de una conducta continuada o de tracto sucesivo, en la que por ministerio de la ley, el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta.

De otro lado, aun cuando se considere que la conducta inició con anterioridad a la vigencia de la Ley 1340 de 2009, al haber sido continuada durante la vigencia de dicha normatividad, el término de caducidad es de cinco (5) años, según las voces del artículo 27 de la mencionada ley, que como se dijo prevé que la facultad sancionatoria **"caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo"**.

De manera que los argumentos expuestos por los investigados relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria no resultan válidos, debido a que está acreditado en la actuación administrativa que la conducta investigada se realizó en distintos momentos en el tiempo sin solución de continuidad. Es por ello que en el caso concreto el término para la caducidad inicia en la fecha en que cesó la conducta (último acto en la conducta continuada o de tracto sucesivo), y no desde que inició ni tampoco en relación con cada acto individualmente considerado, pues en palabras del propio Consejo de Estado, en estos casos **"el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva"**.

Precisamente, existen pronunciamientos sobre conductas continuadas por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa refiriéndose específicamente a conductas restrictivas de la competencia que se han considerado como continuadas. Al respecto, sobre las conductas de tracto sucesivo el Consejo de Estado ha señalado que:

*"Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como "Instantánea", es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter "Continuado o Permanente", lo que significa que **el***

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada. (...)⁶²⁷ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En el caso analizado por esta Superintendencia se logró determinar que las conductas ejecutadas por los investigados, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea sino que, como quedó ampliamente explicado en acápites previos, se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo, unos ejecutados por todos y otros ejecutados por alguno o algunos de los investigados a nombre de los demás miembros del sistema anticompetitivo, comprendidos todos dentro de una estrategia sistemática, general, coordinada, continuada y concertada de sus distintos actores.

Recuérdese que el cargo formulado a los investigados en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó una dinámica consistente en suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 de la Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago derivado del acuerdo anticompetitivo, se le atribuyeron propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones⁶²⁸ contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en acápites previos. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que desde dicho acto, la conducta se imputó como permanente, continuada o de tracto sucesivo.

Tampoco puede olvidarse que, según se dijo en la Resolución de Apertura de Investigación, la **CONCESIONARIA**, a la cual pertenecía **ODEBRECHT** y **EPISOL**, este último vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, constituyó el instrumento jurídico que hizo posible la materialización de la conducta infractora, pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable para la generación de los efectos del sistema anticompetitivo, esto es, la firma del respectivo contrato estatal de concesión y la materialización de pagos ilícitos durante toda su ejecución, comportamientos que hacían parte de las conductas investigadas, e incluso en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que, hasta ese momento, las pruebas sugerían la existencia de un sistema anticompetitivo⁶²⁹ que, como se ha demostrado con suficiencia, en este acto administrativo fue plenamente corroborado.

En esa medida, para este Despacho no puede ser de recibo que se alegue por parte de los investigados que simplemente se trataba de algunos eventos aislados, inconexos o separados en el tiempo para alegar convenientemente la caducidad de la facultad sancionatoria. Se insiste, en el presente caso, la conducta cometida no solo fue imputada como continuada, sino que además es catalogada como una práctica comercial restrictiva de la libre competencia que se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada previamente, que la comisión de su falta fue permanente.

⁶²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre 2014. Rad. No. 2013 00254 01.

⁶²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

⁶²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 162.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En esa medida, resulta francamente inaudito que se alegue la configuración del fenómeno procesal de la caducidad, en razón a que supuestamente el último acto de la conducta tuvo ocurrencia con la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuando las diferentes pruebas presentadas en acápites previos dejan en evidencia la prolongación, persistencia y continuidad de todo un sistema anticompetitivo. Al respecto, debe advertirse que en un caso con las particularidades y sistematicidad advertida, garantizar la adjudicación del contrato estatal en favor de la **CONCESIONARIA**, tan solo representa una fase dentro del sistema anticompetitivo, sin que ello signifique que la conducta de los investigados se limite a ese específico momento. Lo anterior, en la medida en que, se reitera, la conducta reprochada fue concebida y ejecutada para ser desarrollada a través de una estrategia sistemática y continuada en el tiempo, sobre lo que hay abundante material probatorio en el Expediente y que fue expuesto en el presente acto administrativo.

Entonces, es indiscutible que la conducta desarrollada por los investigados se cataloga como de carácter continuado o permanente, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolongó en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva, razón por la cual el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta y ello ocurrió en vigencia del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé un término de caducidad de cinco (5) años.

No puede olvidarse que en el presente caso existe evidencia de reuniones realizadas durante 2016, donde puede evidenciarse que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** pretendieron replicar la estrategia de instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar el pago derivado del acuerdo anticompetitivo y mantenerlo en la absoluta clandestinidad para garantizar el funcionamiento del sistema anticompetitivo, que hasta ese momento continuaba en plena ejecución, lo que denota la continuidad y prolongación de la conducta, máxime cuando la última reunión realizada con esa finalidad en **julio de 2016** fue concomitante con el último pago identificado a **PRESOAM** del que se tiene registro fue efectuado el **5 de agosto de 2016** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, durante la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Incluso, en un caso con las particularidades evidenciadas, este Despacho tiene suficientes elementos de juicio para concluir que un sistema anticompetitivo como el reprochado, debido a los diferentes pagos irregulares, y en que también indebidamente se implementaron estrategias para mejorar las condiciones del contrato de concesión con el propósito de extraer la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, la afectación del mercado y de los intereses colectivos que protege la libre competencia económica, se prolongó hasta que estuvo vigente el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, el **22 de febrero de 2017**, momento en el cual la **ANI** y la **CONCESIONARIA** decidieron terminarlo por mutuo acuerdo. No puede olvidarse que precisamente en el laudo proferido por el "*Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. contra la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI*", se declaró la nulidad absoluta del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosíes, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el referido contrato por configurarse un "*objeto y causa ilícitos*"⁶³⁰.

En ese orden de ideas, no hay duda que la normatividad aplicable al caso en particular corresponde a aquella prevista en la Ley 1340 de 2009, atendiendo al principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones administrativas, por cuanto la conducta ejercida por los investigados no se ejerció instantáneamente, sino de manera continuada durante la ejecución del contrato de concesión, lo

⁶³⁰ Tribunal Arbitral. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019. **CONCESIONARIA RUTA DEL S.A.S. Vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** (Trámites 4190 y 4209). En línea: [<http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf>]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de septiembre de 2020. Rad. No. 110010326000 2019 00168 00 (65136). Ref.: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL. "**DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la sociedad Estudios y Proyectos del Sol EPISOL S.A.S., Itaú Corpbanca Colombia S.A., Banco de Bogotá S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco AV Villas S.A., Banco Davivienda S.A., Bancolombia S.A., Fiduciaria Corficolombiana S.A., la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. y la Sociedad Constructora Norberto Odebrecht S.A., contra el Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019 (...)"

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que en consecuencia implica que se aplique la legislación vigente al momento de cesación de la conducta, acciones o hechos infractores del ordenamiento jurídico. Para que no quede duda al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en un caso en que analizó el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria en consideración al tránsito de legislación entre el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, en hechos realizados de manera continua o permanente en vigencia de las dos legislaciones, se pronunció al respecto:

"(...) Se observa que para el momento en que se inició la investigación, esto es, el año 2007, se encontraba en vigencia el otrora Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 52 establecía el procedimiento para determinar si existía una infracción a las normas de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que "en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo...", lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha Codificación.

Sin embargo, observa la Sala que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 ("Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"), esto es, el 24 de julio de 2009, los distribuidores de combustibles relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, sometiéndose, en consecuencia, a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 27 reza:

"Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado" (Resalta la Sala)⁶³¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse resulta indiscutible que el cómputo del término de caducidad de la facultad sancionatoria obedece a la Ley 1340 de 2009, pero además, no cabe duda de que su término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico. En este sentido, la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente. Al respecto, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia ha sostenido:

"(...) En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta."

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...)

En cuanto a la conducta investigada, lo que cuenta es el momento en que ella cesa y no cuando comienza a realizarse, y, como consta en el plenario, el tercer piso lo había culminado, según dice el querellado, un año antes de la fecha en que rindió sus descargos, amén de que las obras se habían continuado para construir un cuarto piso, lo cual indica

⁶³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. Rad. No. 150012333000 2013 00254 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

que la infracción se había prorrogado en el tiempo, de manera que el término de caducidad de la acción debía empezarse a contar el 9 de octubre de 1998, cuando se rindió el informe del acta de visita (ver folio 12, cuaderno principal).

En ese orden de ideas, conviene aclarar que cuando la obra compromete o afecta elementos constitutivos del espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo.⁶³² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En relación con el contexto jurídico objeto de estudio, debe precisarse que el análisis de esa corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido el Consejo de Estado:

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C.C.A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...)"⁶³³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En consecuencia, no pueden ser de recibo para este Despacho los argumentos de los investigados tendientes a indicar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por todo lo anterior, está plenamente probado que para iniciar la cuenta del término de caducidad de cinco (5) años de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, en el escenario más estricto, dicho término solo se vencería, como mínimo, en agosto de 2021, incluso de tenerse en cuenta la terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y sus Otrosíes, junto con sus actas complementarias, que adicionaron el referido contrato, el término de caducidad vencería en febrero de 2022, es decir, bajo ninguna circunstancia habría operado la caducidad que pretenden los investigados.

Sin perder de vista las anteriores consideraciones, tampoco resulta procedente en el presente caso la aplicación del principio de favorabilidad por las razones que se pasan a exponer. Sobre el particular, debe reiterarse que no se configuran de manera alguna los elementos estructurales del principio de favorabilidad, por cuanto las conductas de carácter permanente, continuado o de tracto sucesivo, si bien pudieron iniciar su gestación en vigencia de la ley anterior (Decreto 2153 de 1992), lo cierto es que se ejecutaron plenamente y terminaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, en relación con lo anterior resulta pertinente e ilustrativo señalar que si bien existe jurisprudencia⁶³⁴ de la Corte Constitucional sobre la aplicabilidad del principio de favorabilidad en el derecho administrativo sancionador, entendido como la manifestación de protección de la garantía constitucional al debido proceso en contextos jurídicos en el que se acciona el poder punitivo del Estado, ello no quiere decir que respecto al caso en particular, tal principio deba operar debido a que, según la jurisprudencia nacional, la favorabilidad en relación con conductas, hechos o acciones constitutivas de sanción ejecutadas continuadamente implican una interpretación diferente, en razón

⁶³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01(8340).

⁶³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01(8340).

⁶³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1087 de 2005.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

al reconocimiento de garantías de raigambre constitucional como lo es, el principio de legalidad e igualdad.

De acuerdo a lo anterior, la jurisprudencia constitucional, también ha determinado presupuestos de inaplicabilidad del principio de favorabilidad respecto de hechos, conductas o circunstancias realizadas continuadamente constitutivas de sanción en el ejercicio propio punitivo-sancionatorio del Estado, entre ellos:

*"La no existencia de los presupuestos legales para la aplicación del principio: **no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad** por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento [en conductas continuadas], pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.*

*"Por la autodeterminación del sujeto: **ninguna afrenta se proyecta ni sobre la legalidad ni sobre la favorabilidad, pues la severidad del nuevo castigo, que ya para entonces surgió como preexistente a los comportamientos que se siguieron realizando, no fue obstáculo para llevarlos a cabo.**"⁶³⁵ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, la Corte Constitucional considera que si el sujeto que realizó la conducta sancionable no se intimidó con la ley más gravosa y, por ende, decidió continuar lesionando y/o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, no hay razón para aplicarle la ley anterior más favorable y desconocer la nueva ley que también fue trasgredida por el infractor. Al respecto el artículo 6 de la Carta Política, indica que las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como prohibido, por ello, no hay lugar a dudas que quien de manera libre y voluntaria decide efectuar acciones y hechos contrarios al ordenamiento jurídico, la consecuencia ineludible es hacerse acreedor a la sanción, pena o condena dispuesta para la respectiva afrenta a la ley y demás consecuencias jurídicas establecidas.

En este sentido, no queda duda que la aplicación de la Ley 1340 de 2009 es acertada por parte de esta Superintendencia, en tanto no es admisible jurídicamente considerar que pese a que los investigados conocieran del cambio legislativo en materia de caducidad de la facultad sancionatoria contemplado en la Ley 1340 de 2009, y aun cuando iniciaran a gestar sus comportamientos con anterioridad, continuaran posteriormente efectuando conductas contrarias a la libre competencia económica, sin que tal circunstancia fuese óbice para cesar la realización de tales acciones.

En atención a lo anterior y en concordancia con la jurisprudencia nacional y con la situación fáctica y jurídica constitutiva del presente caso, es dable concluir la inaplicabilidad del principio de favorabilidad en lo que respecta a conductas, acciones o hechos constitutivos de sanción en el ejercicio del poder sancionatorio-punitivo del Estado, realizados continuadamente. De acuerdo a lo expuesto, debe entenderse que en los actos o acciones sancionables de carácter continuado, se presenta una diferencia temporal entre lo ejecutado bajo la vigencia de la ley menos gravosa respecto de la sanción y lo ejecutado bajo el imperio de la nueva legislación, esto es, no existe equivalencia entre la lesión acaecida bajo la vigencia de una y otra ley, pues si se presentara, se desconocerían principios de igual rango como la igualdad y legalidad, razón por la cual no se presentan los presupuestos objetivos para dar aplicación al principio de favorabilidad, pues su aplicación desconocería, o en otras palabras, omitiría el sentido que la constitución y la ley le otorgaron a dicho principio contemplado en el artículo 29 de la norma superior.

⁶³⁵ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2009. Rad. No. 31401.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

12.6.6. Conclusiones

Este Despacho encontró plenamente probado, de acuerdo a los diferentes elementos de prueba que obran en el Expediente y contrario a lo manifestado por los investigados a lo largo de la presente actuación y en sus observaciones al Informe Motivado, que **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** desplegaron un sistema anticompetitivo que, en una primera fase, estuvo compuesto por un acuerdo anticompetitivo que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, en una segunda fase, desplegaron una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó través de la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementaron una estrategia de compensación a través de una adición contractual, con la finalidad de extraer indebidamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

De esta forma, se evidenció que:

- **ODEBRECHT** desplegó un esquema de corrupción altamente complejo que se prolongó por más de una década y que resultó en el pago de cientos de millones de dólares en sobornos en diferentes países. Para esto creó una *"División de Operaciones Estructuradas"* como un departamento de soborno independiente, que reportaba sus actividades ilícitas a los más altos niveles directivos de esa empresa para obtener autorización para el pago de sobornos, a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de los libros de contabilidad y cuentas bancarias en el exterior.
- En los inicios del Proyecto Ruta del Sol, **ODEBRECHT** desplegó diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración. Tal fue el caso del llamativo interés evidenciado para que **STRUCTURE** —con *"escasa experiencia"* y *"con menos de un año de creación"*—, y cuyo representante legal tenía relación con **ODEBRECHT**, fuera contratada como encargada de estructurar totalmente el Proyecto Ruta del Sol y que finalmente terminó como asesor del **IFC**.
- Una vez los cartelistas establecieron que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se encontraba en una posición privilegiada que le confería la suficiente capacidad para influenciar, decidir y actuar en todas las instancias del Proyecto Ruta del Sol, enfilaron todos sus esfuerzos con la finalidad de corromperlo y asegurar su participación directa en el despliegue de su sistema anticompetitivo.
- Para este fin, se evidenciaron unos primeros acercamientos encabezados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con la finalidad de manifestar el interés de **ODEBRECHT** en participar en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.
- En estos acercamientos, transmitieron una preocupación sobre la percepción que tenían acerca del manejo de las licitaciones en Colombia. Preocupación que fue transmitida a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, dejando al descubierto que el acuerdo ilegal que **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** estuvo motivado, influenciado y determinado por la percepción y experiencia de **CORFICOLOMBIANA** en relación con las vicisitudes que podrían suceder en el marco de procesos de contratación pública en Colombia.
- Posteriormente, los demás cartelistas desplegaron una serie de reuniones ilegales y secretas para definir y concretar el acuerdo ilegal con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Para ese cometido, inicialmente **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** efectuó diferentes insinuaciones a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con la finalidad de abonar el escenario propicio para pactar una retribución económica como contraprestación con el propósito de favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, tuvo conocimiento de estas reuniones ilegales y secretas, autorizó los compromisos que se establecieron para favorecer a la **CONCESIONARIA** en la adjudicación y, posteriormente, aprobó las actuaciones derivadas de lo pactado.
- Se logró establecer que el verdadero alcance del ofrecimiento de una retribución de carácter económico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en virtud del acuerdo anticompetitivo, más que favorecer era garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**, sin ninguna presión competitiva al momento de la evaluación de su oferta económica y limitando la libre concurrencia de otros competidores.
- En el marco del sistema anticompetitivo existió de parte de **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, un constante monitoreo a la ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo. Para ello se recurrió incluso a una serie de intimidaciones y amenazas con el propósito de asegurar su cabal cumplimiento, lo que llevó a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitara un concepto jurídico con el propósito de amparar su posible responsabilidad al inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA**.
- **CORFICOLOMBIANA** y **ODEBRECHT** tuvieron una intervención directa, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** —y otros funcionarios— y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, en la solicitud, elaboración, entrega "*subrepticia*" y pago del concepto jurídico.
- Una vez **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** concretó el ofrecimiento de una retribución económica a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con el propósito de llevar a cabo su pago, contó con el concierto y autorización de **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO MAMERI**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- Está probado que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** idearon y planificaron que entre **ODEBRECHT**, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 —a través de **CONSOL**— se haría "*la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA*".
- Para esto, se demostró que **ODEBRECHT** inicialmente se encargaría de pagar la totalidad de la suma correspondiente a la retribución económica que se ofreció a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Lo anterior, por "*un tema de compliance*" del **GRUPO AVAL** al que pertenecía **CORFICOLOMBIANA** y por la continuidad que se tenía contemplada para el sistema anticompetitivo, que se perpetuaría con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
- La operación para el pago de la retribución económica a que se comprometió **ODEBRECHT** con **CORFICOLOMBIANA** para efectuar inicialmente su pago total a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, se realizó "*después de la adjudicación*", una vez este cumplió con los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo. Esta operación se adecuó al *modus operandi* de **ODEBRECHT** y fue coordinada en el mes de enero de 2010 por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien solicitó apoyo a **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, alias "*Tushio*", "*director de operaciones estructuradas*".
- Así las cosas, se demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** se encontraron con **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, la persona que les fue indicada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y, según lo acordado, procedieron a realizar la programación de pagos a partir de marzo hasta septiembre de 2010 con el "*nombre clave de costeño*".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

- Los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo se realizaron a través de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y la empresa **LURION TRADING INC** y, fueron "*girados por la oficina de estructuraciones de ODEBRECHT*"⁶³⁶ empleando "*recursos económicos no contabilizados vía offshore*" y consignados en una cuenta en la "*Banca privada D'Andora BPA*".
- Se probó que el monto finalmente pagado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como contraprestación por los compromisos ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo correspondió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).
- Quedó en evidencia que el *modus operandi* de **ODEBRECHT** en la primera fase del sistema anticompetitivo se desplegó a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas o funciones, creada para que existiera y funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer diferentes comportamientos ilegales inequívocamente dirigidos a limitar la libre competencia económica.
- Incluso, se encontró evidencia de que en forma previa o concomitante a la concreción del acuerdo ilegal se desplegaron varias estrategias con la finalidad de asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo. Para ello, se desplegó toda una estrategia de "*seguimiento o acoso*" de terceros para favorecer a **ODEBRECHT** y una estrategia para limitar la participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, para lo cual **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** intentaron constituir acuerdos con sus competidores más relevantes para repartirse los sectores del Proyecto Ruta del Sol con la intención de "*reducir la competencia*".
- Se probó que, sin solución de continuidad, el sistema anticompetitivo se prolongó en el tiempo con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través de (i) una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, (ii) una estrategia de compensación a través de una adición contractual, objetivos que, como presupuesto para su plena ejecución, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo, esto es, la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA**.
- Se demostró que con el principal objetivo de realizar la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, idearon una dinámica de reembolsos y pagos irregulares que fue plenamente ejecutada, "*más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol*"⁶³⁷ a través de **CONSOL** y de la **CONCESIONARIA**.
- **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** a través de la instrumentalización de diferentes contratos que como rasgo común carecían de soporte o debida justificación, desviaron recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para efectuar el reembolso del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** el cual fue hecho a través de la empresa española **DCS MANAGEMENT** por medio de pagos hechos por **CONSOL**.
- Se probó que el Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, **MAURICIO MILLÁN DREWS** —desde 2010 hasta 2014—, identificó una serie de pagos y transacciones por montos elevados que llamaron su atención debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación, entre ellos, algunos relacionados con **DCS MANAGEMENT**. Estos pagos fueron puestos en conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de

⁶³⁶ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

⁶³⁷ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

CORFICOLOMBIANA, quien le indicó "*que se había reunido*" con **ODEBRECHT** y que, en consecuencia, "*procediera con el pago*".

