



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

RESOLUCIÓN **30343** DE 2021  
( **20 MAY 2021** )

Radicación No. 17-14777

**VERSIÓN PÚBLICA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020<sup>1</sup> (en adelante "Resolución No. 82510 de 2020" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA LTDA —ahora ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.—** (en adelante se denominarán "ODEBRECHT"), **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. - CORFICOLOMBIANA S.A.** (en adelante "CORFICOLOMBIANA"), **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.** (en adelante "EPISOL"), **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. —ahora CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN—** (en adelante la "CONCESIONARIA") y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, por haber incurrido en las conductas descritas 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 expuestos en la parte considerativa de la mencionada Resolución.

Así mismo, se impusieron sanciones a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (Director Superintendente de ODEBRECHT en la época de los hechos), **LUIZ ANTONIO MAMERI** (Vicepresidente de ODEBRECHT para América Latina en la época de los hechos), **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** (Director Jurídico de ODEBRECHT para Colombia en la época de los hechos) y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (Presidente de CORFICOLOMBIANA en la época de los hechos), 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 facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar las conductas violatorias de la libre competencia contenidas 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, de conformidad con los motivos expuestos en la Resolución Sancionatoria.

**Tabla No. 1. Sanciones - Resolución No. 82510 de 2020**

<b>Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009</b>		
	<b>SANCIONADOS</b>	<b>MONTO DE LA MULTA</b>
<b>1</b>	<b>CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.</b>	<b>\$ 87.780.299.178</b>
<b>2</b>	<b>ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.</b>	<b>\$ 87.780.299.178</b>
<b>3</b>	<b>CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.</b>	<b>\$ 55.564.723.500</b>
<b>4</b>	<b>ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.</b>	<b>\$ 33.826.650.000</b>

<sup>1</sup> Radicado SIC 17-14777-1287 del cuaderno público No. 68 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de "Expediente" se hace referencia al Rad. No. 17-14777.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009		
5	CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN	\$ 221.475.540
6	GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES	\$ 26.349.180.000

Tabla No. 2. Sanciones - Resolución No. 82510 de 2020

Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009		
	SANCIONADOS	MONTO DE LA MULTA
1	LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR	\$ 1.755.603.135
2	LUIZ ANTONIO MAMERI	\$ 1.228.975.605
3	YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN	\$ 185.512.470
4	JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA	\$ 393.991.455

En la Resolución No. 82510 de 2020, se determinó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** cumplió con los compromisos adquiridos en virtud del Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante "PBC") y, en consecuencia, se le concedió la exoneración del 100% del pago de la multa impuesta.

A su vez, se decidió archivar la investigación en favor de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** (Vinculado al Departamento de Operaciones Estructuradas de **ODEBRECHT** en la época de los hechos) y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** (Empleado de **ODEBRECHT** designado como Director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol en la época de los hechos), respecto de los cargos formulados bajo la imputación denominada "**PAGO SOBORNO**", debido a que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, operó la caducidad de la facultad sancionatoria, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución Sancionatoria.

De otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio también ordenó el archivo de la investigación en favor de **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, **GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.** (en adelante "GRUPO AVAL"), **LUIZ CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**, **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**, **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **YEZID AGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, respecto de los cargos formulados bajo las imputaciones denominadas "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", debido a que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 82510 de 2020, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, en el término legal pertinente, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, la **CONCESIONARIA**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, interpusieron recursos de reposición. A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

### 2.1. Argumentos presentados por ODEBRECHT

- Se desconoció el principio de congruencia toda vez que la conducta reprochada no coincide en su totalidad con la imputada.
- Se introdujeron nuevos hechos y argumentos que no fueron expuestos a lo largo de la investigación, tales como la participación de **STRUCTURE S.A. BANCA DE INVERSIÓN** (en adelante "**STRUCTURE**") en la estructuración del Proyecto Ruta del Sol y el Otrosí No. 6 que se celebró para la adición del tramo 8.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se incurrió en falsa motivación debido a que los sustentos probatorios no permiten concluir que existió una conducta contraria a la libre competencia.
- No existió un sistema anticompetitivo toda vez que los hechos sancionados no son reprochables desde la libre competencia y fueron objeto de sanción por las autoridades competentes.
- Se desconoció el principio del *non bis in idem* al sancionar una misma conducta a través de dos normas diferentes. Esto en la medida en que los hechos que supuestamente sustentan el llamado "sistema anticompetitivo" engloban lo que se denominó un acuerdo colusorio.
- Se vulneró el debido proceso al utilizar material probatorio nulo de pleno derecho. No se tuvo la oportunidad de contradecir pruebas como dictámenes periciales y testimonios trasladados que fueron utilizados ampliamente para justificar la sanción.
- Se desconoció el principio de tipicidad. Los supuestos analizados y sancionados no corresponden a la descripción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir, no se configuran los elementos del tipo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció su propio precedente al concluir que un acuerdo puede ser celebrado entre personas que no pueden considerarse como agentes del mercado, como lo es **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- La facultad sancionatoria estaba caducada. Es equivocada la teoría utilizada debido a que no se configuraron los elementos de una conducta continuada.
- Se incurrió en un grave error de aplicación de normas procesales en el tiempo al indicar que la norma para contabilizar la caducidad es la Ley 1340 de 2009 y no el Decreto 01 de 1984.
- La sanción impuesta es completamente desproporcional. No se hizo una verdadera graduación de la sanción que tenga en cuenta los criterios utilizados para determinar su valor. Tampoco existió motivación que permita concluir que se debe imponer la máxima multa.
- Se desconoció el principio del *non bis in idem* al sancionar dos veces una misma conducta y unos mismos hechos por considerarlos tipificados de manera simultánea en la prohibición general y, en la especial, en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Se presentó una doble tipificación y sanción por los mismos hechos al considerar que constituyen a su vez un sistema anticompetitivo y un acuerdo de colusión en licitación pública.
- En virtud del artículo 29 de la Constitución y el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en los procedimientos administrativos sancionatorios existe una imposibilidad de sancionar a un mismo sujeto por unos mismos hechos a través de dos infracciones o tipificaciones.
- De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado solo es factible sancionar dos veces una misma conducta cuando la presunta infracción vulnera distintos bienes jurídicos protegidos por diferentes áreas del derecho y cuando, el proceso y la sanciones, cuenten con distintas finalidades.
- No existía competencia para reprochar hechos que se relacionan con el pago de la contraprestación del acuerdo anticompetitivo, que fueron analizados por las autoridades competentes.
- Las estrategias implementadas para supuestamente asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo, tales como (i) difuminar información con el propósito de desacreditar competidores y (ii) limitar la participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto de Ruta del Sol, no fueron expuestas en la Resolución de Apertura de Investigación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El supuesto "*sistema*" engloba todos los hechos que guardan relación con el "*acuerdo restrictivo de la competencia*". De ahí que sea contrario a la propia Constitución que se pretenda sancionar los mismos hechos dos veces, con normas completamente distintas, a saber, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1929.
- La interpretación de la prohibición general en sentencia C-032 de 2017 y los criterios de solución de antinomias de las Leyes 57 y 153 de 1887 impiden concluir que unos mismos hechos puedan tipificarse concurrentemente bajo la prohibición general y las prohibiciones especiales en materia de acuerdos restrictivos.
- Las disposiciones especiales se aplican de manera excluyente y no concurrente a la norma de orden general. Los criterios definidos por el legislador para determinar las disposiciones aplicables a un caso particular son claros en indicar que toda norma de aplicación especial excluye la aplicación de una general.
- De conformidad con el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 ante un caso particular se debe preferir y aplicar de manera excluyente las disposiciones especiales sobre las de carácter general.
- Se presentó una incorrecta aplicación del criterio de especialidad al analizar la interacción de la prohibición general con las demás prohibiciones, pues las mismas no pueden coexistir para sancionar su infracción por unos mismos hechos.
- El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 constituye una norma de carácter general frente a las disposiciones especiales previstas en el Decreto 2153 de 1992. En aplicación al criterio de especialidad, no se debe tipificar una misma conducta como una infracción a la norma general y, de manera concurrente, a las disposiciones especiales.
- Se motivó la decisión en múltiples medios de prueba sin contradicción. Por tanto, su práctica e incorporación viola el debido proceso. Estas pruebas, en los términos del artículo 29 de la Constitución y artículo 164 de la Ley 1564 de 2012, son nulas de pleno derecho y no pueden ser empleadas para motivar la decisión recurrida.
- Se deben excluir los testimonios trasladados al procedimiento administrativo de procesos judiciales debido a que no se garantizó su contradicción a través de los mecanismos previstos en la Ley 1564 de 2012, ni el derecho a participar efectivamente interrogando a los testigos.
- El mecanismo de contradicción para las pruebas trasladadas está previsto expresamente en el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012. De suerte que la legislación, aplicable por remisión expresa del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, establece los instrumentos para que se materialice el derecho de los investigados a participar efectivamente en la producción de la prueba.
- El decreto de oficio de las pruebas trasladadas no individualizó ni determinó los medios de prueba particulares que se buscaba allegar al procedimiento administrativo sancionatorio. Esto impidió conocer con precisión y exactitud los medios de prueba y, por tanto, ejercer en debida forma los mecanismos de contradicción frente a cada uno.
- La Superintendencia de Industria y Comercio nunca corrió traslado, ni dio oportunidad para controvertir las pruebas trasladadas.
- La Resolución No. 33788 de 2019 fue emitida con posterioridad a que finalizara la oportunidad para rendir descargos y aportar o solicitar pruebas por los investigados. Es decir, tras la única oportunidad que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 prevé para la solicitud de pruebas y para ejercer la contradicción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No existió certeza de la naturaleza y contenido de las pruebas trasladadas, y tampoco se corrió un traslado formal para el ejercicio del derecho fundamental de contradicción. En la Resolución No. 63380 de 2019 se informó que se encontraban en el Expediente, sin embargo, nunca se corrió traslado para controvertirlas, ni se indicó, al igual que al momento de su decreto, las pruebas particulares y concretas que fueron trasladadas.
- Se debe excluir las pruebas trasladadas del proceso penal contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, así como aquellos testimonios recabados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y que carecieron de contradicción y, en consecuencia, abstenerse de fundamentar la decisión a partir de dichos medios de prueba.
- La decisión se fundamentó en múltiples estudios que son dictámenes periciales de conformidad con la Ley 1564 de 2012. No se controvertió el contenido de los documentos técnicos ni las calidades de quienes los realizaron y su empleo se debe excluir de la motivación de la decisión.
- En el evento en que no se les estime como dictámenes periciales, sino medios de prueba innominados, en virtud de la libertad probatoria establecida en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012, debe tenerse en cuenta que la contradicción de estos medios de prueba se rige igualmente por las disposiciones legales que corresponde a los dictámenes periciales.
- Existió falta de congruencia entre la imputación y los elementos por los cuales se atribuye responsabilidad lo que vulneró el derecho al debido proceso.
- Aunque en la Resolución de Apertura de Investigación no se indicó de forma minuciosa a qué se refería con "sistema", sí indicó que este ocurrió respecto a hechos de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, al señalar que *"las personas que tendrán la calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que 52 participaron EPISOL y ODEBRECHT obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sof"*.
- El reproche en la Resolución de Apertura de Investigación se circunscribió a hechos ocurridos en el marco del Proceso de Licitación SEA-LP-001-2009, no así para la ejecución del contrato ni los otros que posteriormente se celebraron.
- En la imputación jurídica no se incluyó lo relacionado con el denominado "sistema de reembolsos o pagos ilegales" referente a los pagos posteriores a la adjudicación del contrato de concesión; así como tampoco lo relacionado con la adición contractual (Ocaña – Gamarra).
- La Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación y formuló cargos únicamente por hechos que rodearon la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y no por su ejecución ni adiciones.
- El "sistema de reembolsos o pagos ilegales" y el tema de la adición contractual (Ocaña – Gamarra) no son simples circunstancias de modo, tiempo o lugar que "complementan" los cargos formulados, en realidad se trata de nuevos y complejos hechos.
- Los hechos reprochados no son configurativos de lo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 debido a que no se puede concluir que dos (2) agentes de mercado hayan celebrado tal acuerdo. Sin la presencia de, por lo menos, dos (2) agentes de mercado es imposible aducir que exista un acuerdo contrario a la libre competencia.
- Se cometió un error al indicar que se concertó con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** una obstaculización en contra de otros proponentes en el proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, máxime cuando este declaró que el objeto del acuerdo era el riguroso cumplimiento

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

del pliego de condiciones, lo cual difiere completamente de una colusión prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