- Por otra parte, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado en misión de **EPISOL**, que ocupó el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** a partir de 2014, a "*finales del mes de marzo de 2015*" también identificó pagos irregulares al **CONSORCIO TORROSA**, **PRESOAM**, **CONSORCIO SION** y **RGQ LOGISTIC** debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación. Frente a estos pagos, nuevamente se corroboró el pleno conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** debido a que, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** también acudió directamente a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.
- Aunque se comprobó que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** manifestó su negativa de aprobar los pagos, y el conocimiento de **CORFICOLOMBIANA**, los cuestionados pagos fueron efectuados. De hecho, identificó la existencia de otros pagos irregulares relacionados con **CONSULTORES UNIDOS**, **INVERSORES PROFESIONALES**, **DESINPRO**, **PROFESIONALES DE BOLSA** y **GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**.
- Se comprobó que los motivos por los cuales los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL** acudieron a la máxima autoridad de **CORFICOLOMBIANA** radicaban justamente en que ambos eran funcionarios en misión de **EPISOL** en **CONSOL**, el vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**. De hecho, (i) existía una interlocución frecuente entre el Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**; (ii) una consulta relacionada con los pagos de **CONSOL** se haría a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y (iii) periódicamente **CORFICOLOMBIANA** realizaba seguimiento a su inversión en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.
- Por si fuera poco, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** (*Controller* de la **CONCESIONARIA** desde el 1 de agosto de 2010 hasta el 10 de noviembre de 2017) también le comunicó directamente a **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, la existencia de unos "*casos especiales de contratación*" que entre 2013 y 2015 no cumplían con el procedimiento de compras y suministros de la **CONCESIONARIA**.
- A pesar de los hallazgos de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** en 2015, la reacción de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ante estos fue, sin ninguna explicación, romper o evitar cualquier comunicación. Lo que solo se justifica a partir del rol que cumplía dentro de la estrategia ilegal y, su plena intencionalidad de no querer torpedear el correcto funcionamiento del sistema anticompetitivo, lo que corroboró la activa participación de **CORFICOLOMBIANA** en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.
- Otros pagos irregulares identificados en 2015 fueron los contratos con **CONSULTORES UNIDOS**, **INVERSORES PROFESIONALES**, **DESINPRO**, **PROFESIONALES DE BOLSA** y **GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**, entre otras cuestiones, se caracterizaban por inconsistencias como: (i) tener pagos sin evidencia de las labores realizadas; (ii) objetos contractuales relacionados con labores que habían sido ejecutadas previamente; (iii) contratistas que hacían las mismas tareas e incluso (iv) una "*propuesta era falsa*". Precisamente algunas de esas características también eran un rasgo común en los contratos que soportaban los pagos a **DCS MANAGEMENT** y **PRESOAM**.
- Esta dinámica de reembolsos y pagos irregulares se extendió desde "*el primer semestre de 2010*"⁶³⁸ hasta por lo menos el 5 de agosto de 2016, durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Siendo posible establecer que hasta por lo menos el 5 de agosto

⁶³⁸ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Información del proceso penal adelantado en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Carpeta: "Caja 1 Carpetas de Juicio", Carpeta: "CARPETA 1", Archivo. CARPETA 2 DE 1.pdf. p. 309.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de 2016 a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA** se realizaron pagos a **PRESOAM**.

- Bajo la misma lógica que caracterizó la dinámica de instrumentalización de diferentes contratos, se evidenció que, en particular, los contratos relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM y CONSULTORES UNIDOS**, tenían propósitos asociados con asegurar el éxito de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
- La valoración en conjunto de diferentes pruebas concernientes a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, en especial aquellos aspectos relacionados con los contratos del **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, CONSULTORES UNIDOS y PRESOAM**, dejó en evidencia un objetivo adicional desplegado y materializado por **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, que consistió en replicar una estrategia similar a la ejecutada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con la finalidad de mejorar sus condiciones a través de modificaciones contractuales —adiciones— con el ilegítimo propósito de extraer la mayor utilidad posible del Proyecto Ruta del Sol 2.
- La estrategia se implementó con la finalidad de asegurar el éxito de la adición de la *"TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"*⁶³⁹ y, con ese propósito, se instrumentalizaron contratos con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA y PRESOAM**.
- Como parte de esta estrategia, en el marco del sistema anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** encomendaron a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** varias actuaciones debido a la *"influencia"* que tenía en diferentes sectores y como consecuencia de la ejecución de actividades de *"lobby"*, entre ellas, la consecución de un contrato de estabilidad jurídica.
- Posteriormente, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** (Director Superintendente de **ODEBRECHT** en Colombia desde enero de 2013 hasta finales de 2016) concretó unos compromisos con **OTTO NICOLÁS BULA BULA** que consistieron en *"influnciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara"* a través de la inclusión de *"algunas cláusulas específicas"*, las cuales *"serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto"*.
- Así, se encontró probado que la actuación y gestión de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** dio *"resultado"* y fue *"fundamental"*, no solo para *"acelerar"*, sino también para *"obtener"* la modificación contractual que viabilizó obras adicionales en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con lo que evitaron demoras de *"3 o 4 años más"* y, principalmente, el riesgo que le representaba a la **CONCESIONARIA** competir en un escenario de libre concurrencia por las *"obras adicionales"* en un *"proceso de licitación pública"*.
- Por la labor de **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, en agosto de 2013 se pactó una contraprestación *"equivalente a 1% del valor del OTRO SI"*, que ascendió a una suma equivalente a cuatro millones seiscientos mil dólares (USD 4.600.000).
- Sobre los pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, nuevamente **LUIZ ANTONIO MAMERI** fue quien los autorizó, al igual como ocurrió con el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la primera fase del sistema anticompetitivo y, en similar sentido, dichos pagos fueron realizados *"en cuentas de empresas en el exterior"* y con *"recursos no contabilizados"*. Además, en un esfuerzo por no dejar rastros de las conductas restrictivas de la competencia, práctica

⁶³⁹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

propia y reiterada en el marco del sistema anticompetitivo, se empleó el seudónimo de "BULLDOZER".

- La programación de pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** se realizó entre el 26 de febrero al 18 de septiembre de 2014, nuevamente a través de diferentes empresas, con "recursos no contabilizados" y por el "departamento de operaciones estructuradas" de **ODEBRECHT**.
- Dada la existencia de divergencias ocasionadas por la inconformidad de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** respecto a la cantidad de dinero que fue pactada, a mediados de 2016, se suscribió un documento o contrato con este, como especie de "*finiquito a manera de paz y salvo*". El documento aunque elaborado a mediados de 2016, contiene como fecha de suscripción el 5 de agosto de 2013 y, lejos de ser un verdadero "**CONTRATO DE ASESORÍA**", simplemente significó un infructuoso esfuerzo por tratar de encubrir la estrategia ilegal desplegada en la segunda fase del sistema anticompetitivo.
- Adicionalmente, consideraciones de la Corte Suprema de Justicia al referirse sobre las pruebas para proferir sentencia condenatoria contra **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL**, ratifican los hallazgos de este Despacho respecto a la instrumentalización de diferentes contratos — **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM, CONSULTORES UNIDOS**— para la materialización de la estrategia de compensación mediante una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
- En similar sentido, el Consejo de Estado, que encontró probado, con grado de certeza, las actuaciones desplegadas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, a través de **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, con el propósito de obtener irregularmente "*el contrato de estabilidad jurídica y la agilización del otro si número 6, de la Ruta del Sol II, de una manera rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht, formando parte de un gran entramado de corrupción*", corroboran los hallazgos de este Despacho en la segunda fase del sistema anticompetitivo.
- Finalmente, se probó que durante 2016 se realizaron diferentes reuniones en las que estuvieron **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en que se pretendió replicar la estrategia e instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar o "*legalizar*" el pago de la retribución económica a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** derivado del acuerdo ilegal y mantenerlo en la absoluta clandestinidad para asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo que aún se encontraba en plena ejecución.

DÉCIMO TERCERO. Consideraciones del Despacho sobre las observaciones presentadas al Informe Motivado

A continuación este Despacho dará respuesta a las observaciones presentadas por los investigados al Informe Motivado que no han sido abordadas en acápites anteriores y únicamente relacionadas con el cargo denominado "**PAGO SOBORNO**", debido a que se acogerá la recomendación de archivo presentada en el Informe Motivado, con fundamento en la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, respecto a los cargos formulados bajo las imputaciones denominadas "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**".

13.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la supuesta indebida valoración probatoria, derecho de defensa y contradicción

En forma común, varios investigados señalaron que los estándares de responsabilidad que se deben aplicar en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia son los del derecho penal y que no se deben sustentar en indicios. Además de lo anterior, indicaron que no deben aceptarse

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

las recomendaciones del Informe Motivado porque se sustentaron a partir de una incorrecta construcción de la inferencia lógica de la prueba indiciaria. En ese sentido, señalaron que las pruebas desvirtúan la "inferencia" de que el pago del soborno aseguró la adjudicación del contrato.

Los anteriores argumentos, que en esencia se dirigen a cuestionar el uso de indicios, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que a continuación se pasan a exponer.

En primer lugar, debe advertirse la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)"⁶⁴⁰ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)"⁶⁴¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

"(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación

⁶⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

⁶⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso" (G.J. t. CCVIII, pág. 151).⁶⁴² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

*"(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone **"la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse"*** (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)⁶⁴³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"***⁶⁴⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En tal medida, debe ponerse de presente que las conclusiones vertidas previamente, en particular aquellas relacionadas con que **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** desplegaron un sistema restrictivo de la competencia que, en una primera fase, estuvo compuesto por un acuerdo anticompetitivo que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** y, en una segunda fase, desplegaron una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se implementó a través de la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió, entre otros propósitos, dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, materializaron una estrategia de compensación a través de una adición, con la finalidad de extraer la mayor utilidad posible del Proyecto Ruta del Sol, son el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio como sugieren algunos investigados con el propósito de alegar que no existe prueba que determine su responsabilidad.

Lo anterior representa una razón más que suficiente por la que cualquier argumento dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los

⁶⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

⁶⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

⁶⁴⁴ Couture, Eduardo J. *"Fundamentos de derecho procesal civil"*. Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1998.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

demás elementos probatorios que obran en el Expediente deba ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional. En esa medida, no son de recibo para este Despacho los argumentos de los investigados respecto a que no se analizaron las pruebas en conjunto ni se hizo una exposición razonada del mérito que se les asignó.

En segundo lugar, debe aclararse que la apreciación en conjunto del material probatorio no implica necesariamente que los hechos que interesan a la actuación administrativa se encuentren demostrados únicamente a través de indicios, que en cualquier caso es un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de conductas anticompetitivas. En tal medida, una cuestión es la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, otra distinta, aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

Precisado lo anterior, lo cierto es que el régimen probatorio previsto en nuestra legislación procesal civil, y aplicable a este procedimiento administrativo, contempla los indicios como un medio de prueba absolutamente útil para la formación del convencimiento, en este caso, de la autoridad administrativa con el propósito de determinar la existencia o no de conductas restrictivas de la competencia económica. En efecto, según el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, **los indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Particularmente, esta Superintendencia en otras ocasiones⁶⁴⁵ ha reconocido que los indicios son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas. Al respecto ha sostenido que:

"[L]os indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En idéntico sentido, en otras latitudes, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia⁶⁴⁶ en Chile, reconoce en los indicios un medio de prueba procedente para determinar la existencia de infracciones de las normas de competencia económica.

"[L]a existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, solo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Ahora bien, si de jurisprudencia nacional se trata, el Consejo de Estado, máxima corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se ha pronunciado específicamente sobre los indicios, como medio probatorio, para demostrar específicamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el particular ha considerado que:

"[L]a autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia."

⁶⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

⁶⁴⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Chileno. Sentencia N° 57 del 12 de julio de 2007, Rol C-77-05, de, C. 5° del voto de minoría.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

(...)

Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc. (...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, es indiscutible que los indicios representan un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia económica. En tal medida, los argumentos presentados con que pretenden relegar ese medio de prueba, no solo resultan improcedentes, sino que es un esfuerzo infructuoso por tratar de desconocer la eficacia demostrativa de las pruebas que obran en el Expediente y, por esa vía, desconocer su responsabilidad.

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en relación con la apreciación de las pruebas, lejos de establecer un sistema de tarifa legal o prueba tasada, en que la ley establece específicamente el valor de las mismas, dando mayor eficacia a unas sobre otras (i.e. indicios), contempló un sistema de sana crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, tal y como se expuso en los diferentes acápites del presente acto administrativo.

En este punto es relevante señalar que algunos investigados alegaron que de forma ilegal se emplearon pruebas nulas, obtenidas con violación del debido proceso, derecho de contradicción, tales como: (i) denuncias penales y declaraciones rendidas ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; (ii) testimonios que no fueron sujetos a contradicción y confrontación; y (iii) pruebas del proceso penal contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ante el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento en que se decretó una prueba y se practicó otra diferente y su incorporación al Expediente fue posterior a la oportunidad legal establecida.

Concretamente, los investigados manifestaron que, en lo relacionado con el proceso penal en contra de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, se había decretado una prueba en el numeral 6.2.6. del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución 33788 del 5 de agosto de 2019 y que la prueba que se practicó fue otra. Además, indicaron que (i) en el referido numeral se había señalado que se oficiaría al respectivo despacho judicial. Sin embargo, la Delegatura realizó una visita a la Secretaría de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. en la cual obtuvo la copia del expediente; (ii) esta visita no fue informada a los investigados; (iii) solo conocieron de esa visita por medio del acta que reposa en el Expediente; (iv) aunque "se haya dado noticia de que esos elementos habían sido recaudados" en la Resolución 63380 del 14 de noviembre de 2019, tal acto administrativo refiere a que fueron recaudados en el Juzgado señalado y no en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. y (iv) no se dio traslado ni plazo alguno para que los investigados se pronunciaran al respecto.

Los argumentos presentados por los investigados con que pretenden dejar sin validez las pruebas decretadas y practicadas en el presente procedimiento administrativo no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, cabe recordar que la Delegatura decretó officiar al Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento para que se allegara copia de "(i) la sentencia emitida el 29 de abril de 2019 contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por los delitos de cohecho e interés indebido en la celebración de contratos; y (ii) todas las pruebas que sirvieron de fundamento para esta decisión".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así, contrario a lo sostenido por los investigados, no es cierto que se haya decretado una prueba y practicado otra. Para sustentar esta afirmación, se resaltan las circunstancias relevantes relacionadas con la práctica del referido medio probatorio.

En el numeral 6.2.7. del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución 33788 del 5 de agosto de 2019 se ordenó oficiar al Juzgado enunciado para que remitiera copia de la sentencia condenatoria contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, así como de las pruebas que sustentaron esa decisión. De conformidad con la orden referida, mediante oficio radicado con No. 17-14777-503-1 se comunicó tal decisión al Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento.

La autoridad judicial referida, a través del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, mediante oficio RU-O-10772 del 26 agosto de 2019, remitió el oficio identificado en el literal anterior a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., por cuanto se constató que el proceso se encontraba en esa entidad. En efecto, una vez consultado el proceso con Rad. No. 10016000101201700156 (N.I. 293636) en el sistema dispuesto por la rama judicial se advirtió que, desde el 22 de mayo de 2019, el expediente contentivo de la sentencia y de las pruebas, cuya copia había sido ordenada en el numeral 6.2.7. del **ARTÍCULO SÉXTO** de la Resolución 33788 del 5 de agosto de 2019, reposaba en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Así las cosas, en atención al principio de eficacia descrito en el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y con el propósito de que las actuaciones administrativas logren su finalidad, que para este caso era la de obtener las copias referidas, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. autorizó las copias del expediente radicado con el No. 10016000101 2017 00156 (N.I. 293636).

Mediante auto del 2 de septiembre de 2019, dictado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Magistrado sustanciador, **CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA**, en el proceso radicado con No. 10016000101 2017 00156 (N.I. 293636), se ordenó expedir copia de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, así como de todo el expediente. La respuesta del Tribunal enunciado y el oficio por el cual se comunicó esta decisión a la Delegatura reposa en el Expediente de esta actuación administrativa bajo Rad. No. 17-14777-642, circunstancia que devela que las gestiones pertinentes para la práctica de esta prueba fueron puestas en conocimiento de los investigados y tercero interesado.

En esa medida, mediante oficio No. T95732 MACM del 3 de septiembre de 2019, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. remitió a la Delegatura la copia de la sentencia del 29 de abril de 2019 dictada por el Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito de Bogotá D.C., tal y como fue decretada en el numeral 6.2.7. del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución 33788 del 5 de agosto de 2019. En cuanto a la copia de las pruebas que sustentaron la sentencia del Juzgado, el Tribunal en mención solicitó que la Delegatura se acercara directamente a las instalaciones del Tribunal para que las recogiera presencialmente.

Por lo anterior, en lo que atañe a la copia de *"todas las pruebas que sirvieron de fundamento para esta decisión"*, mediante visita realizada el 5 de septiembre de 2019, la Delegatura acudió a la Secretaría de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., para obtener copia de todo el expediente tal y como lo ordenó el Tribunal en el auto del 2 de septiembre de 2019. El acta de esta visita reposa en el Expediente con el Rad. No. 17-014777-00662.

Por último, mediante Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019, la Delegatura informó que en el Expediente reposaban, entre otros, los documentos identificados con los Rad. Nos. 17-014777-00642-0001 (oficio por el cual se remitió copia de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia del Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá) y 17-014777-00662 (acta de visita la cual da cuenta de la copia que la Delegatura realizó de todo el expediente identificado con el No. 10016000101 2017 00156 (N.I. 293636). Del mismo modo, se explicó que estos radicados se encontraban a disposición de los investigados.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así las cosas, una vez descritas las gestiones realizadas, se advierte que existe identidad entre la prueba decretada con aquella que fue practicada en el curso del procedimiento administrativo. En efecto, se recaudó copia de la sentencia dictada por el Juzgado enunciado y se obtuvo copia del expediente en el cual reposan las pruebas que sirvieron de fundamento a tal decisión condenatoria, tal y como fue decretado en el numeral 6.2.7. del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019.

En segundo lugar, resulta indiferente que la prueba haya sido recaudada en las instalaciones del Juzgado Catorce (14) Penal del Circuito con Función de Conocimiento o en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., si, en definitiva, los documentos requeridos en la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019 fueron efectivamente recaudados y conocidos por los investigados. En efecto, para el momento de ejecución de esa orden, el expediente no se encontraba en el Juzgado Catorce (14) Penal con Función de Conocimiento del Circuito de Bogotá D.C., en virtud de la apelación formulada contra la sentencia condenatoria. De ese modo, en atención del principio de eficiencia y, se insiste, con el propósito de lograr la finalidad prevista en este trámite administrativo, la Delegatura realizó las gestiones necesarias para la consecución de las referidas copias ante la autoridad que tenía el expediente contentivo del proceso penal adelantado contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que las gestiones realizadas por la Delegatura para la práctica de esta prueba estaban en el Expediente desde el 5 de septiembre de 2019 y se informó de tal situación de forma expresa en la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019, sin que los investigados hubieran manifestado antes que se había configurado un supuesto vicio con la virtualidad de invalidar las referidas pruebas⁶⁴⁷.

Por otra parte, la validez de la obtención de copias como aquellas decretadas en el numeral 6.2.7. del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019 y su incorporación al Expediente, no está condicionada a que se informe de tal gestión a los investigados. No obstante lo anterior, se encuentran incorporados los documentos que daban cuenta de esa gestión. De manera que los investigados, en todo momento, tuvieron garantizada la posibilidad de hacer seguimiento a tales gestiones y formular sus reparos, máxime cuando reconocieron que tuvieron conocimiento o "noticia" del acta y pudieron acceder a las copias que fueron recaudadas.

En tercer lugar, contrario a lo sostenido por los investigados, no es cierto que no se hubiera corrido traslado de los documentos cuya copia fue obtenida en la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. En efecto, en la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019, se puede apreciar que se informó que tales documentos se habían incorporado al Expediente.

Adicionalmente, debe resaltarse que la circunstancia consistente en que en el enunciado acto administrativo se hubiere mencionado que tales documentos provenían del "**JUZGADO 14 PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**" no tiene la suficiencia o virtualidad para invalidar la práctica de la prueba. Como se indicó, razones objetivas justificaron el proceder de la Delegatura y ello quedó en evidencia en el Expediente. De manera que, aunque se haya señalado que los documentos provenían de esa autoridad, al constatar los Rad. No. 17-14777-00642-0001 y 17-14777-00662, los investigados podían advertir la procedencia de esos documentos y confrontar el contenido del decreto de la prueba en mención con las actividades realizadas por la Delegatura para su práctica.

⁶⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2006. Sobre este particular ha dicho la Corte Constitucional en sede de tutela lo siguiente: "Debe entenderse siempre que la relevancia de la prueba viene dada del hecho mismo de su decreto, siendo indiferente quién la haya solicitado y que, una vez definido el asunto de su relevancia, corresponde al juez, no a las partes del proceso, llevar a término el cumplimiento de lo decretado. Esto se traduce en que, tanto en los procesos penales como en los de cualquier otra naturaleza, la pertinencia de la prueba se decide al momento de su decreto y que, establecido esto, los jueces quedan obligados de manera compulsiva a lo que ellos mismos dispusieron, no contando con alternativa diferente que realizar todas las actuaciones tendientes a llevar a término el recaudo de las pruebas, sin que este deber deba relegarse a quienes son sujetos dentro del proceso".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así mismo, aunque expresamente no se haya incluido en la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019 la palabra "*traslado*", lo cierto es que se informó sobre la incorporación de los documentos, de manera que el propósito que se persigue con este tipo de actos procesales fue cumplido. En efecto, mediante la resolución referida se puso en conocimiento tales documentos con el propósito de que los investigados agotaran las gestiones que consideran pertinentes en relación con los documentos que fueron identificados. En tal medida, como cualquier documento que reposa en el Expediente, este puede ser susceptible de pronunciamiento por parte de los investigados, sin que se requiera que se tenga que formular una expresión en particular para que ello suceda.

De manera que, no puede considerarse que la ausencia de la expresión "*traslado*" o la no concesión de un término impidió un pronunciamiento al respecto, por lo que no se desconoce el derecho de defensa y contradicción. Es más, los investigados pese a tener conocimiento de la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019 no manifestaron ningún reparo sobre el particular.

En conclusión, los argumentos expuestos por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado para cuestionar la validez de ciertos medios de prueba se rechazan por completo debido a que (i) los referidos documentos fueron recaudados y puestos a disposición de los investigados en debida forma; (ii) desde la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019, los investigados tenían conocimiento sobre el decreto de la prueba en comento, y que esta sería incorporada al Expediente y (iii) se puso en conocimiento de los investigados que la prueba decretada había sido incorporada.

Además, algunos investigados reprocharon que en diferentes declaraciones se hicieron preguntas repetitivas e inductivas para que la respuesta del declarante se ajustara a la teoría del caso de la Delegatura, en desconocimiento del artículo 220 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso. Dicha censura tampoco tendrá ningún mérito de prosperidad en consideración a que precisamente la disposición procesal que se alega desconocida establece que si bien se rechazarán las preguntas "*superfluas por ser repetición de una ya respondida*", no es menos cierto que se podrán repetir preguntas que sean "*útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho*".

En sintonía con lo anterior, este Despacho debe señalar que las observaciones al Informe Motivado no son el momento procesal oportuno para cuestionar el tipo de preguntas que se realizaron durante una declaración, en razón a que, tal y como lo dispone el propio artículo 220 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, cuando se practica el interrogatorio es el escenario en que los investigados o sus apoderados "*podrán objetar preguntas*" por las causales de exclusión allí previstas y se resolverá de plano sobre tales reproches.

Por su parte, **EPISOL** sostuvo que ningún funcionario participó en el pago del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y que para la época de los hechos: (i) era solo un vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, que en últimas era quien tomaba las decisiones y (ii) no tenía planta de personal propia, solo un representante legal y no existe prueba de que su voluntad se manifestara a través de su representante legal, el cual ni siquiera está imputado.

Así mismo, reprochó que no se mencionó que algún empleado de **EPISOL** tuvo responsabilidad con el pago del soborno y su reembolso. De hecho, se desconocieron las pruebas y se realizó una nueva imputación consistente en que **EPISOL** participó en un sistema de reembolso de sobornos. De tal modo, alegó que quien conocía de los pagos era **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien no era empleado de **EPISOL**.

En relación con los pagos hechos por la **CONCESIONARIA**, **EPISOL** sostuvo que no tenía injerencia en la celebración de contratos y los pagos correspondientes. De tal modo, indicó que se pasó por alto que a la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA** únicamente se llevaban para su aprobación contratos que superaran dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000) y que los contratos de cuantía inferior podían ser aprobados por el presidente de la **CONCESIONARIA**, asignado por **ODEBRECHT**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Los anteriores argumentos no son de recibo para este Despacho, es importante señalar que las diferentes pruebas que fueron presentadas en acápites previos permiten comprobar que en la ideación, celebración y concreción del acuerdo anticompetitivo, en que se pactó con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una retribución económica como contraprestación por favorecer en la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**, se contó con el auspicio, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, vehículo de inversión de la primera, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

De hecho, se pudo establecer que el vehículo para realizar el respectivo ajuste de cuentas con ocasión de la retribución a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue **CONSOL**, del cual **EPISOL** era miembro y donde tenía empleados en misión, siendo una de las personas que aceptó los pagos **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en el consorcio constructor **CONSOL** desde 2010 hasta 2014). Lo anterior, sin perjuicio de que **EPISOL** tenía la facultad de supervisar el presupuesto de **CONSOL** y de autorizar "*todos los actos que generen gastos*" a través del Gerente de Administración Contractual.

13.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto al supuesto desconocimiento del principio de congruencia

Varios de los investigados en forma común afirmaron que existe una violación al principio de congruencia en el Informe Motivado al incluir nuevas imputaciones, teorías de infracción, hechos y, al modificar la acusación y aspectos sustanciales a lo establecido en la Resolución de Apertura de Investigación. Por ejemplo, los pagos irregulares posteriores a 2010 y el "*supuesto sistema*".

A juicio de **ODEBRECHT**, la Superintendencia de Industria y Comercio violó el principio de congruencia debido a que no existió claridad en el alcance de la conducta imputada, en algunos apartes se sostuvo que se limitaba a un "*soborno*" y, en otros, a un "*sistema*", pese a que dicha descripción no fue imputada y, mucho menos, analizada en la Resolución de Apertura de Investigación.

En los mismos términos, sostuvieron que existió una falta de congruencia entre la imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado en relación con el objeto del acuerdo celebrado con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y el supuesto reembolso del dinero al incluir un esquema que incluye otro tipo de "*pagos ilegales*". Así mismo, alegaron que en un principio se reconoció que la finalidad del soborno era el cumplimiento de "*los términos y condiciones*" del proceso contractual y, después, en un intento por dar una apariencia que no corresponde a la realidad se indicó, sin prueba alguna, que el objetivo era asegurar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Por último, censuraron que se generó una nueva teoría del caso, después de practicar las pruebas relativas a la conducta imputada, y se creó un nuevo cargo denominado "*pagos irregulares que hacían parte del sistema de reembolsos*", sin precisar a qué reembolsos se refiere, montos, fechas, empresas y cómo desde éstas fueron reembolsados.

Por otra parte, en forma común **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** sostuvieron que se cambió el alcance del marco temporal y conceptual denominado como "**PROCESO**" y se afirmó que los hechos anticompetitivos —*el supuesto "sistema anticompetitivo"*— se extendieron hasta 2017. En línea con lo anterior, señalaron que existió una falta de relación y cohesión entre los hechos de 2009 y 2010 con todos los demás hechos, los cuales carecen de vinculación con el acto anticompetitivo —*si en verdad existió*— del acuerdo entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Por su parte, **LUIZ ANTONIO MAMERI** indicó que la imputación únicamente se fundamentó en el ofrecimiento y pago de un soborno para garantizar que la **CONCESIONARIA** resultara adjudicataria.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Finalmente, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** alegó que se le violó el principio de congruencia al modificar la conducta anticompetitiva que se adecuaba a la infracción normativa. A su juicio, mientras la Resolución de Apertura de Investigación indicó que la conducta era "*para favorecer a la concesionaria ruta del sol*", en el Informe Motivado se plantea la responsabilidad por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y tolerado el acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Agregó que no se le imputó ningún cargo asociado a los pagos irregulares identificados como un sistema de reembolsos.

Los anteriores argumentos que en esencia se dirigen a alegar la existencia de una supuesta falta de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado serán rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

Debe comenzar este Despacho por señalar que en la presente actuación administrativa, los derechos y garantías constitucionales y legales de los investigados han sido plenamente garantizados durante todo el trámite administrativo, incluyendo por supuesto, el respeto al derecho de defensa y de contradicción que exige la necesidad de salvaguardar, como es apenas obvio, el principio de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación y la Resolución Sancionatoria.

Como es apenas lógico, el análisis de congruencia propuesto por los investigados debe partir por observar cuáles fueron los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación, aspecto que al parecer los investigados pasan por alto al alegar sin mayor fundamento la aludida incongruencia.

Mediante la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 se imputaron los siguientes cargos a los agentes de mercado y personas naturales investigadas:

Para los agentes de mercado (imputación jurídica):

"ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra los agentes del mercado relacionados en el cuadro que se presenta a continuación para determinar si, en los términos señalados en este acto administrativo, incurrieron en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

(...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Para las personas naturales (imputación jurídica):

"ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas relacionadas en el cuadro que se presenta a continuación para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos referidos en el ARTÍCULO PRIMERO de la Parte Resolutiva de este acto administrativo.

(...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, es claro que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron a los agentes de mercado investigados los cargos de:

(i) infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas);

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

(ii) infracción prevista en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 (prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia).

Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas ya mencionadas e imputadas a los agentes de mercado.

Las anteriores imputaciones tuvieron como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar, en la cual se recogieron diversas pruebas con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos, situación común en las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento del procedimiento previsto en las normas especiales y en el estatuto procesal administrativo aplicable.

El cargo formulado a los investigados en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó una dinámica consistente en suscribir contratos que carecían de soporte para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del Sector 2 de la Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, y dado que esos pagos adicionales siguieron la misma lógica que caracterizó el pago derivado del acuerdo anticompetitivo, se le atribuyeron propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones⁶⁴⁸ contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en acápites previos. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que no existe ningún desconocimiento del principio de congruencia.

Tampoco puede olvidarse que, según se dijo en la Resolución de Apertura de Investigación, la **CONCESIONARIA**, a la cual pertenecía **ODEBRECHT** y **EPISOL**, este último vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, constituyó el instrumento jurídico que hizo posible la materialización de la conducta infractora, pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable para la ejecución del sistema anticompetitivo, esto es, la firma del respectivo contrato estatal de concesión y la materialización de pagos ilícitos durante toda su ejecución, comportamientos que hacían parte de las conductas investigadas, e incluso en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que, hasta ese momento, las pruebas sugerían la existencia de un sistema anticompetitivo⁶⁴⁹ que, como se ha demostrado con suficiencia, en este acto administrativo fue plenamente corroborado.

Es evidente que se pretende adoptar como estrategia de defensa, tergiversar convenientemente la imputación fáctica a determinados hechos, con el objetivo de acotar el campo de acción de las conductas reprochadas y, por ende, excluir la sistematicidad de lo ocurrido, para en ese escenario sin razones jurídicamente atendibles alegar un supuesto desconocimiento del principio de congruencia.

De acuerdo con lo anterior, no puede ser de recibo la lectura, por demás acomodada que hacen los investigados del Informe Motivado para pretender señalar que se creó una "*nueva teoría del caso*" o un "*nuevo cargo*", cuando es evidente que la imputación fáctica y jurídica fue clara y precisa.

En este caso, es relevante señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la obligación legal de valorar todas las pruebas que obren en el Expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo⁶⁵⁰, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone

⁶⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

⁶⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 162.

⁶⁵⁰ Código General del Proceso. "**Artículo 164. Necesidad de la prueba.** Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

la imputación fáctica y jurídica. Hecho ese ejercicio, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en el Informe Motivado y en el presente acto administrativo cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del Expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación y (iii) guardan plena relación con la imputación fáctica y jurídica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación.

Al respecto el Consejo de Estado ha indicado que:

"Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio."⁶⁵¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De otra parte, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

"La Sala estima que el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que sustancialmente es la misma conducta por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas."⁶⁵² (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Adicionalmente, debe indicarse que las resoluciones de apertura de investigación, nunca contienen obligatoriamente una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en un expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que tan solo es requerido que contengan las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar una investigación formal, tendiente a demostrar si las presuntas conductas anticompetitivas en efecto se cometieron, y no necesariamente una mención y valoración de todas y cada una de las pruebas recaudadas.

En efecto, el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, señala que "Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su (sic) solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación". Por lo tanto, la apertura de investigación, lógicamente, solo puede indicar las conductas o cargos imputados y los hechos que hasta ese momento resultan suficientes para que esta Superintendencia considere necesario realizar dicha imputación, pero jamás una transcripción de todos los elementos probatorios que hacen parte de un expediente formado por la etapa previa de indagación preliminar, pues ello sería absurdo.

El mismo artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece que cuando se ordene "abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes". Como es apenas obvio, esta oportunidad para solicitar y aportar pruebas, está prevista tanto para presentar las que considere pertinentes, como también para controvertir las pruebas que ya obren en el expediente y que pudieron haber sido recaudadas en la etapa de averiguación preliminar, con lo cual se garantiza plenamente el derecho de defensa protegido por el artículo 29 de la Constitución Política y demás normas aplicables.

⁶⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Rad. No. 110010325000 2011 00674 00 (2601-11).

⁶⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2014. Rad. No. 250002324000 2002 00176 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así, lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben valorarse en la investigación son los cargos sobre la comisión de conductas restrictivas de la competencia imputados (imputación fáctica y jurídica). En este sentido, si bien las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las conductas imputadas en la apertura, también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar complementarias dentro del ámbito de los cargos formulados, sin que ello implique violación alguna del principio de congruencia como copiosamente lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrinal nacional.

Los cargos formulados en una resolución de apertura de investigación se refieren a la afirmación que hace la Superintendencia de Industria y Comercio en el sentido de que unas personas presuntamente han incurrido en la conducta calificada por la ley como restrictiva de la libre competencia económica. La investigación se abre para determinar si aquellos a quienes se dirige esa imputación incurrieron o no en esa endilgada conducta y, para ello, es obligatorio para cualquier autoridad administrativa, al momento de resolver de fondo (sancionar o exonerar) analizar todas las pruebas que obran en el expediente, bien sea las recaudadas en la investigación preliminar o en la etapa de investigación formal. Ninguna prueba que obre en el expediente, puede ser inadvertida por el funcionario que deba adoptar la decisión final.

En ese orden de ideas, una resolución de apertura de investigación no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación fáctica y jurídica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente. Todo obliga a que al momento de la sanción se haga una valoración jurídica de todas las pruebas que obran en el expediente, que hayan sido regular y oportunamente allegadas y frente a las cuales los investigados pudieron controvertirlas, para establecer si se ha realizado o no una conducta contraria a la norma que se imputa como transgredida, tal y como se ha explicado anteriormente y con suficiencia.

Quiere decir lo anterior, que una resolución de apertura de investigación no genera el efecto de congelar la actuación administrativa, como lo quieren dar a entender los investigados. Por el contrario, es a partir de este momento que el trámite entra en su momento más dinámico desde el punto de vista probatorio, donde los investigados, luego de estudiado el expediente y las pruebas que lo componen, pueden aportar, solicitar pruebas o controvertir las existentes. Es aquí, donde los investigados o sus apoderados, según fuere el caso, deben ser diligentes en estudiar el expediente con toda rigurosidad, identificando las pruebas que lo conforman y el contenido material y alcance de las mismas, para que en la oportunidad de descargos puedan solicitar la práctica de pruebas y aportar las que consideren necesarias para contrarrestar los cargos imputados.

Aceptar la tesis sobre una supuesta incongruencia planteada por los investigados conllevaría al absurdo de pensar que el acto administrativo de sanción o de archivo de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la resolución de apertura de una investigación, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria.

La anterior posición ha sido validada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como puede observarse, entre otras muchas decisiones judiciales, al determinar con claridad más que meridiana, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, cuando se trata de pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación:

"(...)

VII CONSIDERACIONES DE LA SALA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

(...) En ese marco, se tiene **que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada** (...)

Sobre este aspecto, es importante advertir que **el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente** (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...) ⁶⁵³ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Obsérvese que la jurisprudencia administrativa, como es apenas obvio, entiende que si en la etapa de instrucción las pruebas denotan la existencia de hechos adicionales que se enmarcan dentro de la imputación fáctica y jurídica, nadie podría alegar que, el recoger esos hechos adicionales en la decisión final vaya en contravía del principio de congruencia. Se reitera que sostener lo contrario, es suponer que la decisión final debe ser una copia de la resolución de apertura de investigación, lo que desquiciaría por completo cualquier procedimiento administrativo sancionatorio.

La Corte Constitucional, citando a la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que:

"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible" (...) ⁶⁵⁴ (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En consecuencia, la relación de las conductas como reprochadas en la Resolución de Apertura de Investigación, no impide que en el transcurso de la investigación, y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas o de las obrantes en el Expediente, la autoridad advierta circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió la conducta anticompetitiva objeto de la imputación, pues precisamente la investigación administrativa tiene como finalidad establecer si se ha incurrido o no en las conductas anticompetitivas imputadas.

En ese orden de ideas, la resolución que abre la respectiva investigación administrativa establece preliminarmente cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas para establecer o no su existencia, pues serán los elementos recaudados durante la indagación preliminar y la investigación los que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación administrativa para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia.

De este modo, las pruebas practicadas en la averiguación preliminar o en la investigación formal pueden servir no solo para ahondar las razones que motivaron el inicio de la actuación administrativa, sino que también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar que complementen las conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación, sin que en ningún momento ello implique que se termine sancionando por una conducta diferente a la imputada inicialmente o que se haya vulnerado el principio de congruencia, como erradamente lo han alegado los investigados en sus observaciones al Informe Motivado.

⁶⁵³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 00414.

⁶⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

13.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto al supuesto desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad

En forma común varios de los investigados alegaron que no se configuraron los elementos de la definición de "*acuerdo anticompetitivo*". En ese sentido, sostuvieron que la conducta es atípica debido a que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ha sido interpretado como un acuerdo entre oferentes (agentes competidores) y no entre un oferente y un funcionario público.

De otra parte, **ODEBRECHT** indicó que existe doctrina probable —*Resoluciones No. 40901 de 2012, 54693 de 2013, 81391 de 2017*— en la Superintendencia de Industria y Comercio en que un acuerdo, tal y como lo determina la legislación, requiere la concurrencia de dos (2) o más agentes de mercado, a saber, empresas competidoras. De hecho, en la Resolución No. 42543 de 2020 se indicó, en relación con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que la conducta solo puede ser cometida por los agentes del mercado que efectivamente concurren a los procesos de selección contractual del Estado y no por otros agentes.

Adicionalmente, **CORFICOLOMBIANA** indicó que la expresión "*tendientes a limitar la libre competencia*" del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 es indeterminada y por excepción de inconstitucionalidad la Superintendencia de Industria y Comercio debe abstenerse de aplicarla.

De otra parte, **EPISOL** alegó que bajo el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no puede considerarse restrictivo de la competencia el hecho que un miembro del consorcio realice pagos —*no autorizados por los demás miembros*— sin que para ese efecto se demuestre la finalidad ilícita de cada pago y, sobre todo, demostrar la forma en que tales pagos afectaron a otros competidores.

Finalmente, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** señaló que no se cumplió con la bilateralidad en el acuerdo y sistema de pagos y reembolsos, debido a que es imposible sostener que en el caso en concreto concurren más de dos (2) empresas, cuando la prueba indica que todos los pagos que se reprochan corresponden a la operación de la **CONCESIONARIA** y de **CONSOL**, que no es persona jurídica diferente.

Visto lo anterior, debe indicarse que los argumentos esgrimidos por los investigados en que alegan una supuesta violación de los principios de legalidad y tipicidad en relación con la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primera medida, como lo ha señalado abundante jurisprudencia⁶⁵⁵ sobre la materia, uno de los elementos definitorios del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado que su definición implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Sobre el principio de legalidad, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

"El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al

⁶⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2016. Rad. No.: 110010306000 2016 00128 00.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: **las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que él es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado**"⁶⁵⁶ (Negrilla fuera texto original).*

Como puede apreciarse, desde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas adquiere una mayor relevancia, y constituye un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo. En efecto, sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido categórica en distinguir que:

"La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos."'⁶⁵⁷ (Negrilla fuera texto original).

En tal medida, la extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa —control posterior—, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional⁶⁵⁸ ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

"La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública." (Negrilla fuera texto original).

⁶⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

⁶⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así, los principios de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que "[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)"⁶⁵⁹.

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional⁶⁶⁰ ha considerado que "(...) las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.**" (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

Bajo ese derrotero, debe recordarse que la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, a partir de la cual se censura el sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica que, en su primera fase, incluyó un acuerdo ilegal analizado a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es una infracción que debe "(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece", tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

En ese orden de ideas, esta Superintendencia⁶⁶¹ y la propia Corte Constitucional⁶⁶² han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En tal medida, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado⁶⁶³. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992 —i.e. numeral 9—, sino por el contrario, las incorpora.

⁶⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2012. Así mismo, en Sentencia C-860 de 2006, se consideró que: "(...) la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción (...)".

⁶⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017 y Sentencia C-921 de 2001. Así mismo, en Sentencia C-564 de 2000, se consideró que: "(...) en suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica."