- No se afectó la competencia al interior del proceso de selección y, mucho menos, se generó una distribución de concursos o fijación de los términos de otras propuestas.
- El concepto de acuerdo en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 se refiere a *"todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*. El tipo sancionatorio exige que un número plural de agentes competidores lo celebren en una licitación o concurso, o cuyo efecto sea distribuirse la adjudicación.
- Un agente de mercado es quien realmente concurre en el mercado y no quien tenga injerencia en el proceso de licitación pública. La interpretación de la Resolución Sancionatoria dista de la noción de acuerdo reiterada por la propia Superintendencia de Industria y Comercio (doctrina probable), al no darse la concurrencia, por lo menos, de dos (2) agentes de mercado.
- Con independencia de que el acuerdo sea horizontal o vertical, tanto las normas pertinentes como la interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio, son claras en la necesidad de que requieren, por lo menos, la concurrencia de dos (2) agentes de mercado.
- El criterio de interpretación de principio del efecto útil de las normas no es aplicable debido a que la definición de acuerdo requiere la presencia de dos (2) o más empresas (agentes de mercado). De ahí que no sea necesario acudir a otro tipo de interpretaciones diferentes al tenor de lo que dispone la propia norma, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil.
- No existe sinonimia entre los conceptos *"corrupción"* y *"colusión"* debido a que son supuestos distintos que afectan bienes jurídicos diferentes, mientras uno afecta la moralidad pública, el otro la libre competencia.
- La denominada *"dinámica de reembolsos y pagos irregulares"* que se consideró parte de un sistema no guarda relación con cualquier sistema tendiente a limitar la libre competencia. Dichas circunstancias, pese a resultar reprochables desde distintos puntos de vista del derecho sancionatorio —penal o administrativo—, no tienen relación teleológica con la infracción de las normas de protección de la competencia.
- Se señaló que la *"dinámica de reembolsos y pagos irregulares"* hace parte de la *"segunda fase"* del sistema anticompetitivo. Sin embargo, no se fundamentó cómo la existencia de pagos irregulares para compensar el soborno afectó la libre competencia.
- La eventual desviación de recursos destinados a la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 es reprochable desde el derecho penal o desde la perspectiva del derecho administrativo sancionatorio de los profesionales de la contabilidad o de los administradores, o desde la responsabilidad fiscal y, en ningún caso, pueden relacionarse como un mecanismo para limitar la concurrencia de competidores al mercado.
- Se desconoció que **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** nunca ostentó la calidad de miembro de **CONSOL** y no puede ser responsable por hechos relativos a la presunta *"dinámica de reembolsos y pagos irregulares"*. El consorcio se encontraba integrado por **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, **EPISOL** y **CCS CONSTRUCTORES**.
- Según la Corte Constitucional, los reproches de responsabilidad administrativa sancionatoria son personalísimos. La responsabilidad no puede recaer en **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** sino en la **CONCESIONARIA**, que fue quien se aduce efectuó los pagos que se estiman irregulares y parte del sistema anticompetitivo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho de que **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** hubiese sido accionista de la **CONCESIONARIA** no lo hace responsable por infracciones administrativas cometidas por esa sociedad. Tampoco por conductas imputables a miembros de **CONSOL**.
- Se vulneró el principio de legalidad y tipicidad con la afirmación de que aun cuando la finalidad del soborno era garantizar el cumplimiento de las reglas del proceso licitatorio "*no por ello perdería su carácter anticompetitivo*", esa suposición no está expresamente consagrada en los supuestos fácticos previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.
- Las pruebas demuestran que no se vulneró el principio de selección objetiva y además que se cumplieron con las reglas del pliego de condiciones.
- La facultad sancionatoria caducó desde antes de que se profiriera la decisión, que se presentara el Informe Motivado, incluso antes que se formulara pliego de cargos.
- Se debe aplicar el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, con independencia del carácter continuado o no de la conducta. De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la jurisprudencia del Consejo de Estado "*los términos que comenzaron a correr en vigencia de una Ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma*".
- Es aplicable el principio de favorabilidad que supone que la Ley posterior y restrictiva (mayor término de caducidad y previsión de conductas continuadas) no resulta aplicable a conductas que iniciaron su ejecución en vigencia de una Ley anterior y más favorable a los sujetos pasivos del poder punitivo del Estado.
- Para obviar la aplicación del principio de favorabilidad se recurrió a aspectos relativos a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia en materia penal que no resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionatorio.
- La aplicación temporal de las disposiciones procesales y el principio de favorabilidad impiden la aplicación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. El término de caducidad se encuentra íntegramente regido por el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, que prevé un término de tres (3) años, y no establece un cómputo diferente en materia de conductas continuadas.
- Las conductas imputadas no son continuadas y, en todo caso, su ejecución finalizó en 2009. Se omitió efectuar una valoración individual para comprobar el término de caducidad de la presunta colusión en una licitación pública y la existencia de un supuesto sistema anticompetitivo, circunstancias que, si bien tienen puntos en común, son totalmente escindibles y diferenciables, por lo que el término de caducidad para cada una de ellas debe ser independiente.
- Los aspectos propios de la presunta colusión en una licitación pública (artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y un sistema anticompetitivo (artículo 1° de la Ley 155 de 1959) son distintos. Existen dos conductas diferenciables, que impiden considerar la existencia de una conducta continuada. Cualquier hecho posterior, como un mecanismo relativo a la "*dinámica de reembolsos y pagos irregulares*" es ajeno a la colusión y tiene una finalidad o intención distinta.
- La extensión de los efectos anticompetitivos, con razón de la ejecución del contrato o de mecanismos para una "*dinámica de reembolsos y pagos irregulares*", se encuentra totalmente fuera del tipo sancionatorio previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo que el supuesto acuerdo colusorio habría caducado.
- Existen dos intenciones diferenciables, no solo de manera conceptual, sino también cronológica, y dos conductas distintas. Una previa a la adjudicación del contrato con la supuesta finalidad de coludir la licitación y obtener la adjudicación (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992),

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

y otra totalmente escindible y posterior a la adjudicación, encaminada a encubrir la primera (artículo 1° Ley 155 de 1959).