⁶⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

⁶⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

⁶⁶³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De esa forma, la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que incluso no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

Es relevante anotar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017 declaró exequible la expresión "*y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*", contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. En esa medida, la pretendida excepción de inconstitucionalidad por parte de **CORFICOLOMBIANA**, además de tardía y absolutamente impertinente, denota un absoluto desconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

En ese orden de ideas, en otras oportunidades esta Superintendencia ha considerado que "(...) *en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la prohibición general como son las "prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*⁶⁶⁴.

Por su parte, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades —concertación de voluntades— que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en la cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibidem*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir "(...) *todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Así las cosas, no es posible aceptar los argumentos de los investigados con que pretenden alegar un desconocimiento del acuerdo ilegal que idearon, celebraron y ejecutaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para garantizar la adjudicación de Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que, a su juicio, el acuerdo anticompetitivo solo se perfecciona entre oferentes (competidores) y no entre un oferente y un funcionario público. Como tampoco puede ser de recibo el argumento de **ODEBRECHT** respecto a que existe doctrina probable.

Semejante interpretación olvida que la intención del legislador al señalar en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que lo previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia, que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, se aplicará respecto de todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, fue precisamente, tal y como lo prevé su objeto en el artículo 1 *Ibidem*, "*actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados (...) y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica*".

Lo anterior es completamente coherente con las conductas identificadas a nivel internacional a través de las cuales las empresas intentan escapar a la presión competitiva en los procesos de contratación pública. Sobre el particular, la **OCDE** no solo considera las relaciones horizontales entre licitadores, sino además relaciones verticales entre uno o más licitadores y un funcionario público. Al respecto ha considerado que:

⁶⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

"La envergadura de las licitaciones públicas puede generar una fuerte competencia, pero las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva mediante la colusión y el cohecho.

- **La colusión es una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia y, en la contratación pública, perjudica al adquirente público.** En la colusión en un procedimiento de licitación, el precio pagado por la administración pública por los bienes o servicios se incrementa de forma artificial. En situaciones normales, en un proceso de contratación, los licitadores independientes compiten unos contra otros para alzarse con el contrato, y es precisamente ese mecanismo el que permite obtener la mejor rentabilidad.
- **La corrupción implica una relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación.** Se trata ante todo de un problema entre representado y agente, ya que el agente (el funcionario contratante) se enriquece a expensas de su representado, es decir, el adquirente público (o, de forma general, los ciudadanos). En una contratación, la corrupción surge cuando el agente del adquirente encargado de la contratación se ve influenciado para diseñar el proceso de contratación o alterar su resultado con el fin de beneficiar a una empresa en particular a cambio de sobornos u otras recompensas. La corrupción socava el crecimiento e impide el desarrollo a largo plazo, crea inestabilidad política y exacerba las desigualdades.⁶⁶⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Además, debe tenerse en cuenta que la interpretación convenientemente restrictiva realizada por los investigados para señalar que el acuerdo necesariamente requiere la concurrencia de dos (2) empresas competidoras, no solo desconoce el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 y que los acuerdos descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no excluyen los verticales, sino también el principio hermenéutico del efecto útil de las normas. Al respecto, la Corte Constitucional considera que:

"(...) el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable. Este criterio hermenéutico encuentra indudables puntos de contacto con diversos principios constitucionales. Así por ejemplo, cuando se aplica a la interpretación de disposiciones constitucionales, es un desarrollo de los principios de supremacía y del carácter normativo de la Constitución; cuando se aplica a la interpretación de disposiciones legales, permite concretar la voluntad del legislador y, en consecuencia, salvaguardar el principio democrático." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, de acuerdo a dicho principio hermenéutico, cuando una disposición jurídica derive dos o más interpretaciones, una de la que se emanan efectos y otra en la que no los produce; o una en la que produzca menos efectos que en otra, habrá de preferirse aquella interpretación que produzca plenos efectos, en el entendido que el legislador no hace normas inútiles, máxime cuando la propia Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, reiteró que "(...) las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica."⁶⁶⁶ (Negrilla fuera de texto original).

Bajo ese entendimiento, patrocinar los argumentos de los investigados en que alegaron que no se configuraron los elementos de la definición de "acuerdo anticompetitivo" o no se cumplió con su bilateralidad, sería tanto como afirmar que el legislador dejó en la absoluta impunidad aquella "relación vertical entre uno o más licitadores y un funcionario de contratación", que como lo afirma la OCDE es una de las formas en que "las empresas pueden intentar escapar a la presión

⁶⁶⁵ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

⁶⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

competitiva". Semejante interpretación no solo desconocería el principio hermenéutico del efecto útil de las normas referido previamente, sino además pasaría completamente por alto que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al actualizar la normatividad de competencia, señaló expresamente que la misma le es aplicable a todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

DÉCIMO CUARTO. Impacto de la conducta en el mercado

A continuación este Despacho procederá a ilustrar el impacto que la conducta tuvo en el mercado. Si bien lo anterior no resulta necesario para concluir sobre la responsabilidad de los investigados respecto de la infracción, para la Superintendencia de Industria y Comercio es necesario que se conozca el efecto negativo significativo que este tipo de conductas anticompetitivas generan en la economía.

En el 2019, de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - **DANE**, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 1.061 billones de pesos, de los cuales 163.8 billones correspondieron al gasto de consumo del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía. Lo anterior es ilustrativo de la importancia de las compras públicas, a través de las cuales el gobierno se abastece de bienes y servicios necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al Estado mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

En 2017, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - **CEPAL**⁶⁶⁷ destacó que las compras realizadas por el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, comprenden una serie de beneficios agrupados en las siguientes categorías: **(i)** utilidad pública; **(ii)** de carácter administrativo; y **(iii)** de tipo económico, las cuales deben converger hacia un fin último y es el de satisfacer necesidades sociales. Por su parte, de acuerdo con la **OCDE** (2017)⁶⁶⁸, el principal objetivo de una política efectiva de compras por parte del Estado es "*el fomento de la eficiencia y el alcance de la mejor relación entre calidad y precio*".

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que en un proceso de contratación pública se cometa cualquier tipo de conducta para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el Estado, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino el interés de los proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas son consideradas como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

En últimas, principios como la igualdad y la selección objetiva en los que se basa la contratación estatal en Colombia encuentran fundamento en consideraciones de libertad de competencia económica, en la medida en que se apoyan en la libertad de acceso para los proponentes, en la transparencia en materia de requisitos y condiciones, y en la existencia de una sana rivalidad que conduzca a la formulación de la mejor oferta para las entidades contratantes. De ahí la importancia

⁶⁶⁷ CEPAL. (2017) "Estudio Económico de América Latina y el Caribe". (LC/PUB.2017/17-P). Santiago de Chile.

⁶⁶⁸ OCDE. (2017). "*Contratación Pública: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos*". Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OCDE, París.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de su consideración y análisis al momento de evaluar conductas anticompetitivas en el marco de procesos de contratación estatal.

En el presente caso, las conductas reprochadas fueron desplegadas antes, durante y con posterioridad al Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, en particular en lo referente al Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, desarrollado por el entonces INCO.

Es importante recordar que el Plan Nacional de Desarrollo "*Hacia un Estado Comunitario: 2002-2006*" reafirmó como política nacional, impulsar la participación privada en el desarrollo de la infraestructura con el objetivo de (i) fomentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; (ii) promover la competencia; (iii) eliminar la presión fiscal que generaba la financiación y operación pública de los proyectos y servicios; (iv) aumentar los flujos de inversión local y extranjera y (v) promover el desarrollo del mercado de capitales.

En línea con la política pública orientada a mejorar y expandir la capacidad de la infraestructura física de los corredores de transporte terrestre⁶⁶⁹, el Gobierno Nacional elaboró documentos para establecer las directrices encaminadas a materializar esa política. Uno de esos instrumentos es el documento del CONPES No. 3413 del 6 de marzo de 2006⁶⁷⁰, el cual declaró de importancia estratégica el "*Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 - 2014*" y adoptó varios lineamientos de política para su puesta en marcha. Entre otros, promover el desarrollo de proyectos de concesión vial que tengan un impacto favorable en la productividad y competitividad del país, así como el consistente en fomentar la participación privada en el desarrollo del programa.

En el mencionado documento, el **MINISTERIO DE TRANSPORTE** y el **INCO** identificaron proyectos preliminares que tendrían un impacto directo sobre la productividad y competitividad del país en materia de infraestructura. Entre dichos proyectos se encontraba el Proyecto Ruta del Sol, que fue considerado como uno de los principales corredores viales del país en la medida en que, mediante el desarrollo de actividades de rehabilitación y ampliación de la vía existente, conectaría a Bogotá con la Costa Caribe mediante 1.071 kilómetros de recorrido y tendría una inversión estimada para su realización de dos mil quinientos millones de dólares (USD 2.500.000.000)⁶⁷¹.

En este sentido, resulta evidente que una correcta ejecución del proyecto permitiría una reducción significativa en los costos de operación de los vehículos de carga y pasajeros, disminución en los tiempos de viaje, entre otros, que redundaría en aumentos en la productividad de los sectores económicos y, por ende, en sus beneficios.

En 2009, momento en el cual inició el proceso de contratación, Colombia ocupó uno de los últimos lugares en el Índice de Competitividad Global del Foro Económico Mundial, en lo relacionado con la infraestructura, siendo su oferta inadecuada uno de los principales factores problemáticos para hacer negocios en el país. En dicho pilar, particularmente, de 133 países evaluados, Colombia obtuvo el puesto 101 en calidad de las autopistas y vías en general, representando así una desventaja competitiva para la economía del país⁶⁷². Es importante resaltar que dicho resultado fue relativamente similar para años inmediatamente anteriores y posteriores.

Estudios como el elaborado por **FEDESARROLLO** (2013)⁶⁷³ soportan tal conclusión. Para dicho centro de investigación, en Colombia existe un rezago general en la infraestructura de las vías, particularmente en carreteras. De acuerdo con el estudio, los indicadores del país nunca superan la mediana latinoamericana, ni la de todos los países en desarrollo y el bajo nivel de dotación de

⁶⁶⁹ Cfr. Documento CONPES No. 3413 del 6 de marzo de 2006.

⁶⁷⁰ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁶⁷¹ Folio 3316 al 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente.

⁶⁷² Foro Económico Mundial. Índice de Competitividad Global 2009-2010. Consultado el 7 de septiembre de 2020. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2009-10.pdf.

⁶⁷³ Fedesarrollo (2013). Infraestructura de Transporte en Colombia. Marzo de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

infraestructura se encuentra agravado por problemas de calidad en la misma y bajos niveles de inversión pública, así como factores institucionales que no han estimulado suficientemente la inversión privada.

Lo anterior implica que cualquier esfuerzo que se realice en el sector para intentar cerrar esta brecha no debería tener obstáculos para su correcta implementación de modo que suponga beneficios significativos para el desarrollo y que estos últimos no disminuyan o se anulen por conductas de los agentes participantes en el mercado.

Ahora bien, es importante enfatizar en la envergadura que representa un proyecto como el de la Ruta del Sol, de gran importancia para la conexión entre diversas regiones del país, y cuyo valor adjudicado fue por más de 2 billones de pesos para el Sector 2, relevante en la presente investigación. Este valor representó un poco más del 20% del Producto Interno Bruto de construcción de carreteras y vías de ferrocarril, de proyectos de servicio público y de otras obras de ingeniería civil de Colombia en 2009, de acuerdo con cifras del **DANE**.

Lo anterior, aunado con el hecho de que el sistema anticompetitivo habría causado una eliminación de la competencia por el Sector 2, materializada en que la oferta económica ganadora representaba el 100% del valor de las vigencias futuras que el **INCO** podía comprometer, tal y como lo estableció en Resolución No. 641 de 2009 —situación que no sucedió para el Sector 1 como se explicó con detalle anteriormente—, resulta ilustrativo de la dimensión del acuerdo anticompetitivo desplegado y de su capacidad de afectar los niveles de inversión en infraestructura del país, con lo cual el efecto que sobre el mercado han tenido este tipo de conductas puede llegar a ser desproporcional.

Es decir, teniendo en cuenta que el sistema anticompetitivo desplegado también implicó la eliminación de competidores, se hace aún más entendible por qué la entidad contratante no pudo beneficiarse de un escenario de libre competencia por el mercado y resultó adjudicando el proyecto comprometiendo la totalidad de sus vigencias futuras aprobadas para el proyecto —con un ahorro de 0% en este componente del valor de la propuesta como se indicó en acápites anteriores—, con un ahorro de apenas 6,5% y, potencialmente, con condiciones sub óptimas respecto de un escenario contrafactual en el que sí hubiese habido competencia efectiva en el proceso contractual.

Es importante resaltar que el efecto negativo relacionado con el porcentaje de ahorro percibido por la entidad contratante incluye el valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000), correspondiente a la retribución económica a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, cifra que en cualquier caso se encuentra subestimada pues no incluye las ineficiencias derivadas de la restricción a la competencia que, se reitera, eliminaron cualquier posibilidad de ahorro por parte de la autoridad contratante, pero que sí implicó un sobre costo para el Estado.

De las comparaciones contrafactuales que llevó a cabo este Despacho respecto de: (i) un escenario en el que la **CONCESIONARIA** hubiese competido con **VÍAS DEL SOL** y (ii) la competencia efectiva que sucedió en la adjudicación del Sector 1, pudo determinarse que el ahorro obtenido por el **INCO** como resultado del sistema anticompetitivo desplegado, que se recuerda fue de 6,5% respecto del presupuesto oficial, fue bajo. En el primer caso, el ahorro que hubiese sucedido de haber competencia en el Sector 2 hubiese sido de [REDACTED] % que corresponde a una diferencia superior a \$ [REDACTED] respecto de la propuesta que resultó adjudicataria, mientras que en el segundo caso se determinó que el ahorro obtenido por el **INCO** en el Sector 1 fue de 20,85% lo que equivalió a más de \$253.000.000.000.

Sobre las condiciones sub óptimas de contratación que se presentaron como consecuencia del sistema anticompetitivo desplegado, este Despacho encuentra su fundamento en adiciones que fueron firmadas con posterioridad y que, como se probó con suficiencia, hicieron parte del sistema anticompetitivo en tanto permitieron a los investigados recuperar lo perdido al realizar una oferta menor al presupuesto máximo oficial —"propuesta intermedia". Incluso, se demostró que dichas adiciones permitieron a **CONSOL** aumentar sus utilidades respecto de la situación inicial, pasando de un margen de 10,88% a 14,5%.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Por otro lado, como lo ha indicado el Consejo de Estado, los cambios o ajustes a los contratos estatales, como el que se presentó en este caso, no pueden suponer para el contratista una situación más ventajosa de la que tenía inicialmente frente a los otros interesados y oferentes — competidores— durante el proceso de contratación debido a que puede "(...) *inferirse razonablemente que la modificación contractual que se pretenda efectuar, de haberse hecho durante el proceso de selección, hubiera implicado la participación de oferentes adicionales, o una variación en las condiciones de participación de los proponentes y/o en el orden de elegibilidad de sus ofertas, en relación con la que se tuvo en cuenta para la adjudicación*"⁶⁷⁴. Así, el efecto exclusorio sobre los competidores anteriormente mencionado, genera efectos mucho más significativos.

En el presente caso, se reitera que como consecuencia de la adición contractual "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL", que tuvo un valor de \$1.204.400.007.321, el valor inicial de Contrato de Concesión No. 001 de 2010, inicialmente adjudicado por \$2.094.286.000.000, se incrementó a un total de \$3.298.686.007.321, es decir, tuvo un aumento aproximado del 57,5%.

Lo anterior, tal y como lo indicó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, tenía como objetivo principal compensar cualquier presión competitiva a la que se hayan visto sometidos en el proceso de licitación para aumentar las utilidades de la **CONCESIONARIA** en la ejecución del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

Finalmente, es importante resaltar que toda vez que el acuerdo anticompetitivo se llevó a cabo con un alto funcionario del Estado como **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, las anteriores cifras y demás consideraciones fallan en reflejar la afectación que el mismo generó sobre la confianza de los agentes económicos para participar en procesos de contratación pública, al menos en los relacionados con el INCO.

Así las cosas, los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados son extremadamente costosos en términos de pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante y el pago derivado del acuerdo anticompetitivo, costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de competencia y la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público, que no solo representó una grave afectación al bien jurídico de la libre competencia en los procesos de contratación con el Estado, sino que a su vez desconoció los principios elementales de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez y lealtad⁶⁷⁵.

Sobre estos aspectos, la **OCDE**⁶⁷⁶ ha señalado que la distorsión del proceso de contratación mediante la colusión o la corrupción suele tener un efecto particularmente perjudicial en el contexto del sector público. Una contratación pública eficaz determina la calidad de la infraestructura y los servicios públicos e incide en la variedad y la penetración de la infraestructura y los servicios que un Estado puede proporcionar a sus ciudadanos.

La contratación pública es una cuestión de máxima importancia para el desarrollo económico de un país: (i) los bienes y servicios objeto de contratación pública suelen afectar a una gran parte de la población; (ii) la contratación pública atañe a menudo a la infraestructura física o a la salud pública, lo que respalda otras formas de actividad económica; (iii) repercute en la competitividad internacional; (iv) puede tener consecuencias en el clima de inversión; (v) la distorsión de la contratación pública suele hacer pesar los efectos más perjudiciales sobre las personas más desaventajadas de la sociedad, que dependen en mayor medida de los servicios y la infraestructura

⁶⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de agosto de 2017. Rad. No. 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346).

⁶⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 de 2019.

⁶⁷⁶ **OCDE**, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

públicos y (vi) la contratación pública suele tener por objeto "*bienes públicos*", por lo que los mecanismos del mercado privado no pueden responder a las insuficiencias generadas por la colusión o la corrupción⁶⁷⁷.

Además, se merma la confianza en el gobierno y el mercado, inhibiendo la inversión y en última instancia el desarrollo económico de un país. El dinero perdido por la distorsión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de colusión o corrupción en la contratación pública puede disminuir la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo⁶⁷⁸.

DÉCIMO QUINTO. Responsabilidad de los investigados

15.1. Responsabilidad de los agentes de mercado

15.1.1. Responsabilidad de ODEBRECHT

Para este Despacho quedó probada la responsabilidad de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. —ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.—** como consecuencia de promover, liderar y ejecutar directamente un sistema que limitó la libre competencia económica mediante diferentes conductas que tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Dichas empresas promovieron y orquestaron un sistema anticompetitivo desde los inicios del Proyecto Ruta del Sol, cuando desplegaron diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración. Luego, en una primera fase del sistema anticompetitivo, lideraron la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** a la que pertenecían y, posteriormente, en una segunda fase, valiéndose de la instrumentalización de diferentes contratos, a través de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y una estrategia de compensación, lograron dividir los costos del pago derivado del acuerdo ilegal y, a su vez, extraer la mayor utilidad posible en la ejecución del Proyecto Ruta del Sol, objetivos que, como presupuesto para su materialización, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Este sistema anticompetitivo se desplegó en dos (2) fases a través de una compleja y sofisticada estructura ilegal que, valiéndose convenientemente de su organización empresarial preestablecida, contempló un reparto específico de diversos roles y distintas tareas, para que funcionara de manera concertada y plenamente coordinada, con la finalidad de cometer las dinámicas y estrategias advertidas e inequívocamente dirigidas a la consecución de un propósito específico, en este caso, limitar la libre competencia económica. Cada comportamiento desplegado en las distintas fases estuvo interconectado por propósitos comunes, cada conducta fue presupuesto o consecuencia de otra, y compartían rasgos particulares que dejaban en evidencia no solo su sistematicidad, sino también la continuidad o prolongación en el tiempo del sistema anticompetitivo.

En esta medida, se estableció que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. —ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.—** hicieron parte del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, a quien dado el *modus operandi* de **ODEBRECHT** se le

⁶⁷⁷ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

⁶⁷⁸ OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

conoció como "costeño", en que finalmente se pagó una retribución económica por valor de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000), con recursos no contabilizados y vía *offshore* a través de la división de operaciones estructuradas, como contraprestación por garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**.

De esta manera, se demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** realizó los acercamientos iniciales con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien, como se puede evidenciar a continuación, en la carta de presentación de la "Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S", representaba a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y a **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.**

Imagen No. 29. "Carta de presentación de la propuesta"

ESTRUTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. BAJO LA SIGLA CRS

Firma del representante legal del Proponente	
	
Luiz Antonio Bueno Junior C.E. 370.013 de Bogotá	
Miembros	
 Construtora Norberto Odebrecht S.A. Luiz Antonio Bueno Junior C.E. 370.013 de Bogotá	 Construtora Norberto Odebrecht S.A. Amilton Hideaki Sendai C.E. 372.177 de Bogotá
 Odebrecht Investimentos em Infra-Estrutura Ltda Luiz Antonio Bueno Junior C.E. 370.013 de Bogotá	 Odebrecht Investimentos em Infra-Estrutura Ltda Amilton Hideaki Sendai C.E. 372.177 de Bogotá

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁶⁷⁹ (Recuadro rojo no original)

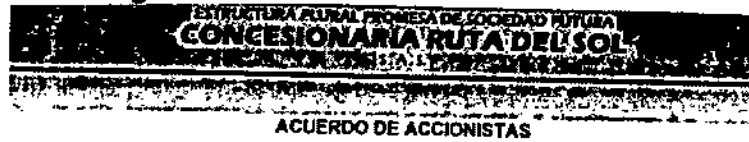
De hecho, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** actuó como representante tanto de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** como de **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** Al respecto, en el acuerdo de accionistas celebrado con **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA**, se evidencia que:

ESPACIO EN BLANCO

⁶⁷⁹ Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Carpeta: "Licitación Ruta del Sol", Carpeta: "Licitación ruta del sol 1 y 2", Archivo: "Caja 10 Carp. 61.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 30. "Acuerdo de accionistas"



A los 12 días del mes de noviembre de 2009, en la ciudad de Bogotá D.C. entre los suscritos, por una parte **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA** sociedad limitada debidamente constituida en la ciudad de Rio de Janeiro, Estado de Rio de Janeiro, República Federativa de Brasil, inscrita en el CNPJ/MF bajo el No. 07.668.258/0001 - 11° piso y **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, sociedad anónima debidamente constituida en la ciudad de Rio de Janeiro, Estado de Rio de Janeiro, República Federativa de Brasil, inscrita en el CNPJ/MF bajo el No. 15.102288/0001-82 - 11° piso representadas en este acto por los señores **LUIZ ANTONIO BUENO JÚNIOR** y **AMILTON HIDEAKI SENDAI**, mayores de edad, identificados con las Cédulas de Extranjería 370.013 y 372.177, respectivamente, quienes actúan en su calidad de Representantes Legales, según consta en los poderes especiales debidamente otorgados adjuntos al presente documento, en adelante denominadas "OII" y "CNO", por otra parte, y **ESTUDIOS Y PROYECTOS**

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁶⁸⁰

En línea con lo anterior, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, en nombre de ambas empresas, efectuó diferentes insinuaciones a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con la finalidad de abonar el escenario propicio para pactar una retribución económica como contraprestación por garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol en favor de la **CONCESIONARIA**.

También se evidenció que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** participaron en la obtención del concepto jurídico que solicitó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como consecuencia de las presiones y amenazas realizadas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en el monitoreo al cumplimiento del acuerdo anticompetitivo.

Incluso, se determinó que en la obtención del concepto jurídico participaron otros funcionarios vinculados tanto a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** como a **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** Sobre el particular, se cuenta con un correo electrónico del 15 de diciembre de 2009 remitido, con alta importancia, por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con copia a **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** (asesor de **CORFICOLOMBIANA** para la Licitación Pública SEA-LP-001-2009).

Se comprobó que existió una participación coordinada y plenamente concertada por parte de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con el propósito de elaborar y entregar el particular concepto jurídico exigido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien reconoció que para tal efecto existió una especie de repartición de roles⁶⁸¹.

Respecto a lo anterior, es importante señalar que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** también estaba relacionado con **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** A modo de ejemplo, tal y como se aprecia en los documentos que acompañaban la propuesta de la "*Estructura plural promesa de sociedad futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S*", este aceptó el poder otorgado por dichas compañías.

⁶⁸⁰ Folio 15313 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: "ENTREGA SIC CFC", Carpeta: "V 03", Carpeta: "b) Acuerdo de accionistas CRDS", Archivo: "2009-11-12 CRDS_ACUERDO_ACCIONISTAS_firmado notaria".

⁶⁸¹ Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 1:05:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 31. Aceptación Poderes ODEBRECHT

DOCUMENTO DE ACEPTACION DE PODER ESPECIAL

DOCUMENTO DE ACEPTACIÓN DE PODER ESPECIAL

Nosotros, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, brasileiro, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.765 y de la cédula de extranjería No. 370.013 de Bogotá; AMILTON HIDEAKI SENDAI, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.789 y de la cédula de extranjería No. 372.177 de Bogotá; MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.776 y de la cédula de extranjería No. 372.291 de Bogotá; YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCON, colombiano, casado, abogado, portador de la cédula de ciudadanía No. 13.833.902 de Bucaramanga y LILIANA CAROLINA SARMIENTO VARGAS, colombiana, casada, abogada, portadora de cédula de ciudadanía No. 52.452.150 de Bogotá, todos mayores de edad, residentes y domiciliados en la República de Colombia, por medio del presente escrito manifestamos que aceptamos el poder especial otorgado por la ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA, a través de instrumento público, ante el Notario 16 del Circuito de São Paulo República Federativa del Brasil, inscrito en el libro 1939 - Páginas 029-1, aceptación que hacemos en todos los términos y condiciones consignados en el mismo.

Nosotros, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, brasileiro, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.765 y de la cédula de extranjería No. 370.013 de Bogotá; AMILTON HIDEAKI SENDAI, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.789 y de la cédula de extranjería No. 372.177 de Bogotá; MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, casado, ingeniero civil, portador del pasaporte No. CX 751.776 y de la cédula de extranjería No. 372.291 de Bogotá; YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCON, colombiano, casado, abogado, portador de la cédula de ciudadanía No. 13.833.902 de Bucaramanga y LILIANA CAROLINA SARMIENTO VARGAS, colombiana, casada, abogada, portadora de cédula de ciudadanía No. 52.452.150 de Bogotá, todos mayores de edad, residentes y domiciliados en la República de Colombia, por medio del presente escrito manifestamos que aceptamos el poder especial otorgado por la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., a través de instrumento público, ante el Notario 13 del Circuito de São Paulo República Federativa del Brasil, inscrito en el libro 4.005 - Páginas 239/24, aceptación que hacemos en todos los términos y condiciones consignados en el mismo.

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR
C.E. No. 370.013 de Bogotá

AMILTON HIDEAKI SENDAI
C.E. No. 372.177 de Bogotá

LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR
C.E. No. 370.013 de Bogotá

AMILTON HIDEAKI SENDAI
C.E. No. 372.177 de Bogotá

MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES
C.E. No. 372.291 de Bogotá

YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCON
C.C. No. 13.833.902 de Bucaramanga

MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES
C.E. No. 372.291 de Bogotá

YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCON
C.C. No. 13.833.902 de Bucaramanga

LILIANA CAROLINA SARMIENTO VARGAS
C.C. No. 52.452.150 de Bogotá

LILIANA CAROLINA SARMIENTO VARGAS
C.C. No. 52.452.150 de Bogotá

Fuente: Documento contenido en el Expediente⁶⁸².

Por otro lado, se probó que una vez LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR concretó el ofrecimiento de una retribución económica con GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, con el propósito de llevar a cabo su pago, contó con el concierto y autorización tanto de CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. como de ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA, a través de LUIZ ANTONIO MAMERI⁶⁸³.

Además, se demostró que CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., acordaron con CORFICOLOMBIANA, que cubrirían inicialmente la totalidad del pago derivado de la retribución económica a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en virtud del acuerdo anticompetitivo. Lo anterior, (i) con el fin de eludir los controles de compliance de CORFICOLOMBIANA y (ii) dada la continuidad que se tenía contemplada para el sistema anticompetitivo, que se perpetuaría con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, "más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"⁶⁸⁴.

Igualmente, se constató que para el pago a GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR solicitó a LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES, "director de

⁶⁸² Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Carpeta: "Licitación Ruta del Sol", Carpeta: "Licitación Ruta del Sol 1 y 2", Archivos: "CAJA 10 CARP.61" y "CAJA 10 CARP.62".

⁶⁸³ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO MAMERI. Juzgado Catorce (14) Penal con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103]. Min. 14:50. Al respecto, debe tenerse en cuenta que LUIZ ANTONIO MAMERI manifestó: "Como Vicepresidente para América Latina y Angola, yo supervisaba las operaciones de la CONSTRUTORA en esta región, como indiqué previamente. Esto significaba un seguimiento de las actividades de la empresa en esa región y Colombia estaba incluida en mi trabajo. Más específicamente, hacía el seguimiento del presupuesto de mi área de trabajo, establecía metas con los directores de los países, obras a ser conquistadas. Era una supervisión que llamaría: bastante macro. Una vez que la empresa estaba departamentalizada y la gestión era bastante descentralizada".

⁶⁸⁴ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

operaciones estructuradas" que viajara a Colombia con la específica directriz de apoyarlo en esa tarea⁶⁸⁵ y programó los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**⁶⁸⁶.

Adicional a lo anterior, se pudo establecer la ejecución de otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo. Así por ejemplo, se observó un despliegue publicitario promocionando a dichas empresas para lo cual, según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** sirvió de puente para reunirse en privado con personas relacionadas tanto con **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** como con **ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUTURA LTDA.**, entre ellos, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, antes de la entrega de las propuestas y a dos (2) meses de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Sobre la relación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con **ODEBRECHT**⁶⁸⁷ obran varias pruebas documentales.

Incluso, se evidenció cómo **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUTURA LTDA.** y **CORFICOLOMBIANA** desplegaron toda una estrategia con el inequívoco propósito de limitar la participación de potenciales competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. En especial, se evidenció que para **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** era importante llegar a un acuerdo con un competidor para reducir la competencia⁶⁸⁸.

Por otro lado, se acreditó que la participación de ambas empresas también fue protagónica en la segunda fase del sistema que limitó la libre competencia donde tuvieron una participación directa en una dinámica de reembolsos y pagos irregulares y, en forma concomitante, en una estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En particular, se presentó evidencia de que la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** "fue hecha durante el plazo de la construcción de la carretera"⁶⁸⁹ a través de la empresa española **DCS MANAGEMENT** por medio de **CONSOL**.

Igualmente, se encuentra probado que **MAURICIO MILLÁN DREWS** reportó pagos que llamaron su atención en 2012 y 2014 a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y que este último le indicó "que se había reunido" con **ODEBRECHT** y, en consecuencia, se "procediera con el pago".

De hecho, y en relación con pagos irregulares, fue posible comprobar que, a finales del mes de marzo de 2015, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** identificó pagos para el **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA** y una firma llamada **RGQ LOGISTIC** que llamaron su atención debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación y frente a los cuales vinculó a personas

⁶⁸⁵ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**. Juzgado 14 Penal con Función de Conocimiento. Audiencia: 22 de enero de 2019. Archivo [CP_0122091853103] Min. 2:31:26.

⁶⁸⁶ Folios 153 y 154 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁶⁸⁷ Folios 4779 a 4781 cuaderno público No. 23 del Expediente. Certificado de existencia y representación legal de **GESTIÓN Y DISEÑOS ELECTRICOS S.A.** antes **CONSULTORES UNIDOS** Nit. 860.031.282-3. Acto de nombramiento de remoción de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** como subgerente de la compañía y designación de su reemplazo.

⁶⁸⁸ Folios 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. 13R_EPISOL_BK_JOSE_ELIAS_MELO2.ad1/J:\Backup Jose Elias Copia 2 [NTFS]/[root]/disco local c:/Documents/Archivos de Outlook/jemelo.pst/Archivo de datos de Outlook/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Elementos enviados/RE: Avance Ruta del Sol. Object Id. 34965. RDS Ep.

⁶⁸⁹ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada FPJ-15ñ. p. 7 de 17.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

relacionadas tanto con **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** como con **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** en relación con su aprobación⁶⁹⁰.

Sin embargo, a pesar de lo identificado por **JAVIER HERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y **MAURICIO MILLÁN DREWS**, e incluso de advertencias de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, se contó con evidencias contables que permiten apreciar que a través de **CONSOL** y/o el patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, de la cual son parte **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.**, se causaron gastos y realizaron pagos en favor del **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**. De hecho, se pudo establecer que conocieron de la existencia de otros pagos irregulares relacionados con **CONSULTORES UNIDOS**, **INVERSORES PROFESIONALES**, **DESINPRO**, **PROFESIONALES DE BOLSA** y **GESTORA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUTURA**.

Ahora bien, las evidencias también permitieron demostrar que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA.** tuvieron participación directa en una estrategia, similar a la desplegada para garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, con la finalidad de asegurar el éxito de la adición de la **"TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL"**⁶⁹¹ donde se buscó extraer ilegítimamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, por medio de la inclusión de **"algunas cláusulas específicas"**⁶⁹², las cuales según **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** eran **"fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto"**⁶⁹³.

Adicionalmente, se comprobó que en esta adición se instrumentalizaron contratos con el **CONSORCIO SION**, **PROFESIONALES DE BOLSA** y **PRESOAM**, tal y como ocurrió en la primera fase del sistema anticompetitivo con **DCS MANAGEMENT**.

Al respecto, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sirvió de puente entre **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, quien lo reemplazó en el cargo de Director Superintendente de **ODEBRECHT**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**. También, que **OTTO NICOLÁS BULA BULA** desplegó diferentes actuaciones encomendadas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Puntualmente, se evidenció que la labor de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** fue completamente eficaz para asegurar el éxito del **"OTRO SÍ No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"**⁶⁹⁴ y, además, que **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** contó con la autorización de **LUIZ ANTONIO MAMERI** para el pago por dicha labor⁶⁹⁵, tal y como ocurrió con el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Por otro lado, fue posible determinar que para ocultar la conducta desplegada, en las oficinas de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** se llevó a cabo una reunión con el propósito de

⁶⁹⁰ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:12:44 y siguientes.

⁶⁹¹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoría Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

⁶⁹² Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

⁶⁹³ *Ibidem*.

⁶⁹⁴ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁶⁹⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO", Archivo: "Declaración Martorelli del 27-04".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

camuflar el pago del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, con que pretendieron replicar la estrategia de instrumentalización de contratos. Para ello, simularían un contrato que estaría relacionado con "*el tema de la adición*" y, al igual que el suscrito con **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, sería por concepto de una asesoría con "*un porcentaje del valor de la obra*" y, pese a suscribirse en 2016, se haría "*con algo que es del 2009 del 2010*".

En relación con lo anterior, se pudo evidenciar que frente a las reuniones en cuestión estuvieron vinculadas personas relacionadas con **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA** a saber: **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

De conformidad con lo expuesto, este Despacho encontró acreditado que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** y **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA** —ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**— incurrieron en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.1.2. Responsabilidad de CORFICOLOMBIANA

Para este Despacho, quedó probada la responsabilidad de **CORFICOLOMBIANA** por promover y ejecutar un sistema que limitó la libre competencia económica mediante diferentes conductas que tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Así, junto con **ODEBRECHT**, promovieron y orquestaron un sistema anticompetitivo desde los inicios del Proyecto Ruta del Sol, cuando desplegaron diferentes actuaciones inequívocamente dirigidas a tratar de interferir o alterar su estructuración. Luego, en una primera fase del sistema anticompetitivo, participaron en la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo ilegal con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que les permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **CONCESIONARIA** a la que pertenecían y, posteriormente, en una segunda fase, valiéndose de la instrumentalización de diferentes contratos, a través de una *dinámica de reembolsos y pagos irregulares* y una *estrategia de compensación*, lograron dividir los costos del pago derivado del acuerdo ilegal y, a su vez, extraer la mayor utilidad posible en la ejecución del Proyecto Ruta del Sol, objetivos que, como presupuesto para su materialización, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo.

En este sentido, se logró demostrar que **CORFICOLOMBIANA** desde un inicio auspició y determinó, junto con **ODEBRECHT**, la puesta en marcha y despliegue del sistema anticompetitivo en un rol directo y protagónico, al determinarse que el acuerdo ilegal que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, estuvo motivado, influenciado y determinado por la percepción y experiencia de **CORFICOLOMBIANA**.

En consecuencia, se probó que esta empresa, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**), transmitió a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** las vicisitudes que podrían suceder en el marco de procesos de contratación pública. Situación que fue ratificada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al señalar que "(...) a ellos les preocupaba mucho de que se cambiaban las reglas de juego (...)"⁶⁹⁶.

De hecho, se corroboró la participación de **CORFICOLOMBIANA** en el acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, gracias al papel que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** desempeñó en la elaboración y solicitud del concepto jurídico que solicitó **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA**.

⁶⁹⁶ Folio 14170-C2 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Ratificación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. 19 de septiembre de 2019. Carpeta "17-14777-190919P4Sala601" Min. 43:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Pero su rol no solo se comprobó antes del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, este también fue evidente durante la adjudicación donde distintas pruebas corroboraron la participación directa de **CORFICOLOMBIANA** a través del conocimiento y autorización expresa, por intermedio de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, de las negociaciones, tratativas y compromisos adquiridos en las reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

En este sentido, se llegó a establecer que una vez **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** concretó el ofrecimiento de una retribución económica para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, con el propósito de llevar a cabo su pago, contó con el concierto y autorización de **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Y, que **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** acordaron que para cubrir el pago la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo "*posteriormente dividirían los costos a lo largo del proyecto, lo cual tendría lugar únicamente entre las compañías ODEBRECHT y EPISOL*", en lo que quedó demostrado sería uno de los elementos del *modus operandi* de **ODEBRECHT**, es decir el uso de contratos simulados carentes de soportes y justificación.

Adicional a lo anterior, junto con **ODEBRECHT**, se evidenció la realización de otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo. Así, se comprobó cómo las empresas desplegaron toda una estrategia con el inequívoco propósito de limitar la participación de potenciales competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol – *buscando un acuerdo de no competencia y repartición de los sectores*⁶⁹⁷ – y así asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Por otro lado, se pudo establecer que existía una continua y directa comunicación entre **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**) y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**). Lo anterior adquiere relevancia dado que se evidenció que **MAURICIO MILLÁN DREWS** —desde 2010 hasta 2014—, identificó una serie de pagos y transacciones por montos elevados que llamaron su atención debido a que, como rasgo común, carecían de soporte o justificación, entre ellos, como se advirtió previamente, algunos relacionados con **DCS MANAGEMENT**.

Particularmente, frente al pago a **DCS MANAGEMENT** se estableció que **MAURICIO MILLÁN DREWS** acudió a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con el propósito de "*solicitar indicaciones*", obteniendo por parte de este una autorización para proceder con el pago⁶⁹⁸. Esta situación, la puesta en conocimiento y la posterior autorización, permitió establecer que pese al conocimiento por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** de las irregularidades que caracterizaban los pagos, este simplemente aprobó que estos fueran efectuados, instruyendo a **MAURICIO MILLÁN DREWS** "*hacer el giro*"⁶⁹⁹.

Incluso, se pudo establecer que **MAURICIO MILLÁN DREWS** adicionalmente identificó pagos que llamaron su atención entre 2012 y 2014 y que, así como con los pagos irregulares identificados en el primer semestre de 2010, "*en cada una de las ocasiones*" acudió a la "*Presidencia de Corficolombiana*", en donde transmitía y explicaba sus "*preocupaciones*"⁷⁰⁰.

Adicionalmente en relación con el conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** de los pagos irregulares, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado en misión de **EPISOL**, que ocupó el cargo de Gerente

⁶⁹⁷ Ibidem.

⁶⁹⁸ Folio 2243 del reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Superintendencia de Industria y Comercio. 9 de febrero de 2017. Min. 01:06:50.

⁶⁹⁹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Carpeta: "CAJA 1 CARPETAS DE JUICIO", Carpeta: "CARPETA CD", Carpeta: "36 JUZGADO 14-24-01-19", Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 24 de enero de 2019. Min. 31:20.

⁷⁰⁰ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25. Documento: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

de Administración Contractual en **CONSOL** a partir de 2014, también identificó pagos que carecían de soporte o justificación.

Sobre estos pagos, se pudo establecer el pleno conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares que estaba siendo ejecutada "en la concesión de la carretera en **CONSOL**"⁷⁰¹. Lo anterior, por cuanto **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo comunicó a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) su decisión respecto a los pagos irregulares, sino también porque acudió directamente a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.

De hecho, una situación como la resaltada por **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en relación con pagos irregulares, también fue identificada por **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** quien le comunicó directamente a **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien era su presidente para esa época, la existencia de unos "casos especiales de contratación" que, entre 2013 y 2015, no cumplían con el procedimiento de compras y suministros de la **CONCESIONARIA**. No obstante la seriedad de las manifestaciones de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, se pudo constatar que la reacción de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ante estos hallazgos en 2015 fue, sin ninguna explicación, romper o evitar cualquier comunicación con **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**⁷⁰² y que en todo caso los pagos se realizaron con recursos que en parte provenían de **CORFICOLOMBIANA**.

Las conductas asumidas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** como Presidente de **CORFICOLOMBIANA** solo se justifican a partir del rol que cumplía dentro de la estrategia ilegal y su plena intencionalidad de no querer torpedear el correcto funcionamiento del sistema anticompetitivo, lo que corroboró la activa participación de **CORFICOLOMBIANA** en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Para finalizar, se encontró que las irregularidades advertidas por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, estuvieron relacionadas con los pagos que se hicieron para asegurar el éxito de la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL", la cual aumentó el margen previsto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Recuérdese que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo comunicó a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) su decisión de no autorizar pagos irregulares, entre ellos, los relacionados con el **CONSORCIO SION**, sino también acudió directamente⁷⁰³ a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.

De conformidad con lo anterior, este Despacho encontró acreditado que **CORFICOLOMBIANA** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.1.3. Responsabilidad de EPISOL

Para este Despacho, quedó probada la responsabilidad de **EPISOL** como consecuencia de ejecutar el sistema anticompetitivo reprochado, como se ilustrará a continuación.

Se logró comprobar que en la ideación, celebración y concreción del acuerdo anticompetitivo, en que se pactó con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una retribución económica como

⁷⁰¹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:19:28.