- Si realmente se presentara una conducta contraria a la libre competencia, la unidad de intención —*adjudicación del contrato*— se concretó con el acto administrativo en el cual se obtuvo tal finalidad, es decir, el acto de adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 del 14 de diciembre de 2009, a partir de ese día se debe contar el término de caducidad.
- De conformidad con diferentes decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en colusiones en licitaciones públicas, la caducidad de la facultad sancionatoria: (i) no puede iniciar su cómputo después del acto de adjudicación; (ii) tampoco resulta ajustado a la ley contar su término a partir de la liquidación del contrato y (iii) los efectos o beneficios conseguidos con el acuerdo colusorio no pueden ser equiparados a la conducta típica.
- De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia penal sobre la prescripción en materia de delitos continuados, se establece que la prescripción se cuenta desde el instante de la culminación del fin, es decir, desde la obtención del objetivo que, en este caso, sería la adjudicación del contrato.
- El sustento fáctico de la acusación y el debate probatorio durante la investigación giró en torno a supuestas conductas anticompetitivas durante el proceso licitatorio, lo cual llegó a su fin con la adjudicación del contrato estatal, tal y como se concluyó frente a las otras imputaciones.
- Se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que transcurrieron más de tres (3) y/o cinco (5) años, si se considera la fecha en que: (i) se suscribió el contrato de concesión (14 de enero de 2010); (ii) **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** dejó de ser Gerente Encargado del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** (en adelante "INCO") (18 de enero de 2010) o Viceministro de Transporte (31 de marzo de 2010) o (iii) la última transferencia a **LURION TRADING** (septiembre de 2010).
- Existen pruebas documentales y testimoniales que demuestran que las actuaciones del Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial estuvieron ajustadas a la ley y al pliego de condiciones.
- El poder decisorio de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en la etapa de evaluación careció de trascendencia, pues se limitó a acatar las recomendaciones previstas para garantizar la transparencia y selección objetiva en el curso del proceso licitatorio.
- No existe prueba que demuestre que el soborno influyó en la adjudicación del contrato. El análisis y evaluación de las propuestas estuvo a cargo del Comité Evaluador, quien contó con el acompañamiento del Comité Asesor Especial de alto nivel. Tampoco hay evidencia que acredite que el soborno contaminó la decisión de los Comités y a ninguno de sus miembros se les abrió pliego de cargos.
- El Comité Asesor Especial era única y exclusivamente un cuerpo consultivo, que jamás tuvo la intención ni se inmiscuyó en la evaluación de las propuestas. No existe prueba de que participó efectivamente en la evaluación de las ofertas, asesorando o dirimiendo las controversias que se presentaron al interior del Comité Evaluador.
- Los miembros del Comité Asesor Especial eran personas con una trayectoria especialmente destacada, profesionales experimentados en diferentes materias y reconocidos en el ámbito de la contratación pública e inclusive, exfuncionarios de alto nivel del **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN** (en adelante "DNP"), **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** y del **CONSEJO DE ESTADO**.
- Se desconoció lo que demuestran las pruebas en relación con la acreditación del requisito de la experiencia y la exclusión de la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pasajeros. El 14 de octubre de 2009 el INCO consideró que la experiencia en construcción de ferrocarriles y metros no correspondía con la complejidad de obras de construcción asociadas con los sectores incluidos en la definición de sector de infraestructura que se utilizó para acreditar experiencia de construcción en general.

- La **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.** (en adelante "**VÍAS DEL SOL**") fue excluida del proceso de selección en la medida en que no acreditó los requisitos de experiencia necesarios para toda propuesta bajo la fórmula de economía de escala, circunstancia totalmente ajena y desconocida por **ODEBRECHT**, quién no tenía conocimiento de qué oferentes se presentarían en ese sector y menos como lo harían.
- Se incurrió en una grave contradicción en el **PBC**. Se aceptaron de manera parcial las declaraciones de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como delator. Se omitió valorar integralmente su contenido, lo que permitía concluir que: (i) el pago del soborno fue para que se cumplieran con los términos del pliego de condiciones y (ii) este no influyó o intervino en decisiones del Comité Evaluador o Comité Asesor Especial para la adjudicación.
- Se interpretó a conveniencia el contenido de las declaraciones de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y expresamente se omitieron manifestaciones que favorecían a **ODEBRECHT** para ser exonerados de haber incurrido en prácticas restrictivas de la competencia.
- La sanción no atiende a criterios de proporcionalidad de las sanciones, al principio de legalidad de las faltas, ni a la regulación de las competencias discrecionales de las autoridades administrativas.
- En la graduación de la sanción se estimó que la inexistencia de aspectos negativos en la conducta procesal daba lugar a una valoración "*neutra*" de este criterio. Sin embargo, representa una circunstancia positiva para tasar la multa que da lugar a una reducción.
- Debido a que no es jurídicamente viable calificar unos mismos hechos bajo la prohibición general y un acuerdo restrictivo de la competencia, por infringir el principio del *non bis in idem*, la tasación de la sanción debe reflejar la infracción de un único tipo sancionatorio.
- En virtud de los principios de legalidad de las faltas y favorabilidad, que establecen que las sanciones impuestas sean las vigentes al momento de la comisión de la infracción y no las establecidas al momento de su imposición, se debe emplear el salario mínimo legal mensual vigente para 2016 en la tasación de las multas.

## 2.2. Argumentos comunes presentados por CORFICOLMBIANA y EPISOL

- De conformidad con el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011, aplicable en virtud del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se debe realizar una audiencia con la finalidad de exponer los argumentos de defensa directamente ante el Superintendente de Industria y Comercio<sup>2</sup>.
- Se desconoció el principio de inmediación de la prueba. Ni el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ni el Superintendente de Industria y Comercio, participaron de manera directa en la práctica de pruebas, pese a que profirieron la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado, la decisión inicial y resolverán los recursos.