⁷⁰² Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. 13 de agosto de 2018. Min. 1:46:36.

⁷⁰³ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Carpeta: "17-14777-081019P1", Min. 1:22:32.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

contraprestación por favorecer la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**, se contó con el auspicio, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, vehículo de inversión de la primera, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

De hecho, se estableció que el vehículo para realizar el respectivo ajuste de cuentas con ocasión de la retribución a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue **CONSOL**, del cual **EPISOL** era miembro y donde tenía empleados en misión, siendo una de las personas que aceptó los pagos **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** y Representante de **EPISOL** en el consorcio constructor **CONSOL** desde 2010 hasta 2014). Lo anterior, a pesar de que **EPISOL** tenía la facultad de supervisar el presupuesto de **CONSOL** y de autorizar "todos los actos que generen gastos" a través del Gerente de Administración Contractual.

De hecho, se evidenció que aunque **MAURICIO MILLÁN DREWS** reportó otros pagos que entre 2012 y 2014 le llamaron la atención, estos igualmente fueron aceptados para pago sin que hubiera ningún tipo de acto frente a los mismos que pusiera en entredicho la "confianza", tal y como lo llegó a manifestar **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**⁷⁰⁴, es decir que fueron aprobados sin ningún tipo de traba. Incluso, se pudo determinar que **MAURICIO MILLÁN DREWS** a pesar de que reconoció que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** realizó "comentarios sueltos" que le generaron preocupación de que **ODEBRECHT** "hubiera realizado algún acto irregular en alguna etapa del contrato hasta dicho momento"⁷⁰⁵, continuó con las aprobaciones sin ningún tipo de cuestionamiento.

Sumando a lo anterior, se cuenta con evidencia de que **EPISOL** tuvo conocimiento de pagos que carecían de soporte o justificación y fueron advertidos por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado en misión de **EPISOL**, quien ocupó el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** a partir de 2014. Sin embargo, a pesar de estas advertencias en todo caso los cuestionados pagos fueron efectuados. De hecho, se estableció que a través de **CONSOL** y/o el patrimonio autónomo⁷⁰⁶ de la **CONCESIONARIA** se causaron gastos y realizaron pagos a empresas cuestionadas.

De esta manera, se comprobó que **EPISOL** junto con **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** hizo parte de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares a través de contratos simulados y fue plenamente ejecutada como lo tenían previsto, "más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"⁷⁰⁷. Adicionalmente, **EPISOL** a través de la segunda fase del sistema reprochado, y de su estrategia de compensación, resultó favorecida con la adición de la "TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL", la cual aumentó el margen previsto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

⁷⁰⁴ Folio 14154 del cuaderno reservado general No. 23 del Expediente. Archivo: Fwd Firma Pagos Subcontratistas-Proveedores T.

⁷⁰⁵ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Archivo: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

⁷⁰⁶ Debe tenerse en cuenta que, entre otros contratos, la **CONCESIONARIA** suscribió una fiducia. Al respecto, es posible observar en sus Estados Financieros lo siguiente:

"Operaciones"

Para el cumplimiento del contrato de concesión la concesionaria suscribió, entre otros los siguientes contratos: (...)

b) Contrato de fiducia de administración de recursos y fuente de pago por parte de Fiduciaria Corficolombiana S.A. a título de fiducia Mercantil irrevocable, de los derechos patrimoniales y recursos que ingresen al patrimonio autónomo que se constituye para tal efecto, suscrito el 5 de mayo de 2010 denominado Fiduciaria Corficolombiana S.A. Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2, cuyo objeto es la administración por parte de la fiduciaria de todos los aportes de capital, recursos de financiación, transferencias que deban efectuar la Agencia Nacional de Infraestructura "ANI" (antes el Instituto Nacional de Concesiones "INCO") y la Concesionaria con el fin de que la Concesionaria logre efectuar por su cuenta y riesgo el proyecto estipulado en el contrato de Concesión (...).

⁷⁰⁷ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De conformidad con lo anterior, este Despacho encontró acreditado que **EPISOL** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.1.4. Responsabilidad de la **CONCESIONARIA**

Para este Despacho quedó probada la responsabilidad de la **CONCESIONARIA** en la ejecución del sistema anticompetitivo reprochado, comoquiera que constituye una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados y tuvo un rol relevante y autónomo en el desarrollo de dicho sistema.

En primer lugar, desde su constitución, el 22 de diciembre de 2009, la **CONCESIONARIA** fue uno de los vehículos que hizo posible la materialización de la conducta infractora pues su participación en los hechos resultó necesaria e incluso indispensable en el sistema anticompetitivo, por ejemplo, con la firma el 14 de enero de 2010 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010; la firma del "**OTRO SÍ No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010**"⁷⁰⁸; o la materialización de pagos irregulares como el de **PRESOAM**. Debe recordarse que los miembros de esta eran precisamente **ODEBRECHT** y **EPISOL**, vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, empresas que lograron un acuerdo anticompetitivo para que la **CONCESIONARIA** resultara adjudicataria del Proceso de Selección y que tenían prevista la continuidad del sistema anticompetitivo, que se perpetuaría con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, "*más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol*"⁷⁰⁹.

Al respecto, se encontró probado que la **CONCESIONARIA**, representada por **AMILTON HIDEAKI SENDA** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien participó en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares realizando "*la división de los costos*"⁷¹⁰ del pago derivado del acuerdo anticompetitivo a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, celebró el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 respecto del Sector 2 de la Ruta del Sol. Además, está probado que posteriormente, también celebró los respectivos otrosíes, en particular la adición de la "**TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL**"⁷¹¹ con el fin de extraer la mayor utilidad posible en la ejecución del Proyecto Ruta del Sol.

También se probó que la **CONCESIONARIA** celebró los contratos **EPC** con **CONSOL**⁷¹², siendo este consorcio uno de los vehículos para la realización de pagos irregulares como lo fue el del reembolso de la contraprestación pagada a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** o diferentes pagos a **PRESOAM**.

Igualmente se logró demostrar que dentro de la información contable de la **CONCESIONARIA** se encontraron soportes de pagos carentes de justificación durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 perpetuando la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la segunda fase del sistema anticompetitivo. De hecho, se logró comprobar que el

⁷⁰⁸ Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

⁷⁰⁹ Folio 12502 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 21 de enero de 2019. Caja 1 "Carpetas de juicio", carpeta "CD", carpeta "37 JUZGADO 14 -21-01-19". Min. 3:07:37.

⁷¹⁰ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

⁷¹¹ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoria Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

⁷¹² Folio 15305 cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Archivo "8. Contrato EPC". Y Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoria Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

contrato con **PRESOAM** fue cedido⁷¹³ con posterioridad, en este caso, directamente por **CONSOL** a la **CONCESIONARIA** para que realizara su "ejecución y sus pagos", situación similar a la ocurrida entre **CONSOL** y **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** en la cesión del contrato de **DCS MANAGEMENT**.

De conformidad con lo anterior, este Despacho encontró acreditado que la **CONCESIONARIA** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.1.5. Responsabilidad de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**

Para este Despacho quedó probada la responsabilidad de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la ejecución de las conductas investigadas, la cual quedó demostrada con el material probatorio obrante en el Expediente, además de su confesión ante esta Entidad en el marco del **PBC**, donde reconoció y delató conductas violatorias del régimen de libre competencia económica "durante el proceso de estructuración y en el proceso de adjudicación de Ruta del Sol, tramo 2, y en el posterior proceso de ejecución que incluye los otrosíes".

En esa medida, se probó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su doble condición de Viceministro de Transporte y, posteriormente, Director Encargado del **INCO**, sumado a su calidad de coordinador interinstitucional del Proyecto Ruta del Sol, estaba en una posición privilegiada para tener la suficiente capacidad de influenciar, decidir, y actuar en todas las instancias del Proyecto Ruta del Sol, quizás como ningún otro funcionario del Gobierno.

De esta forma, se demostró que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** participó en reuniones secretas e ilegales en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le realizó unos acercamientos iniciales y diferentes insinuaciones o propuestas consistentes en una oportunidad laboral y la financiación de un emprendimiento. Así mismo, participó en una "reunión clandestina" en que se concretó el ofrecimiento de una retribución de carácter económico que finalmente ascendió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) a cambio de que (i) garantizara que se cumpliera el pliego, (ii) orientara la presentación de una oferta formalmente perfecta, (iii) influyera en el proceso de licitación y (iv) descalificara competidores.

En esa medida, se estableció que los compromisos adquiridos por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo fueron efectivamente ejecutados en la evaluación final de las propuestas donde la **CONCESIONARIA** obtuvo un puntaje perfecto de "1000,00" puntos sobre 1000 posibles, resultado que coincide con los compromisos adquiridos en el pacto ilegal, es decir, presentó una "oferta formalmente perfecta, sin ningún tipo de error". Igualmente, se evidenció que la propuesta de **VÍAS DEL SOL** fue descalificada, a través de una interpretación restrictiva del pliego de condiciones, resultado que también coincide con el compromiso de "descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores".

Finalmente, mediante Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, se le adjudicó el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**, como único proponente habilitado, con un ahorro mínimo para la entidad contratante.

Adicionalmente, respecto al "modus operandi" de la estrategia anticompetitiva, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** reconoció que "(...) no fue solo un soborno, fueron muchos sobornos, unos disfrazados de lobby, otros disfrazados de contratos simulados y otros directamente". En efecto, delató que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** "posterior a la adjudicación" le manifestó su interés de "buscar posibilidades de adiciones, casi que inmediatamente", esto debido a que los cartelistas habían "ofrecido condiciones muy favorables y que eso de alguna manera limitaba su utilidad en el proyecto y que pues obviamente la forma de compensarlo hubiera podido ser a través de adiciones, o modificaciones contractuales".

⁷¹³ Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "Concesionaria 2016", Archivo "Contrato Presoam".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En el marco del sistema anticompetitivo, se corroboró que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitó un concepto jurídico a los demás cartelistas para tratar de legitimar eventualmente su actuar ilegal. Así, se demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para atender esa exigencia colocó a su disposición *"una lista de tres"* abogados de los cuales fue escogido **HUGO PALACIOS MEJÍA**, debido a que tenía una relación con **CORFICOLOMBIANA**. El concepto jurídico pretendía respaldar el compromiso que en virtud del acuerdo anticompetitivo había adquirido **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** de *"que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego"*. Sobre el particular, admitió que el concepto jurídico le *"fue entregado de manera subrepticia"* y no fue puesto a *"disposición de los demás competidores"*.

Después de la efectiva ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo, se probó que bajo el nombre clave de *"costeño"* fueron programados los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** entre marzo y septiembre de 2010, los cuales fueron *"girados por la oficina de estructuraciones de ODEBRECHT"*, a través de la *"Banca privada D'Andora BPA"*. La anterior operación ilegal se realizó por intermedio de un amigo de infancia llamado *"ENRIQUE GHISAYS"*, aprovechando que con *"la empresa de su padre tenían cuentas en el exterior y negocios en el exterior"*.

Además, se probó que, en el marco del sistema anticompetitivo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** a *"mediados del 2016"* se reunieron con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien viajó directamente desde Brasil, y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, en las oficinas de **ODEBRECHT**, con el propósito de buscar la forma de ocultar o *"legalizar"* los pagos realizados en contraprestación por los compromisos ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo. Se demostró que en la referida reunión, tuvo conocimiento que **ODEBRECHT** destruyó información como una estrategia adicional para mantener en la clandestinidad y absoluta impunidad las conductas perpetradas.

De conformidad con lo anterior, este Despacho encontró acreditado que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.2. Responsabilidad de las personas naturales

15.2.1. Responsabilidad de LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR

De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se evidenció que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ejecutó, autorizó y facilitó un sistema que limitó la libre competencia económica mediante diferentes conductas, entre ellas, un acuerdo anticompetitivo, que tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Al respecto, se estableció que en el marco del sistema anticompetitivo, en su primera fase, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** identificó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** *"era la única persona que podía influir en la adjudicación del proyecto, porque era viceministro y director del INCO"*⁷¹⁴.

En sintonía con lo anterior, se determinó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** coincidieron en que en Colombia estaban expuestos a eventuales irregularidades que podían afectar sus intereses en el proceso licitatorio. Esa particular preocupación determinó y motivó la necesidad de que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** se concertaran con la finalidad de adoptar medidas para asegurar la adjudicación del contrato de concesión, lo que contempló la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo.

Con ese propósito, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, como promotor del acuerdo ilegal, perpetró a finales de octubre de 2009 reuniones secretas e ilegales en que realizó unos

⁷¹⁴ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

acercamientos iniciales y diferentes insinuaciones o propuestas a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** consistentes en una oportunidad laboral y la financiación de un emprendimiento. Así mismo, en una *"reunión clandestina"* concretó el ofrecimiento de una retribución de carácter económico que finalmente ascendió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) a cambio de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** (i) garantizara que se cumpliera el pliego, (ii) orientara la presentación de una oferta formalmente perfecta, (iii) influyera en el proceso de licitación y (iv) descalificara competidores.

Con posterioridad a esas reuniones, se estableció que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** también contactó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para informarle sobre los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo.

En ejecución del acuerdo anticompetitivo, se evidenció que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** encomendó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una tarea inicial que consistía en intervenir ante el *"Comité Asesor"* y el *"Comité Evaluador"* en la evaluación de las propuestas para favorecer a la **CONCESIONARIA**, debido a que podría existir alguna malquerencia o *"animadversión"* en contra de **ODEBRECHT**.

En el marco del sistema anticompetitivo, también se probó que existió por **ODEBRECHT** un constante monitoreo a la ejecución de los compromisos adquiridos en el acuerdo ilegal, que a través de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, fungiendo como instigador ejerció presiones y amenazas en contra de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** con el propósito de evitar un aparente desvío de lo pactado.

En este contexto, se probó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitó un concepto jurídico para tratar de legitimar posteriormente su actuar ilegal. Así, se demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para atender esa exigencia colocó a su disposición *"una lista de tres"* abogados de los cuales fue escogido **HUGO PALACIOS MEJÍA**, debido a que tenía una relación con **CORFICOLOMBIANA**. El concepto jurídico pretendía respaldar el compromiso que en virtud del acuerdo anticompetitivo había adquirido **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** de *"que no se fueran a flexibilizar los temas establecidos en el pliego"*.

Por otra parte, se estableció que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, en representación de **ODEBRECHT**, acordó con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en representación de **CORFICOLOMBIANA**, que **ODEBRECHT** cubriría inicialmente la totalidad de la retribución económica que se realizaría a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por impedimentos debido a *"un tema de compliance"* y se realizaría el ajuste de cuentas, aprovechando la continuidad que se tenía contemplada para el sistema anticompetitivo, que se perpetuaría con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, esto es, *"más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"*.

Sobre el particular, se determinó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, con el propósito de llevar a cabo el pago del acuerdo anticompetitivo contó con el concierto y autorización de **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO MAMERI**, quien era su superior jerárquico. En esa medida, se logró establecer que con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** idearon y planificaron que, entre **ODEBRECHT**, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se haría *"la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA"*.

También se estableció que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para efectuar inicialmente el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, *"después de la adjudicación"*, una vez este cumplió con los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo, coordinó una reunión en el mes de enero de 2010. En la referida reunión, requirió que le indicara la empresa a través de la cual se realizaría el pago y, con la finalidad de colocar en ejecución la operación, solicitó a **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, *"director de operaciones estructuradas"*, que viajara a Colombia con la específica directriz de apoyarlo en esa tarea.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En esa medida, se probó que en una reunión posterior **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** se encontraron con **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, quien les fue indicado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y, según lo acordado previamente, procedieron a realizar la programación de pagos a partir de marzo hasta septiembre de 2010 con el "nombre clave de costeño" y a través la empresa **LURION TRADING INC** se realizaron los desembolsos que fueron programados por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** empleando "recursos económicos no contabilizados vía offshore".

Adicionalmente, se encuentra probado que en forma previa o concomitante a la concreción del acuerdo ilegal se desplegaron varias estrategias con la finalidad de asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** lideró toda una estrategia de "seguimiento o acoso" de terceros para favorecer a **ODEBRECHT**. Para ello, desplegó toda una estrategia mediática para difundir información con el propósito de desacreditar al denominado "grupo NULE" y "OHL", quienes eran sus competidores directos en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, a través de la **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS y VÍAS DEL SOL**, respectivamente.

Igualmente, existen pruebas que demuestran la existencia de una reunión entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** (Vicepresidente de Banca de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**), en que procuraron constituir acuerdos con sus competidores más relevantes para repartirse los sectores del Proyecto Ruta del Sol con la intención de "reducir la competencia".

Con ese mismo propósito, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le encomendó a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que convocara a una reunión a la que asistieron **CONALVIAS** e **IMPREGILO**, que para ese momento eran potenciales competidores de **ODEBRECHT**, con el propósito nuevamente de intentar llegar a un "acuerdo para que no se presentaran ambos en el mismo grupo" del Proyecto Ruta del Sol.

De otra parte, se probó que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, empleado de **ODEBRECHT** quien fue designado como Director del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 para el Proyecto Ruta del Sol 2, fue instruido por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** para hacer la división de costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo durante la ejecución del contrato a través de **CONSOL**, tarea que "se cumplió como se había acordado".

En efecto, en ejecución de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo "fue hecha durante el plazo de la construcción de la carretera"⁷¹⁵ a través de **DCS MANAGEMENT**, empresa española que precisamente suscribió con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, en representación de **ODEBRECHT**, un contrato de supuesta asistencia técnica desde el exterior, que obedeció a una estrategia de instrumentación de contratos.

Además, se encuentra probado que el contrato con **DCS MANAGEMENT** fue cedido por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, principal artífice y protagonista del sistema anticompetitivo, a **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, quien en la dinámica de reembolsos era el encargado de realizar "la división de los costos"⁷¹⁶ del pago derivado del acuerdo ilegal.

Así mismo, se estableció que en el marco del sistema anticompetitivo, en una segunda fase, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** tenía una expectativa de largo plazo respecto a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y, en razón a ello, le habló de las "adiciones" contractuales como un tema fundamental. En ese contexto, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le reveló a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que pretendería "compensar alguna presión competitiva a la que se

⁷¹⁵ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada FPJ-15ñ. p. 7 de 17.

⁷¹⁶ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. p. 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

vieron sometidos en el proceso de licitación" y que ocasionó que la **CONCESIONARIA** ofreciera condiciones "favorables" que "limitaba su utilidad en el proyecto".

Además, existe un correo electrónico del 5 de enero de 2010 con el asunto "*Plazo firma del Contrato de Concesión*", enviado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** a algunos partícipes del sistema anticompetitivo, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, en que indicó expresa y abiertamente que valdría la pena "*influnciar algunos puntos del contrato de inmediato*" con el propósito de "*disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado*".

Sobre el particular, se probó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sirvió de puente entre **OTTO NICOLÁS BULA BULA** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** con el propósito de que los apoyara en "*la obtención del contrato de estabilidad jurídica de la RUTA DEL SOL*"⁷¹⁷.

Igualmente, se demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** también sirvió de puente entre **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, quien lo reemplazó en el cargo de Director Superintendente de **ODEBRECHT**, y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, quien se encargó de llevar a cabo diferentes gestiones en la estrategia desplegada para asegurar el éxito de la adición de la "*TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL*"⁷¹⁸.

Además, existe prueba que, en el marco del sistema anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** a "*mediados del 2016*" viajó directamente desde Brasil a reunirse con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en las oficinas de **ODEBRECHT** con el propósito de buscar la forma de ocultar o "*legalizar*" los pagos realizados en contraprestación por los compromisos ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo. En la referida reunión, también reveló que **ODEBRECHT** destruyó información como una estrategia adicional para mantener en la clandestinidad y absoluta impunidad las conductas perpetradas.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra responsable a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** por incurrir en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado, autorizado y facilitado la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.2.2. Responsabilidad de LUIZ ANTONIO MAMERI

De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se evidenció que **LUIZ ANTONIO MAMERI** ejecutó, autorizó y toleró un sistema que limitó la libre competencia económica mediante diferentes conductas, entre ellas, un acuerdo anticompetitivo, que tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Al respecto, en la primera fase del sistema anticompetitivo, se probó que una vez **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** concretó el ofrecimiento de una retribución económica para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, con el propósito de llevar a cabo su pago se contó con el concierto y autorización de **ODEBRECHT**, a través de **LUIZ ANTONIO MAMERI**. Precisamente, **LUIZ ANTONIO MAMERI** era el encargado de supervisar las actuaciones de **ODEBRECHT** en América Latina y Angola y era el superior jerárquico de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**.

⁷¹⁷ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Archivo: "DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04" Declaración LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR. 28 de abril de 2017.

⁷¹⁸ Folio 4591 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Carpeta: "ODB2018", Carpeta: "7.CO CONSOL AUDITORIA EXTERNA 2015", Carpeta: "CO-CONSOL Auditoria Externa al 30 de junio de 2015", Carpeta: "LIBRERIAS", Archivo: "contrato adicional al EPC Tramo 8".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Las evidencias presentadas permiten establecer que, en el marco del sistema anticompetitivo, **LUIZ ANTONIO MAMERI** tuvo pleno conocimiento de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** idearon y planificaron que, entre **ODEBRECHT**, a través de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y **CORFICOLOMBIANA**, a través de **MAURICIO MILLÁN DREWS**, directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 se haría *"la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA"*.