<sup>2</sup> Sobre el particular, es menester recordar que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio se sujetaran a lo dispuesto por las leyes especiales sobre la materia, según lo dispone el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. En esa medida, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que regula el procedimiento administrativo para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no establece la celebración de ninguna audiencia como la pretendida por los recurrentes en esta sede, máxime cuando la interposición de los recursos de reposición constituye la oportunidad para exponer todos y cada uno de los motivos de inconformidad que consideren pertinentes con el propósito de que se aclare, modifique, adicione o revoque la decisión impugnada.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La función de decidir estas investigaciones comporta la responsabilidad de juzgar la conducta de las personas y empresas investigadas, para lo cual se requiere imparcialidad, neutralidad y distancia del funcionario que investiga y acusa, así como de los investigados y terceros.
- Varias declaraciones no fueron ratificadas, ni controvertidas de manera directa, por lo que no tenían validez y deben ser excluidas de la decisión; como las rendidas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, **MAURICIO MILLÁN DREWS**, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**.
- De conformidad con las normas procesales penales y la jurisprudencia, una denuncia penal ni declaraciones ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** tienen valor probatorio, menos cuando no son ratificadas posteriormente.
- Se desconoció el derecho a conocer todas la pruebas, bajo el argumento de que en determinados cuadernos se encontraba información confidencial de otros investigados.
- Se debe evitar cualquier comportamiento que pueda "*reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio*". La decisión no fue objetiva debido a que no hizo referencia, ni analizó las razones que las demás partes presentaron para controvertir las acusaciones.
- La Resolución Sancionatoria señaló que **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, la **CONCESIONARIA** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** celebraron un acuerdo que se enmarca en la descripción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, adicionalmente, tenían "*una práctica, procedimiento o sistema*" que resultaba violatorio de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.
- Se utilizaron pruebas nulas o elementos que no pueden ser considerados como pruebas y no podían ser valorados con el propósito de demostrar el presunto conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.
- De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: (i) por regla general las declaraciones antes de un juicio no pueden ser consideradas pruebas y (ii) cuando se pretenda ingresar una declaración como medio de prueba, "*deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales*", esto es, las reglas sobre su admisión y el derecho de confrontación.
- De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la denuncia penal es un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivas, razón por la cual no podrá ser considerada como prueba en un proceso judicial o procedimiento administrativo.
- De conformidad con el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012 para que la prueba trasladada o extraprocesal practicada, sin audiencia de la persona frente a la cual se pretende utilizar, pueda ser valorada, debe surtirse la contradicción de la misma en el proceso al que se traslada.
- La Delegatura incurrió en diferentes contradicciones sobre el manejo de las declaraciones de parte y ratificaciones que resultan absolutamente ilegales y contrarias al debido proceso, y al emplearlas en la Resolución Sancionatoria desconoció los derechos y garantías procesales.
- Sin perjuicio de que la declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** es nula, su dicho resulta inexacto, impreciso y genera dudas. Sus declaraciones fueron contradictorias, evasivas y nunca precisó si habían sido una o varias reuniones con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- Según **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** fueron "*varias conversas*" que se hicieron para llegar al "*acuerdo*" y nunca precisó desde qué momento se llevaron a cabo las reuniones y, mucho menos, desde qué momento tuvo conocimiento **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** la primera reunión ilegal con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se realizó una vez presentadas las propuestas (27 de octubre de 2009). En esa reunión no se habló del pago de suma de dinero, sino del ofrecimiento de un trabajo en **ODEBRECHT**.
- Según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** la segunda reunión ilegal fue a mediados de noviembre y principios de diciembre de 2009, en que se habló por primera vez del pago de dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000). Nunca se acordó con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** el pago de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).
- En ninguna reunión referida por la Resolución Sancionatoria estuvo presente **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y no existe prueba válidamente practicada en que conste que sabía de dichas reuniones.
- Las reuniones que realizaron "los cartelistas" para concretar el soborno solo ocurrieron entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sin participación de funcionarios de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.
- Se utilizaron pruebas nulas o elementos que no pueden ser considerados como pruebas y, por tanto, tampoco pueden ser valorados con el propósito de demostrar el presunto conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.
- La falta de certeza de las afirmaciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se evidencia en que inicialmente, en denuncia penal, afirmó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** había solicitado el soborno y, con posterioridad, reconoció que fue él quien se lo ofreció.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no es una persona a quien se le deba creer "ciega" y "selectivamente".
- Los pagos a contratistas relacionados en la Resolución Sancionatoria se hicieron a través del patrimonio autónomo, de acuerdo con el procedimiento establecido en el "Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos" suscrito el 5 de mayo de 2010 entre la **CONCESIONARIA** y **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**
- La **CONCESIONARIA** era quien instruía al patrimonio autónomo para efectuar los giros correspondientes, por lo que ni **CORFICOLOMBIANA** ni **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** los autorizaban.
- Para proceder con cualquier orden de giro, de acuerdo con las instrucciones de la **CONCESIONARIA**, la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, administradora del "FIDEICOMISO RUTA DEL SOL SECTOR II", debía seguir un procedimiento que estuvo vigente hasta el 22 de febrero de 2017, que incluía: (i) una orden de giro; (ii) visado de firmas; (iii) confirmación telefónica y (iv) verificación de listas cautelares.
- En relación con la cuenta de **CONSOL** en el **BANCO DE BOGOTÁ**, desde la cual se hizo uno de los pagos al contratista **CONSORCIO TORROSA**, se hacían con la firma de un número de personas que implicaba que no se requiriera a ningún funcionario de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.
- Debido a que para efectuar pagos no se requería la aprobación de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**, pese a la negativa de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en aprobarlos, estos finalmente se efectuaron por funcionarios de **ODEBRECHT** en **CONSOL** de manera autónoma, en incumplimiento del acuerdo consorcial.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En relación con los pagos a **DCS MANAGEMENT** no se probó que esos dineros terminaron en cuentas de **ODEBRECHT**, ni que constituyeran un reembolso, ni que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** los autorizó.
- Las declaraciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** son absolutamente contradictorias, no fue claro ni consistente. No tuvo precisión en relación con los pagos que le llamaron la atención.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** fueron engañados por **ODEBRECHT** y, en todo caso, sostener que tuvieron una conducta omisiva no les puede generar ninguna responsabilidad.
- Para que pueda generarse responsabilidad por un conducta omisiva es necesario que: (i) la norma considere que puede infringirse por inactividad o abstención; (ii) el resultado antijurídico se produzca como consecuencia de la omisión y (iii) exista relación de causalidad entre la omisión y el resultado antijurídico. Las conductas tipificadas son de acción (acordar con un tercero o tener una práctica, procedimiento o sistema) y no de omisión.
- El pago a **DSC MANAGEMENT** ocurrió varios meses después de que se hubiese adjudicado el contrato, por lo que no generó la conducta antijurídica o distorsionó el resultado de la licitación.
- Aunque **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** hubiesen podido detectar que no existían soportes suficientes para realizar pagos a **DSC MANAGEMENT**, no podían impedirlos debido a que, pese a la negativa de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, los funcionarios de **ODEBRECHT** los hicieron.
- Una "*prueba clarísima*" de la violación al debido proceso por desconocimiento de la presunción de inocencia es que se señaló que "*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*".
- Se invirtió la carga de la prueba y se desconoció la presunción de inocencia al sostener que todo pago que se haya realizado sin soporte, se entiende que su propósito era o reembolsar el pago del soborno o sobornar a alguien para alterar los resultados de una licitación o para que agilizará el trámite de un otrosí.
- Se desconoció el principio de congruencia debido a que en la Resolución de Apertura de Investigación solo se mencionaron como "*pagos irregulares*" los realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA, CONSULTORES UNIDOS COLOMBIA – PANAMÁ S.A.** y **CONSULTORES UNIDOS S.A.** (en adelante "**CONSULTORES UNIDOS**"), sin que se mencionaran a **RGQ LOGISTIC, CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA, INVERSIONES TORROSA** y **ASESORES Y CONSULTORES PRESOAM S.A.S.** (en adelante "**PRESOAM**").
- Es "*sorprendente*" e "*inaceptable*" que se desconozca que los funcionarios de **EPISOL, CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** fueron quienes cuestionaron contratos y pagos irregulares y se pretenda hacer responsable a **CORFICOLOMBIANA** de conductas ilegales y engañosas de **ODEBRECHT**. Aspecto que se evidencia en las declaraciones de **ALBERTO MARIÑO SAMPER, JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y en los correos electrónicos del 7 y 9 de abril de 2015.
- Con el actuar de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** se identificó que era probable que funcionarios de **ODEBRECHT** estuvieran robando a **CONSOL** y, por consiguiente, a **EPISOL**, y no como lo pretende hacer ver la declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, que también es prueba nula.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Existe prueba de que en 2014 **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** solicitó informes a **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** sobre los pagos realizados en la **CONCESIONARIA** y en **CONSOL**, en los que se informó que "el comportamiento de esto fue normal y sin novedad".
- Se desconoció que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** respaldó a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en su decisión de no autorizar los pagos cuestionados.
- Ninguno de los funcionarios de **ODEBRECHT** que tuvieron incidencia en la celebración de los contratos y autorización de pagos irregulares indicaron haber hablado con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** al respecto.
- El *modus operandi* de la Resolución Sancionatoria no es cierto debido a que cuando se presentaron cuestionamientos y oposiciones por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** a los pagos irregulares, ningún funcionario de **ODEBRECHT** contactó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- Después de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se fue del país no volvió a tener contacto con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Solo hasta 2015 **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** advirtió que las facturas de los contratistas **RGQ LOGISTIC**, **CONSORCIO SION** y **CONSORCIO TORROSA** efectivamente se habían pagado por **CONSOL** y sin su autorización. Igualmente sucedió con el pago a **CONSULTORES UNIDOS**.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no tenían conocimiento de conductas ilegales de **ODEBRECHT** debido a que fueron engañadas. Así lo demuestra la declaración jurada de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** del 27 de noviembre de 2018, un interrogatorio a **GABRIEL ALEJANDRO DUMAR LORA** del 8 de agosto de 2017 y un correo electrónico del 11 de noviembre de 2015.
- **ODEBRECHT** organizaba soportes bastante robustos y con firmas de diferentes personas vinculadas al proyecto para que los funcionarios de **EPISOL** autorizaran los pagos. Esto demuestra que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** fueron engañadas y que no es cierto que los pagos se hicieran sin ningún tipo de soporte.
- Desde un principio **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** se opusieron a la contratación de **PRESOAM**, que fue contratado sin consultar a **EPISOL**. En el Comité de Dirección de **CONSOL** del 30 de enero de 2015, **ALBERTO MARIÑO SAMPER** presentó objeciones a ese contrato. Igualmente, el 28 de agosto de 2015, **OSCAR HERNANDEZ** solicitó que se diera por terminado el contrato con esa empresa. Finalmente, el 30 de octubre de 2015 **ALBERTO MARIÑO SAMPER** también solicitó su liquidación.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no tienen conocimiento de que los pagos a **PRESOAM** sean reembolsos de sobornos. No existe prueba que demuestre que los mismos hayan llegado a cuentas de **ODEBRECHT**.
- El contrato con **CONSULTORES UNIDOS** fue "subrepticio" debido a que no se contó con la aprobación de la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA** y la orden de pago obvió la firma de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**.
- Se omitió que existen pruebas que demuestran que para la contratación de **PROFESIONALES DE BOLSA**, por considerarse innecesaria, existió oposición por parte de **ALBERTO MARIÑO SAMPER**.
- Los pagos a **RGQ LOGISTIC**, **SION** y **TORROSA** fueron realizados sin contar con la aprobación de funcionarios de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**. Dichos pagos fueron objetados por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y fueron realizados por el patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ni **CORFICOLOMBIANA** fueron condescendientes ante la identificación de inconsistencias en los pagos. Se ignoró el documento "*Ayuda de memoria*" en que consta la postura de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y demuestra el desacuerdo con **ODEBRECHT**.
- **ODEBRECHT** presentó "*un informe de auditoría*" de **KPMG** y un "*Informe de la Comisión Investigadora*" a **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** en que argumentó que había actuado en forma transparente. En dichos informes se pretendió justificar los pagos irregulares lo cual llevó a que se exigiera la restitución de las sumas que no tenían justificación.
- Debido a que **ODEBRECHT** nunca aceptó las irregularidades, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** tenían acceso limitado a la información y como el proyecto no podía quedar en el "*limbo*" se logró el reintegro de la mayor cantidad posible de recursos y fortalecer el sistema de control de pagos.
- Después de conocer las prácticas corruptas de **ODEBRECHT**, es fácil cuestionar las variantes que pudo tener un acuerdo de transacción, pero en la época no existían investigaciones ni acusaciones de soborno.
- Si **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** conocían de los mecanismos de "*sobornos*" y "*reembolsos*" y los hubiesen aprobado, no habrían tenido argumentos para reclamar a su socio mayoritario, y este no hubiese aceptado restituir los recursos.
- Se perdió la competencia temporal debido a que ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria. Existieron dos conductas distintas, totalmente diferenciadas por la tipificación normativa, y en que participaron agentes disimiles. La supuesta "*práctica, procedimiento o sistema*" consistió en una conducta ejecutada únicamente por **ODEBRECHT**.
- El presunto acuerdo que se celebró y ejecutó se enmarca en la descripción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y es una conducta específica que se refiere única y exclusivamente al proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, por lo que no existió una conducta continuada.
- El Tribunal Europeo advierte que para entender que varios acuerdos se tratan de una infracción única y continuada "*no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado*".
- Según la Comisión Europea para establecer si un acuerdo se trata de una infracción única y continuada o de varias infracciones debe existir un enlace objetivo, esto es, la existencia de un objetivo general y, un enlace subjetivo, como la conciencia de la participación en una conspiración más amplia.
- El objetivo de las conductas imputadas a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en 2009 son distintas a las que se endilgan entre 2014 y 2016. En 2009 se buscaba distorsionar los resultados de la licitación y en los pagos irregulares se tenía como propósito agilizar modificaciones al contrato.
- No existe continuidad de la conducta debido a que entre los hechos que se califican como colusión —2009 y 2010— y los denominados pagos irregulares —iniciados en 2013— existe una interrupción temporal de aproximadamente tres (3) años.
- En el enlace subjetivo se debe demostrar que la empresa tiene intención de contribuir con su propia conducta al objetivo general perseguido y tiene conocimiento de los actos ilícitos de los demás participantes. Esto no se cumple porque **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** no contribuyeron a la realización de las conductas de **ODEBRECHT** al ser engañadas, y se les acusó por conductas de omisión al no haber impedido que se realizaran los pagos irregulares.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Existieron conductas diferentes y no continuadas y, en cualquier caso, operó la caducidad. Al ser dicho término de tres (3) años, el acuerdo colusorio caducó en 2012 o 2014. Los denominados pagos irregulares caducaron el 25 de septiembre de 2020 debido a que el último pago mencionado en la Resolución de Apertura de Investigación fue a **CONSORCIO SION**.
- En virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y el principio de favorabilidad, si fuera cierta la conducta continuada, el término de la caducidad es de tres (3) años.
- Según la Resolución de Apertura de la Investigación, el primer cargo se abrió porque se restringió la libre competencia mediante el pago de un soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para asegurar la adjudicación. En igual sentido, nunca se imputaron reproches a los pagos realizados a **PRESOAM**.
- Debido a que según la jurisprudencia la colusión en licitaciones no es una conducta continuada y, en todo caso, la misma no puede ir más allá de la terminación del proceso licitatorio — diciembre de 2009—, es evidente que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.
- Existe falta de congruencia debido a que se incluyeron como "*pagos irregulares*" los realizados a **CONSORCIO SION** y **PRESOAM**, los cuales no fueron objeto de imputación.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no tenían conocimiento de que el pago a **PRESOAM** constituyó un soborno para agilizar el otrosí del tramo Ocaña – Gamarra.
- Se desconoció el debido proceso y la presunción de inocencia al afirmar que por tratarse de pagos realizados "*por montos significativamente altos y, además, sin los soportes necesarios para dar cuenta de su adecuada y comprensible justificación*", deben tener el mismo propósito de aquellos considerados sobornos.
- Se transcribieron apartes de sentencias proferidas contra **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** para afirmar que los pagos que se hicieron al **CONSORCIO SION** eran para agilizar el otrosí relacionado con Ocaña – Gamarra.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** cuestionaron los pagos a **PRESOAM** porque no tenía la experiencia necesaria, el valor de los pagos era costoso y existía personal capacitado en el consorcio para realizar los trabajos, pero nunca tuvo conocimiento de que fuesen sobornos o reembolsos de sobornos.
- Aunque hipotéticamente se aceptara que una sentencia en otro proceso es prueba, la misma solo señala los pagos al **CONSORCIO SION** y **PROFESIONALES DE BOLSA** para agilizar el otrosí, pero nada dice de **PRESOAM**.
- Los últimos pagos a **PROFESIONALES DE BOLSA** y **CONSORCIO SION** fueron realizados el 14 de mayo y 25 de septiembre de 2015, respectivamente, por lo que transcurrieron más de cinco (5) años y se perdió competencia para sancionar.
- Se desconoció el principio de congruencia debido a que se cambió la imputación que se refería al pago de un soborno acordado en 2009 para que se aplicara de forma estricta el pliego de condiciones a un sistema de reembolsos cuyos últimos pagos habrían sido cinco (5) años después de la adjudicación.
- En la Resolución Sancionatoria se cambió nuevamente la imputación para señalar que el cargo era el pago de varios sobornos para modificar los resultados del proceso de selección y para lograr modificaciones y adiciones al contrato y que, tanto el soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como a otros funcionarios, eran parte del sistema para restringir la competencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Tan poco clara fue la acusación, que cada vez que se expide un acto administrativo, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio lo entiende de forma distinta.
- En ninguno de los hechos objeto de investigación se mencionan pagos a **RGQ LOGISTIC, CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA, INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**. Es falso afirmar que la imputación fáctica mencionó la totalidad de pagos que aparecen en la Resolución Sancionatoria, menos que iban hasta 2016, debido a que se señaló hasta 2015.
- La imputación jurídica se refería a un supuesto acuerdo para alterar los resultados del proceso de selección y nunca se mencionó que el comportamiento hubiese tenido incidencia en modificaciones del contrato.
- Tan claro era que la presente investigación no comprendía lo relacionado con adiciones al contrato de concesión, en especial el Otrosí No. 6, que así lo refirió el ex Superintendente de Industria y Comercio, **PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**, en una rueda de prensa del 14 de septiembre de 2018.
- La imputación jurídica a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** respecto al cargo No. 1, relacionada con la supuesta infracción del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, fue: *"las personas que tendrán la calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que 52 participaron EPISOL y ODEBRECHT obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sof"*.
- El límite natural para modificar la calificación de la conducta punible se encuentra en la modificación de los hechos objeto de investigación. En el presente caso la modificación implicó un cambio en los hechos fundamento de la acusación.
- La imputación fáctica y jurídica a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** respecto de la infracción del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 nunca fue que habían adoptado un sistema para restringir la competencia y que una parte era el acuerdo colusorio, menos que ese sistema había logrado distorsionar la licitación o afectado las modificaciones y adiciones al contrato.
- La modificación de la imputación fáctica, aunado a que solamente se decretan y practican las pruebas solicitadas al pronunciarse sobre la Resolución de Apertura de Investigación, desconoció el derecho de defensa y contradicción.
- Existió atipicidad y falta de antijuridicidad de las conductas imputadas a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**. No existe norma alguna que tipifique como conducta restrictiva de la competencia el hecho de realizar pagos sin soporte o no impedir que un socio realice esos pagos.
- El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no define de *"manera clara, concreta e inequívoca"* una conducta reprochable sobre la cual recae una prohibición del ordenamiento jurídico, sino que para indicar qué clase de práctica, procedimiento o sistema restringe la competencia, utiliza la expresión *"tendientes a limitar la libre competencia"*.
- Las presuntas omisiones que se le indilgan a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no distorsionaron la libre competencia. Se crearon y sancionaron conductas que no afectan el bien jurídico protegido por las normas de la libre competencia.
- Se desconoció el principio de tipicidad al realizar una interpretación extensiva con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 y el principio del efecto útil de la normas. El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se refiere a acuerdos entre empresas que participan o pueden participar en un proceso de selección, no entre una empresa y un funcionario público.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se "*desconoce que en materia sancionadora se aplica el principio de tipicidad y de legalidad*" y se realizó una interpretación "*tan absurda*" como decir que con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 las conductas previstas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 las puede realizar cualquier persona independientemente de su posición de dominio en el mercado.
- Con la sanción impuesta a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** se vulneró el principio de *non bis in idem* de dos formas: (i) al juzgar dos veces a un mismo agente económico, por los mismo hechos y (ii) al juzgar el mismo comportamiento con dos disposiciones distintas.
- La principal consecuencia de que una empresa ejerza un control sobre otra, desde la perspectiva del régimen de protección de la competencia, es que se entienden como un único agente en el mercado.
- Con fundamento en decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, es posible afirmar que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son un único agente en el mercado, en virtud del control competitivo positivo y el control corporativo que la primera ejerce sobre la segunda. Por ello, imponer una sanción a **CORFICOLOMBIANA** y otra a **EPISOL** vulneró el principio del *non bis in idem* al imponer dos sanciones al mismo agente económico, por los mismos hechos.
- Según la Corte Constitucional no es posible que una misma conducta sea sancionada dos veces bajo el supuesto que con ella se infringen dos disposiciones. Es contradictorio e ilegal que por la misma conducta se sancione por supuestamente haber infringido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.
- Si se considera que el supuesto acuerdo hace parte de un sistema, entonces realmente no hay varias conductas, sino una única que solamente infringió el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Además, si se considera que existen dos conductas se debe reconocer que respecto del acuerdo colusorio ocurrió el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.
- En la graduación de la multa respecto al criterio del grado de participación se debe tener en cuenta que **CORFICOLOMBIANA** en treinta (30) años no ha estado involucrada en escándalos de corrupción, está comprometida con el cumplimiento de la normatividad, fue una víctima y se rige bajo estrictos estándares éticos. Lo mismo sucede con la conducta de **EPISOL**.
- No hay prueba que permita de manera razonable condenar a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en los hechos investigados y, en caso de que hubiese cometido un delito, tal conducta sería un "*comportamiento impropio*" del que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente ajenos.
- La conducta de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** es muy diferente a la de **ODEBRECHT** debido a que en su organización no tiene una "*cultura mafiosa*" o "*ilegal*" tendiente a infringir cualquier tipo de norma.
- A pesar de no compartir de ninguna manera la decisión, y aun cuando se compartieran las conclusiones, la multa es excesiva porque castiga a unas compañías cuyo único "*pecado*" fue haber escogido un "*mal socio*".
- La sanción no solamente tiene una función de desincentivo de las conductas anticompetitivas, sino además debe medir la responsabilidad de los investigados en la comisión de una infracción.
- Únicamente la **CONCESIONARIA** se benefició con las conductas, quien estaba controlada por **ODEBRECHT** y contaba con una participación minoritaria de **EPISOL**. Resulta curioso, es "*difícil de entender*" y "*no tiene parangón*", que con una conducta adelantada por un solo agente se multe a cinco (5) personas jurídicas diferentes.
- Resulta "*curioso (por decir lo menos)*" que en el presente caso "*el afán de la multa ha obnubilado un análisis profundo de los alcances y topes de la multa*". Se llegaría al absurdo de decir que si