Adicionalmente, en la segunda fase del sistema anticompetitivo, se probó que **LUIZ ANTONIO MAMERI** también autorizó los pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, quien se encargó de llevar a cabo diferentes *"gestiones"* con el propósito de asegurar el éxito de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, contraprestación que ascendió a una suma equivalente a cuatro millones seiscientos mil dólares (USD 4.600.000), que al igual como ocurrió con el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, fueron realizados *"en cuentas de empresas en el exterior"* y con *"recursos no contabilizados"*.

De otra parte, se demostró que **LUIZ ANTONIO MAMERI** *"a mediados de 2016"* tuvo conocimiento de la dinámica de pagos irregulares que hasta ese momento se encontraba en ejecución durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, esto es, *"que fueron hechos varios pagos a empresas indicadas por el señor OTTO BULA"*. En esa medida, pese a que se encontraba vinculado a **ODEBRECHT**, y conocía de sus *"investigaciones internas"*, lo cierto es que las conductas perpetradas en Colombia únicamente fueron denunciadas⁷¹⁹ hasta el 6 de enero de 2017 ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

A partir de lo anterior, se encuentra probado que el comportamiento de **LUIZ ANTONIO MAMERI** al no adoptar ninguna medida, se traduce en que toleró la comisión de conductas anticompetitivas, es decir, la materialización de la dinámica de pagos irregulares y, por ende, la continuación del funcionamiento en pleno del sistema anticompetitivo. Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa⁷²⁰ ha señalado que:

"(...) el hecho de que el demandante no haya interpuesto alguna denuncia, queja o que hubiere adoptado medida alguna, denota una conducta de tolerancia ante el acuerdo anticompetitivo, pero más aún, el hecho que teniendo un cargo directivo hubiera permitido que dicha infracción se presentara, también facilitó la comisión de la misma."
(Negrilla y subrayado fuera de texto original).

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra responsable a **LUIZ ANTONIO MAMERI** por incurrir en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado, autorizado y tolerado la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.2.3. Responsabilidad de YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN

De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se logró probar que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** ejecutó y toleró las conductas objeto de investigación.

En este sentido, se probó que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, antes de la entrega de las propuestas y a dos (2) meses de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, participó en reuniones privadas con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, que fueron propiciadas por **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**, quien era el representante legal de **CONSULTORES UNIDOS**, empresa a la que se hicieron pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

⁷¹⁹ Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

⁷²⁰ Juzgado Cuarto (4) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2019. Rad. No. 110013334004 2017 00176 00.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Así mismo, en el marco del sistema anticompetitivo reprochado, a través de diversas pruebas documentales se corroboró que existió una comunicación directa entre **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, y **ODEBRECHT**, a través de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, donde este último dio vía libre para que se solicitara el concepto jurídico a **HUGO PALACIOS MEJÍA**, solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA**.

Por otra parte, se estableció que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** tuvo pleno conocimiento de los inicios de la estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que mediante correo electrónico del 5 de enero de 2010, con el asunto "*Plazo firma del Contrato de Concesión*", **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le indicó expresa y abiertamente que valdría la pena "*influnciar algunos puntos del contrato de inmediato*" con el propósito de "*disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado*".

Adicionalmente, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** tuvo conocimiento de la ejecución de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo debido a que fue informado directamente por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**⁷²¹ de las irregularidades que caracterizaban los pagos a **CONSORCIO TORROSA**, **CONSORCIO SION** y **RGQ LOGISTIC**.

En esa línea, también se demostró que a mediados de 2016 **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** participó en la celebración de contratos cuestionados por irregularidades con **CONSULTORES UNIDOS** y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, relacionados con la firma del "*OTRO Sí No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010*"⁷²².

Finalmente, existe prueba que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** estuvo involucrado en la reunión que a "*mediados del 2016*" se realizó en las oficinas de **ODEBRECHT**, en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** viajó directamente desde Brasil, a reunirse con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** con el propósito de buscar la forma de ocultar o "*legalizar*" los pagos realizados en contraprestación por los compromisos ejecutados en virtud del acuerdo anticompetitivo.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra responsable a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** por incurrir en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado y tolerado la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.2.4. Responsabilidad de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA

De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se probó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ejecutó, facilitó y toleró un sistema que limitó la libre competencia económica mediante diferentes conductas, entre ellas, un acuerdo anticompetitivo, que tuvieron ocurrencia antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En este orden de ideas, se comprobó que en el marco del sistema anticompetitivo, el acuerdo ilegal que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** acordaron con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, estuvo motivado, influenciado y determinado por la percepción y experiencia de **CORFICOLOMBIANA** que a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**) le transmitió a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en relación con las vicisitudes que podrían suceder en el marco de procesos de contratación pública.

⁷²¹ Folio 14154 del cuaderno reservado general No. 23 del Expediente. Archivo: Fwd Firma Pagos Subcontratistas-Proveedores T.

⁷²² Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Igualmente, se estableció que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, no solo participó de la ideación del acuerdo anticompetitivo, sino que además conoció de las reuniones privadas e ilegales que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sostuvo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. De hecho, se determinó que el acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su ideación, celebración y concreción también contó con el auspicio, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

Igualmente, existen pruebas que demuestran la existencia de una reunión entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** (Vicepresidente de Banca de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**), en que procuraron constituir acuerdos con sus competidores más relevantes para repartirse los sectores del Proyecto Ruta del Sol con la intención de "*reducir la competencia*", la cual fue puesta en conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**⁷²³.

Por otro lado, se logró comprobar que una vez **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** concretó el ofrecimiento de una retribución económica para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, con el propósito de llevar a cabo su pago, contó con el concierto y autorización de **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien acordó que la división de los costos del pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se realizaría a lo largo de la ejecución del proyecto. De hecho, se corroboró la participación de **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en el acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** gracias al papel que este desempeñó en la elaboración y solicitud del concepto jurídico que solicitó este último para inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA**.

Incluso, se probó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conoció y autorizó los pagos irregulares reportados por **MAURICIO MILLÁN DREWS**⁷²⁴. Igualmente, se logró comprobar que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** conoció de los pagos irregulares reportados por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**⁷²⁵ y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, frente al cual **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, ante sus hallazgos en 2015, sin ninguna explicación decidió romper o evitar cualquier comunicación⁷²⁶, conductas que solo se justifican a partir del rol que cumplía dentro de la estrategia ilegal y su plena intencionalidad de no querer torpedear el correcto funcionamiento del sistema anticompetitivo.

En esa medida, se demostró que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tenía una continua y directa comunicación con **MAURICIO MILLÁN DREWS** (Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**) no solo para reportar resultados, sino además para hacer seguimiento periódico a la "*inversión*", que para **CORFICOLOMBIANA** representaba el Proyecto Ruta del Sol 2, al punto que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** "*lo llamaba directamente*" al ser uno de sus jefes⁷²⁷. Igualmente, se demostró que tanto **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** como **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** acudieron ante **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para exponer las irregularidades que caracterizaban las transacciones advertidas en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

En ese contexto, se encontró que las irregularidades advertidas por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, estuvieron relacionadas con los pagos que se hicieron para asegurar el éxito de la adición de la "*TRANSVERSAL RIO DE ORO-AGUACLARA-GAMARRA, CORRESPONDIENTES AL*

⁷²³ *Ibidem*.

⁷²⁴ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25. Documento: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

⁷²⁵ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Carpeta: "17-14777-081019P1" Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Min. 1:22:32.

⁷²⁶ Folio 4598 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. 13 de agosto de 2018. Min. 1:46:36.

⁷²⁷ Folio 4196 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**. Superintendencia de Industria y Comercio. 26 de julio de 2017. Min. 3:19:35.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL", la cual aumentó el margen previsto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Recuérdese que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo comunicó a **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversión de **CORFICOLOMBIANA**) su decisión de no autorizar pagos irregulares, entre ellos, los relacionados con el **CONSORCIO SION**, sino también acudió directamente⁷²⁸ a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para esa época, a rendir explicaciones detalladas respecto de las irregularidades que los caracterizaban.

Por último, se logró evidenciar que mientras **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** fungió como presidente de **CORFICOLOMBIANA**, pese a conocer y participar en el sistema anticompetitivo reprochado, no denunció ni tomó medida alguna para evitar que se siguiera perpetuando el sistema anticompetitivo, por el contrario, su aquiescencia permitió que el sistema se extendiera, por lo menos, durante 2016.

Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa⁷²⁹ ha señalado que:

*"(...) el hecho de que el demandante **no haya interpuesto alguna denuncia, queja o que hubiere adoptado medida alguna, denota una conducta de tolerancia ante el acuerdo anticompetitivo, pero más aún, el hecho que teniendo un cargo directivo hubiera permitido que dicha infracción se presentara, también facilitó la comisión de la misma**." (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra responsable a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por incurrir en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado, facilitado y tolerado la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

15.2.5. Responsabilidad de MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES

Encuentra este Despacho suficientes elementos de prueba que permiten arribar a la conclusión de que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** ejecutó el sistema anticompetitivo reprochado.

En efecto, se estableció que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, el 14 de enero de 2010, fue quien celebró el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 respecto del Sector 2 de la Ruta del Sol como Representante Legal Suplente de la **CONCESIONARIA**. Esta situación resulta relevante debido a que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** fue designado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** como el encargado por parte de **ODEBRECHT** para realizar directamente en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 *"la división de los costos, considerando el aporte que debía dar CORFICOLOMBIANA de los 6.5 millones de dólares que se había pagado a GABRIEL GARCÍA"*⁷³⁰.

En este orden de ideas, se encuentra probado que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** fue la persona que dirigió una solicitud de propuesta de servicios profesionales a la empresa **DCS MANAGEMENT**, teniendo una participación activa en su negociación. Incluso, estuvo encargado de recibir sus notificaciones⁷³¹. Además, se corroboró que fue el encargado de comunicar a **DCS MANAGEMENT** el reconocimiento del honorario de éxito por la suma de diez millones ochocientos

⁷²⁸ Folio 14608 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. 8 de octubre de 2019. Carpeta: "17-14777-081019P1", Min. 1:22:32.

⁷²⁹ Juzgado Cuarto (4) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2019. Rad. No. 110013334004 2017 00176 00.

⁷³⁰ Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA IDSY CO\DECLARACION LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR DEL 28-04.pdf. Declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. 28 de abril de 2017. pp. 6 y 7.

⁷³¹ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

noventa mil dólares (USD 10.890.000)⁷³² y que se realizaría su cesión, la cual aceptó por parte de **CONSOL**.

Por otro lado, se probó que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** llegó a realizar "comentarios sueltos" con el alcance de generar preocupación en **MAURICIO MILLÁN DREWS** de que **ODEBRECHT** "hubiera realizado algún acto irregular en alguna etapa del contrato hasta dicho momento"⁷³³.

De otra parte, se estableció que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** tuvo pleno conocimiento de los inicios de la estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que mediante correo electrónico del 5 de enero de 2010, con el asunto "Plazo firma del Contrato de Concesión", **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le indicó expresa y abiertamente que valdría la pena "influnciar algunos puntos del contrato de inmediato" con el propósito de "disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado"⁷³⁴.

No obstante lo anterior, en el Expediente no se encontró prueba que acreditara que **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** continuara vinculado con **ODEBRECHT** con posterioridad al año 2014, motivo por el cual se ordenará el archivo de la investigación en su favor, en la medida en que habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

15.2.6. Responsabilidad de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**

Encuentra este Despacho suficientes elementos de prueba que permiten arribar a la conclusión de que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** ejecutó el sistema anticompetitivo reprochado.

Así, se encuentra probado que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le requirió a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que le indicara la empresa a través de la cual se realizaría el pago y, con la finalidad de ejecutar la operación, solicitó a **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, "director de operaciones estructuradas", departamento de soborno independiente creado dentro de **ODEBRECHT**, que viajara a Colombia con la específica directriz de apoyarlo en esa tarea. Así mismo, se encuentra probado que participó en la programación de pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al cual le dieron el "nombre clave de costeño" y que empleó recursos económicos no contabilizados vía *offshore*⁷³⁵ para tal fin. De hecho, se pudo establecer que para llevar a cabo su ilícita tarea empleaba el seudónimo o alias de "Tushio".

No obstante lo anterior, en el Expediente no se encontró prueba que acreditara que **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** continuará vinculado con **ODEBRECHT** con posterioridad al año 2014, motivo por el cual se ordenará el archivo de la investigación en su favor, en la medida en que habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

DÉCIMO SEXTO: Consideraciones en relación con el cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración

Conforme lo dispuesto en el artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la concesión de los beneficios por colaboración en el acto administrativo que decida y ponga fin a la actuación administrativa. Establece el referido artículo que los beneficios convenidos previamente por el funcionario

⁷³² Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Carpeta: 11. DCS MANGMENT Archivo: Oferta Prestación de Servicios DCS_Management.pdf.

⁷³³ Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Archivo: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

⁷³⁴ Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

⁷³⁵ Folios 153 y 154 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

competente deberán ser concedidos en todos los casos salvo que se presente alguna de las situaciones taxativamente previstas por la norma⁷³⁶.

Al respecto, es importante reiterar que las obligaciones derivadas del **PBC** implican para el delator cumplir los requisitos de ingreso, así como prestar continua colaboración durante el transcurso de la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Frente al cumplimiento de las obligaciones de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** derivadas del Convenio de Beneficios por Colaboración, este Despacho considera que colaboró aportando elementos de juicio relevantes para la investigación, respondiendo en correcta forma cada uno de los requerimientos que le fueron realizados y presentándose en las oportunidades en que fue llamado a rendir su declaración. Así mismo, no existe ningún reproche frente a su comportamiento procesal.

En tal sentido, el delator (i) no contravirtió los hechos reconocidos en el trámite de su solicitud de beneficios por colaboración, (ii) atendió en correcta forma los requerimientos realizados por esta Superintendencia para la comprobación y ratificación de la información aportada y respecto de los hechos reconocidos, (iii) no destruyó, alteró u obstaculizó el acceso a la información relacionada con el acuerdo restrictivo de la competencia, (iv) no le fue probado que fuera el instigador o promotor del acuerdo anticompetitivo y (v) cumplió con sus obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración.

En consecuencia, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** debe ser beneficiado con la exención del pago de la multa, esto es el cien por ciento (100%) del valor que le corresponda por la responsabilidad en que incurrió al haber ejecutado la conducta anticompetitiva investigada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

DÉCIMO SÉPTIMO: Monto de las sanciones

De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad que la norma establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

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

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica

⁷³⁶ "1. Cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración.

2. Cuando el delator no facilite la práctica de testimonios de sus empleados o administradores.

3. Cuando el delator desatienda los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio para la comprobación o ratificación de la información suministrada y los hechos reconocidos.

4. Cuando el delator destruya, altere u obstaculice el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.

5. Cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia; y

6. Cuando el delator incumpla cualquiera de las obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

*también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad*⁷³⁷.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución se relacionan con el Proceso de Licitación Pública **SEA-LP-001-2009**, en particular en lo referente al Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y que la importancia de su correcta ejecución redundaría en la conexión de Bogotá con la costa caribe del país, particularmente con los puertos de la región, representando así uno de los principales corredores viales para aumentar la competitividad de múltiples sectores económicos. Por consiguiente, las conductas tuvieron un impacto significativo en la economía y el bienestar de la población.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas disponible en el Expediente, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria. También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad de los servicios involucrados.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

Adicionalmente, el artículo 49 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, estableció que:

"ARTÍCULO 49. CÁLCULO DE VALORES EN UVT. A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente".

En este sentido, se tendrá en cuenta que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - **DIAN** fijó, mediante Resolución No. 84 del 28 de noviembre de 2019, la Unidad de Valor Tributario (UVT) vigente para el 2020 en **TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$35.607.00)** para expresar las sanciones a imponer.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones a los investigados que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

⁷³⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 125 de 2003 (18 de febrero), MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

17.1. Investigados por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

17.1.1. Sanción a pagar por CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobre costo para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el sistema anticompetitivo de los investigados resultó exitoso, toda vez que la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, además de ser la única propuesta habilitada, resultó ser la adjudicataria del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, mediante Resolución No. 641 de 2009 del INCO. Lo anterior se materializó en el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010. Adicionalmente, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, como miembro de **CONSOL**, también se benefició de las conductas desplegadas durante la ejecución del contrato, aumentando sus utilidades respecto de la situación inicial.

En relación con el *grado de participación en la conducta*, se demostró durante la presente actuación administrativa que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** fue artífice del sistema anticompetitivo desplegado y desarrolló múltiples actuaciones que inequívocamente estuvieron dirigidas a: (i) interferir o alterar la estructuración del Proyecto Ruta del Sol; (ii) acordar junto con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** el pago de una retribución económica como contraprestación por garantizar la adjudicación del Sector 2 de dicho proyecto; (iii) pagar dicha retribución y acordar el cruce de cuentas del valor pagado con **CORFICOLOMBIANA**; (iv) concretar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y (v) realizar una estrategia de compensación en la que sus utilidades se vieron beneficiadas a través de una adición a dicho contrato. En el desarrollo de todas las actividades, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, a través de diferentes actores que la representaban, como **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** entre otros, tuvo un rol protagónico, garantizando el éxito de las diferentes fases del sistema anticompetitivo, así como camuflar las actuaciones ilegales y darles apariencia de legalidad.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que, para este caso, las empresas pertenecientes a la **CONCESIONARIA** contaron de forma indirecta con el 100% del mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, con lo cual el criterio será evaluado de forma neutra.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, se le impondrá una multa de **OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.780.299.178.00)** equivalentes a **DOS MILLONES CUATROCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.465.254 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 100% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.1.2. Sanción a pagar por ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobrecosto para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el sistema anticompetitivo resultó exitoso, toda vez que la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, además de ser la única propuesta habilitada, resultó ser la adjudicataria del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, mediante Resolución No. 641 de 2009 del INCO. Lo anterior se materializó en el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010. Adicionalmente, se benefició de las conductas desplegadas durante la ejecución del contrato, aumentando sus utilidades respecto de la situación inicial.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA** —ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**— fue artífice del sistema anticompetitivo desplegado y desarrolló múltiples actuaciones que inequívocamente estuvieron dirigidas a: (i) interferir o alterar la estructuración del Proyecto Ruta del Sol; (ii) acordar junto con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** el pago de una retribución económica como contraprestación por garantizar la adjudicación del Sector 2 de dicho proyecto; (iii) pagar dicha retribución y acordar el cruce de cuentas del valor pagado con **CORFICOLOMBIANA**; (iv) concretar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y (v) realizar una estrategia de compensación en la que sus utilidades se vieron beneficiadas a través de una adición a dicho contrato. En el desarrollo de todas las actividades, **ODEBRECHT INVESTIMENTO EM INFRAESTRUTURA LTDA** —ahora **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**—, a través de diferentes actores que la representaban, como **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** entre otros, tuvo

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

un rol protagónico, garantizando el éxito de las diferentes fases del sistema anticompetitivo, así como camuflar las actuaciones ilegales y darles apariencia de legalidad.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que, para este caso, las empresas pertenecientes a la **CONCESIONARIA** contaron de forma indirecta con el 100% del mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, con lo cual el criterio será evaluado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, se le impondrá una multa de **OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.780.299.178.00)** equivalentes a **DOS MILLONES CUATROCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.465.254 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 100% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.1.3. Sanción a pagar por CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.- CORFICOLOMBIANA

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.- CORFICOLOMBIANA** de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobrecosto para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el sistema anticompetitivo de los investigados resultó exitoso, toda vez que la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, además de ser la única propuesta habilitada, resultó ser la adjudicataria del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, mediante Resolución No. 641 de 2009 del INCO. Lo anterior se materializó en el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010. Adicionalmente, se benefició de las conductas desplegadas durante la ejecución del contrato, aumentando sus utilidades respecto de la situación inicial.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **CORFICOLOMBIANA** desde un inicio auspició y determinó, junto con **ODEBRECHT**, el despliegue del sistema anticompetitivo reprochado. En primer lugar, el acuerdo anticompetitivo estuvo determinado por la percepción de **CORFICOLOMBIANA** sobre los procesos de contratación en el país. En segundo lugar, se encontraron múltiples pruebas del conocimiento y autorización expresa de la empresa, por intermedio de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, de las negociaciones, tratativas y compromisos adquiridos en las reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, así como de la división posterior de dicho valor, que se materializaría a través de **EPISOL** en **CONSOL**. Respecto de la segunda fase del sistema, pudo establecerse que **CORFICOLOMBIANA**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, conoció y autorizó pagos irregulares, lo que habría permitido el éxito de dicha etapa en el sistema anticompetitivo. Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce que el grado de participación de **CORFICOLOMBIANA** en la conducta reprochada en algunos aspectos fue menor que el de **ODEBRECHT**, lo cual será tenido en cuenta para la tasación de la sanción.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que, para este caso, las empresas pertenecientes a la **CONCESIONARIA** contaron de forma indirecta con el 100% del mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, con lo cual el criterio será evaluado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.- CORFICOLOMBIANA**, se le impondrá una multa de **CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$55.564.723.500.00)** equivalentes a **UN MILLON QUINIENTOS SESENTA MIL QUINIENTAS UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.560.500 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 63% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.1.4. Sanción a pagar por ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobrecosto para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el sistema anticompetitivo de los investigados resultó exitoso, toda vez que la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, además de ser la única propuesta habilitada, resultó ser la adjudicataria del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, mediante Resolución No. 641 de 2009 del INCO. Lo anterior se materializó en el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010. Adicionalmente, **EPISOL**, como miembro de **CONSOL**, también se benefició de las conductas desplegadas durante la ejecución del contrato, aumentando sus utilidades respecto de la situación inicial.