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**CORFICOLOMBIANA** hubiera creado once (11) empresas para participar con el 33%, se hubieran impuesto doce (12) multas diferentes. Una multa a cada accionista y otra a **CORFICOLOMBIANA**.

- **CORFICOLOMBIANA** no es accionista de la **CONCESIONARIA** ni mucho menos miembro de **CONSOL**. Existió una "aplicación abusiva" del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 porque no se determinó si el infractor fue **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** y se les impuso dos sanciones distintas, cuando el beneficio es uno solo.
- Se consideró de manera errónea el impacto del mercado y su dimensión. No se afectó el 100% del mercado debido a que la licitación comprendía tres (3) sectores o tramos. En tal sentido, la infracción solamente impactó el 33% del mercado determinado, por lo que se debe recalcular la sanción.
- Existe una indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. En virtud del principio de favorabilidad, a efectos de tasar la multa debía usarse el salario mínimo legal mensual vigente para 2009.
- Se debe tener en cuenta que quien participó como miembro de **CONSOL**, y accionista, fue **EPISOL**, y solamente con un 33%, y no **CORFICOLOMBIANA**. La sanción no podría ser más del 33% de la multa autorizada por la Ley, puesto que era el porcentaje que **EPISOL** tenía en **CONSOL** y la **CONCESIONARIA**.
- Debido a que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** tuvieron una conducta procesal correcta dicho criterio en la graduación de la multa no puede considerarse neutro, sino que debe valorarse de forma positiva, reduciendo el monto de la sanción.
- Debido al desconocimiento del principio del *non bis in idem* **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no realizaron dos conductas, sino una única conducta, y la sanción debe ser reducida.