En relación con el *grado de participación en la conducta*, se demostró durante la presente actuación administrativa que **EPISOL** fue parte del sistema anticompetitivo desplegado desde sus inicios, con la ideación y concreción del acuerdo anticompetitivo reprochado en su primera fase. Adicionalmente, se estableció que el vehículo para realizar el respectivo ajuste de cuentas fue **CONSOL**, del cual **EPISOL** era miembro y tenía empleados en misión, siendo una de las personas que aceptó los pagos **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Lo anterior, a pesar de que **EPISOL** tenía la facultad de supervisar el presupuesto de **CONSOL** y de autorizar "*todos los actos que generen gastos*" a través del Gerente de Administración Contractual. Sobre la segunda fase del sistema anticompetitivo, se probó que **EPISOL** tuvo conocimiento de los pagos irregulares pero que, pese a esto, los mismos fueron efectuados.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que, para este caso, las empresas pertenecientes a la **CONCESIONARIA** contaron de forma indirecta con el 100% del mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, con lo cual el criterio será evaluado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** se le impondrá una multa de **TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.826.650.000.00)** equivalentes a **NOVECIENTAS CINCUENTA MIL UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (950.000 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 39% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.1.5. Sanción a pagar por CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. —en liquidación—

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación** de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobrecosto para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como servidor público.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el sistema anticompetitivo de los investigados resultó exitoso, toda vez que la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, además de ser la única propuesta habilitada, resultó ser la adjudicataria del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol, mediante Resolución No. 641 de 2009 del INCO. Lo anterior se materializó en el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010. Adicionalmente, también se benefició de las conductas desplegadas durante la ejecución del contrato, aumentando sus utilidades respecto de la situación inicial.

En relación con el *grado de participación en la conducta*, se demostró durante la presente actuación administrativa que la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación** fue el vehículo mediante el cual se materializaron los pagos irregulares que hicieron parte del sistema anticompetitivo reprochado. Así, se probó que la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación** perpetuó la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la segunda fase del sistema anticompetitivo.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que, para este caso, la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación** contó con el 100% del mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, con lo cual el criterio será evaluado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. en liquidación**, se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$221.475.540.00)** equivalentes a **SEIS MIL DOSCIENTAS VEINTE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (6.220 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 0,25% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.1.6. Sanción a pagar por GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta sobre el mercado*, este Despacho encontró, tal y como se explicó en la sección referente al impacto de la conducta, que los efectos económicos causados por el sistema anticompetitivo desplegado por los investigados incluyeron: (i) pérdida de recursos por menor ahorro de la entidad contratante respecto de un escenario contrafactual en ausencia de la conducta; (ii) pago de contraprestaciones económicas, que también redundaron en un sobrecosto para el Estado y que fueron recuperadas por los infractores durante la ejecución del contrato y (iii) costo de oportunidad del uso de dichos recursos e ineficiencias generadas por la ausencia de la competencia y la pérdida de confianza por su participación de como servidor público.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tendrá en cuenta que, dado que en los procesos de contratación pública la competencia es por el mercado, se afectó el 100% del mismo, pues producto del esquema desplegado por los investigados, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos y durante la ejecución del contrato adjudicado. En el presente caso, el valor total del contrato adjudicado, incluyendo sus adiciones, fue de \$3.298.686.007.321.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró probado que el investigado, al haber participado en el sistema anticompetitivo obtuvo una retribución de carácter económico equivalente a seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) como contraprestación por los compromisos adquiridos y ejecutados en virtud de un acuerdo anticompetitivo.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** acordó con **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA** a cambio de una retribución económica que terminó seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) y desplegó diferentes actuaciones que determinaron el éxito del sistema anticompetitivo.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, este Despacho encuentra que el criterio no es aplicable a la conducta desplegada por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación del investigado, reiterando que cumplió íntegramente las obligaciones adquiridas en el marco de **PBC** y, por lo tanto, este Despacho le concederá la exención total (100%) del pago de la multa que corresponda imponer de conformidad con lo acordado en el Convenio por Colaboración suscrito con la Superintendencia de Industria y Comercio.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se le impondrá una multa de **VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$26.349.180.000.00)** equivalentes a **SETECIENTAS CUARENTA MIL UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (740.000 UVT)** por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 30% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Teniendo en cuenta el cumplimiento de los compromisos adquiridos dentro del **PBC**, este Despacho le concederá la exención total (100%) del pago de la multa relacionada con la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

17.2. Investigados por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009

17.2.1. Sanción a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta anticompetitiva desde su origen, siendo promotor, instigador y participe fundamental en el desarrollo de las dos fases del sistema reprochado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a los investigados en el acápite anterior.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.

Finalmente, en cuanto al *grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado tuvo un rol protagónico en la ejecución del acuerdo anticompetitivo. **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** realizó los acercamientos y posteriormente llegó al acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, estuvo al tanto de cumplir todos sus requerimientos para garantizar el éxito de dicho acuerdo e, incluso, desplegó labores de monitoreo y presión en su contra. Por otro lado, el investigado fue quien, en **ODEBRECHT**, concretó el pago de la retribución económica acordada, planificó con **CORFICOLOMBIANA** la división de costos para cubrir el pago en mención y participó en estrategias para camuflar los pagos irregulares y darles una apariencia de legalidad. Adicionalmente, el investigado facilitó el despliegue de otras estrategias en el marco del sistema anticompetitivo, al realizar contactos entre **OTTO NICOLÁS BULA BULA**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, como detalladamente se explicó en líneas anteriores.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, se le impondrá una multa de **MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.755.603.135.00)** equivalentes a **CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTAS CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (49.305 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 100% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

17.2.2. Sanción a LUIZ ANTONIO MAMERI

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **LUIZ ANTONIO MAMERI**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta anticompetitiva hasta su culminación.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a los investigados en el acápite anterior.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado estuvo involucrado en ambas fases del sistema anticompetitivo. Por un lado, conoció y aprobó el ofrecimiento de la retribución económica para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por parte de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. Igualmente, conoció la planificación que realizaron para la división de costos con la finalidad de cubrir el pago de la retribución económica del acuerdo anticompetitivo entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**. Adicionalmente, se comprobó que **LUIZ ANTONIO MAMERI** también conoció y autorizó los pagos realizados a **OTTO NICOLÁS BULA BULA**.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **LUIZ ANTONIO MAMERI**, se le impondrá una multa de **MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.228.975.605.00)** equivalentes a **TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTAS QUINCE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (34.515 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 70% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

17.2.3. Sanción a YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó la conducta anticompetitiva desde su origen y durante sus dos fases.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a los investigados en el acápite anterior.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** fue uno de los empleados de **ODEBRECHT** que sostuvo contacto directo con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para la materialización del acuerdo anticompetitivo desplegado durante la primera fase, así como que participó en la celebración de contratos simulados mediante los cuales se realizarían los pagos irregulares reprochados.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, se le impondrá una multa de **CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

QUINIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$185.512.470.00) equivalentes a CINCO MIL DOSCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.210 UVT) por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 10,57% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

17.2.4. Sanción a JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta anticompetitiva desde su origen y durante la ejecución de ambas fases del sistema reprochado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a los investigados en el acápite anterior.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.

Finalmente, en cuanto al *grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no solo participó de la ideación del acuerdo anticompetitivo, sino que además conoció de las reuniones privadas e ilegales que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** sostuvo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. De hecho, dicho acuerdo contó con el auspicio, conocimiento y aprobación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Adicionalmente, fue quien acordó la división de los costos entre **CORFICOLOMBIANA** y **ODEBRECHT**, así como tuvo conocimiento y aprobó pagos irregulares que se ejecutaron durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, se le impondrá una multa de **TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$393.991.455.00) equivalentes a ONCE MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (11.065 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 22,44% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

DÉCIMO OCTAVO: Caducidad de la facultad sancionatoria respecto a los cargos denominados "APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES" y "CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN"

18.1. Sobre el segundo cargo "APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES"

A continuación, este Despacho procede a pronunciarse sobre la imputación No. 2 denominada "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**", y donde acogerá la recomendación de archivo, sin realizar un análisis de fondo del asunto ni acoger las apreciaciones realizadas en el Informe Motivado sobre la responsabilidad de los investigados debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

La imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación señaló que **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL**, desde el inicio mismo de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, habrían aprovechado ilegalmente el conflicto de intereses derivado de la relación entre **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** (*Senior Investment Officer* de la **CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL -IFC-**) y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** (entonces Vicepresidente de Planeación Corporativa de **GRUPO AVAL**).

Revisado el material probatorio obrante en el Expediente, este Despacho encontró probado que el 18 de octubre de 2007, el **INCO** y la **IFC** celebraron un "*Convenio de Cooperación Técnica*"⁷³⁸ con el objetivo de que el organismo multilateral asistiera al **INCO** en la revisión, estructuración y puesta en marcha del proyecto. Así mismo, que las labores a su cargo en virtud del "*Convenio de Cooperación Técnica*" que celebró con el **INCO** estaban divididas en dos fases: una de "*Estructuración de la Transacción*" y otra de "*Implementación*" y que el desarrollo de cada una de estas actividades se llevó a cabo por los asesores contratados por la **IFC** y por miembros de su propio equipo atendiendo a la especialidad de cada uno⁷³⁹.

En este sentido, se encontró evidencia de que uno de los miembros del equipo de la **IFC** era **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** quien se desempeñaba como *Investment Officer* del Departamento de Servicios y Asesoría en Infraestructura para Latinoamérica y el Caribe de la **IFC**⁷⁴⁰.

Además, en relación con el rol de la **IFC** en especial la segunda fase del "*Convenio de Cooperación Técnica*", esto es, la de "*implementación*" se estableció que esta tenía como propósito "*la promoción y ejecución de la licitación hasta la adjudicación y acompañamiento al INCO en la conclusión de los actos de cierre*"⁷⁴¹.

Con base en lo anterior, y como lo indicó el Informe Motivado, es posible afirmar que "*no se demostró que MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS tuviera un rol activo con posterioridad a la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2*"⁷⁴² de modo que "*la adjudicación del Proyecto Ruta del Sol 2 fue el último momento en el cual se demostró, en el curso de esta investigación administrativa, la participación de MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS*"⁷⁴³.

En este orden de ideas, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, comoquiera que el Proyecto Ruta del Sol 2 se adjudicó el 15 de diciembre de 2009 y es hasta ese

⁷³⁸ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁷³⁹ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁷⁴⁰ Folio 5971 del Cuaderno Público No. 28. Certificado de historia laboral expedido por International Finance Corporation (IFC).

⁷⁴¹ Folios 3348 a 3365 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁷⁴² Rad. SIC No. 17-14777-1171 del 23 de julio de 2020. p. 309.

⁷⁴³ *Ibidem*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

momento en el cual se demostró la participación de **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, este Despacho considera que la facultad sancionatoria caducó en el año 2014.

En consecuencia se archivará la presente investigación en lo relacionado con la imputación No. 2 respecto a **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. – CORFICOLOMBIANA, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – ESPISOL S.A., GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A., LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ, DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA, JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO, ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA y MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS.**

18.2. Sobre el tercer cargo "CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN"

A continuación, este Despacho procede a pronunciarse sobre la imputación No. 3 denominada "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", y donde acogerá la recomendación de archivo, sin realizar un análisis de fondo del asunto ni acoger las apreciaciones realizadas en el Informe Motivado sobre la responsabilidad de los investigados debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

La imputación se fundamentó en la posible infracción de las normas de la libre competencia económica por la supuesta inobservancia de la regla que prohibía a los interesados en el proceso de selección contractual, mantener contactos privados y directos con personas vinculadas a la IFC y al INCO, en especial con **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, una vez se dio apertura al proceso de selección.

En ese sentido, se probó que: (i) el INCO y la IFC celebraron un "*Convenio de Cooperación Técnica*"⁷⁴⁴; (ii) uno de los miembros del equipo de la IFC era **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**; (iii) el rol de la IFC, en especial durante la segunda fase del "*Convenio de Cooperación Técnica*", esto es, la de "*implementación*" tenía como propósito "*la promoción y ejecución de la licitación hasta la adjudicación y acompañamiento al INCO en la conclusión de los actos de cierre*"⁷⁴⁵. Adicionalmente, como lo indicó el Informe Motivado⁷⁴⁶, dado que la imputación giraba en torno a la supuesta inobservancia de la regla que prohibía a los interesados en el proceso de selección contractual, mantener contactos privados y directos con personas vinculadas a la IFC y al INCO, la última conducta constitutiva del hecho habría tenido lugar en el año 2009 con la adjudicación.

En este orden de ideas, se encontró probado que los supuestos contactos directos y privados entre **ODEBRECHT** con personas vinculadas a la IFC y al INCO en infracción al reglamento del proceso de selección y los pliegos de condiciones, de haberse configurado, tendrían como fecha de la última conducta constitutiva del hecho reprochado el año 2009 con la adjudicación. Por consiguiente, de conformidad con lo señalado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho considera que la facultad sancionatoria caducó en el año 2014 y archivará la presente investigación en lo relacionado con la imputación No. 3 respecto a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA. (ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.), LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES y MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS.**

En razón al archivo de la investigación respecto a los cargos denominados "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", por la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, este

⁷⁴⁴ Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁷⁴⁵ Folios 3348 a 3365 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

⁷⁴⁶ Rad. SIC No. 17-14777-1171 del 23 de julio de 2020 a p. 346.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre las solicitudes de nulidad, archivo y revocatoria directa propuestas por los investigados sobre el particular y, en consecuencia, por sustracción de materia, dispondrá su rechazo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, identificada con NIT 800.155.291-4; **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, identificada con CNPJ/MF 07.668.258000100; **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, identificada con NIT 890.300.653-6; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**, identificada con NIT 900.192.242-3; **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.330.667-2 y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343, violaron la libre competencia por haber incurrido en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343 cumplió con el Programa de Beneficios por Colaboración respecto de la investigación por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y por la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución y, en consecuencia, **CONCEDER** la exoneración total del pago de la multa a que hubiere lugar, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: IMPONER a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, identificada con NIT 800.155.291-4; **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, identificada con CNPJ/MF 07.668.258000100; **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, identificada con NIT 890.300.653-6; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**, identificada con NIT 900.192.242-3; **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.330.667-2 y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343, por haber incurrido en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, las siguientes multas:

3.1. A CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., identificada con NIT 800.155.291-4, una multa de **OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.780.299.178.oo)** equivalentes a **DOS MILLONES CUATROCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.465.254 UVT)**, por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

3.2. A ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A., identificada con CNPJ/MF 07.668.258000100 una multa de **OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.780.299.178.oo)** equivalentes a **DOS MILLONES CUATROCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.465.254 UVT)**, por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

3.3. A CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A., identificada con NIT 890.300.653-6 una multa de **CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$55.564.723.500.oo)** equivalentes a **UN MILLON QUINIENTOS SESENTA MIL QUINIENTAS**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.560.500 UVT), por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

3.4. A ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., identificada con NIT 900.192.242-3 una multa de **TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.826.650.000.00)** equivalentes a **NOVECIENTAS CINCUENTA MIL UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (950.000 UVT)**, por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

3.5. A CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, identificada con NIT 900.330.667-2 una multa de **DOSCIENTOS VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$221.475.540.00)** equivalentes a **SEIS MIL DOSCIENTAS VEINTE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (6.220 UVT)**, por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

3.6. A GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343 una multa de **VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$26.349.180.000.00)** equivalentes a **SETECIENTAS CUARENTA MIL UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (740.000 UVT)**, por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

PARÁGRAFO PRIMERO: Como consecuencia del cumplimiento de los compromisos adquiridos dentro del Programa de Beneficios por Colaboración, se concede la exención total (100%) del pago de la multa relacionada con la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343.

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

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

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que **LUIZ ANTONIO MAMERI**, identificado con cédula de identidad No. 3382231 IFP-RJ; **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con pasaporte No. F0620486; **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.833.902 y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.369.232 incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER las siguientes sanciones a las personas vinculadas con **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, identificada con NIT 800.155.291-4 y **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, identificada CNPJ/MF

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

07.668.258000100 por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución:

5.1. A LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, identificado con pasaporte No. F0620486, una multa de **MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL CIENTO TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.755.603.135.00)** equivalentes a **CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTAS CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (49.305 UVT)**, 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, respecto a la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

5.2. A LUIZ ANTONIO MAMERI, identificado con cédula de identidad No. 3382231 IFP-RJ, una multa de **MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.228.975.605.00)** equivalentes a **TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTAS QUINCE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (34.515 UVT)**, 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, respecto a la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

5.3. A YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.833.902 una multa de **CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$185.512.470.00)** equivalentes a **CINCO MIL DOSCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.210 UVT)**, 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, respecto a la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

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

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

ARTÍCULO SEXTO: IMPONER la siguiente sanción a la persona vinculada con **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, identificada con NIT 890.300.653-6, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución:

6.1. A JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.369.232 una multa de **TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$393.991.455.00)** equivalentes a **ONCE MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (11.065 UVT)**, 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, respecto a la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

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

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

ARTÍCULO SÉPTIMO: ARCHIVAR la investigación en favor de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, identificado con cédula de extranjería No. 372.291 y de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, identificado con cédula de identidad No. 12.617.267-5, respecto de su responsabilidad en la imputación No. 1 dispuesta en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: ARCHIVAR la investigación en favor de **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, identificada con NIT 890.300.653-6; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**, identificada con NIT 900.192.242-3 y **GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.**, identificada con NIT 800.216.181-5, respecto de su responsabilidad en la imputación No. 2 dispuesta en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO NOVENO: ARCHIVAR la investigación en favor de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.369.232; **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.411.801; **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.504.690; **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.463.398; **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.356.022 y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.749.873, respecto de su responsabilidad en la imputación No. 2 dispuesta en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO: ARCHIVAR la investigación en favor de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, identificada con NIT 800.155.291-4; **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, identificada con CNPJ/MF 07.668.258000100, respecto de su responsabilidad en la imputación No. 3 dispuesta en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: ARCHIVAR la investigación en favor de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con pasaporte No. F0620486; **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.833.902; **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, identificado con cédula de extranjería No. 372.291 y **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.749.873, respecto de su responsabilidad en la imputación No. 3 dispuesta en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a **JULIO MARIO BONILLA ALDANA** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.022.725.163 y Tarjeta Profesional No. 215.190 del Consejo Superior de la Judicatura y a **EDWARD ALBERTO CRISTANCHO MENDIETA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.022.326.787 y Tarjeta Profesional No. 193.563 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en adelante actúen en calidad de apoderados especiales de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.330.667-2, en la presente actuación administrativa.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad, archivo y revocación directa propuestas por los investigados de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: ORDENAR a los sancionados, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.; ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.; CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.; ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.; CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN; GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES; LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR; LUIZ ANTONIO MAMERI; YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, informan que:*

*Mediante Resolución No. 82510 de 2020 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.; ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.; CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.; ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.; CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por haber incurrido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Por su parte, se impusieron sanciones a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR; LUIZ ANTONIO MAMERI; YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

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

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, identificada con NIT 800.155.291-4; **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**, identificada con CNPJ/MF 07.668.258000100; **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**, identificada con NIT 890.300.653-6; **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**, identificada con NIT 900.192.242-3; **GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.**, identificada con NIT 800.216.181-5; **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.330.667-2; **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343; **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con pasaporte No. F0620486; **LUIZ ANTONIO MAMERI**, identificado con cédula de identidad No. 3382231 IFP-RJ; **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, identificado con cédula de identidad No. 12.617.267-5; **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, identificado con cédula de extranjería No. 372.291; **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.833.902; **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.369.232; **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.411.801; **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.504.690; **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.463.398; **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.356.022; **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.749.873 y a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, identificada con NIT 830.125.996, en su condición de tercero interesado.

ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: COMUNICAR la presente decisión a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para los fines de su competencia.

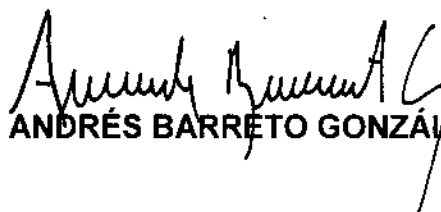
"Por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia"

ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los (**28 DIC 2020**)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: A. Yáñez
Revisó y Aprobó: A. Pérez