#### 2.2.1. Argumentos particulares presentados por **CORFICOLOMBIANA**

- No es cierto que **CORFICOLOMBIANA** tuvo conocimiento y consintió las conductas de **ODEBRECHT**.
- No es cierto que el supuesto acuerdo colusorio y el posterior sistema de pagos irregulares pueda ser considerado como una misma práctica o conducta. Se trata de conductas independientes, en las que no participó **CORFICOLOMBIANA** y sobre las cuales operó la caducidad de la facultad sancionatoria.
- Las conductas que se imputaron a **CORFICOLOMBIANA** no se encuentran tipificadas como restrictivas de la competencia, no son la causa de la adjudicación del contrato ni de la celebración del otrosí y no fueron mencionadas en la Resolución de Apertura de la Investigación.
- **CORFICOLOMBIANA** no participó ni en el diseño ni implementación del esquema ilegal con **ODEBRECHT**. Los asuntos que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** trataron de manera previa a mediados de 2009 fueron muy generales y no tuvieron relación con supuestos problemas que se presentaran en las licitaciones en Colombia.
- Es un error y no corresponde a la realidad asumir que en el mes de julio o agosto de 2009, cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** hablaba de sus socios, se refería a **CORFICOLOMBIANA**, pues para esa época no se había acordado con **ODEBRECHT** participar de forma conjunta en el proceso de selección.
- Es increíble que se desconozca que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su ratificación señaló que el propósito del soborno no era distorsionar el proceso de selección.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Debido a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue reconocido como delator, y recibió beneficios por colaboración, sus afirmaciones no admiten desconocimiento ni interpretación y deben ser tomadas en su "tenor literal".
- Es imposible que el objeto del soborno fuere para que **ODEBRECHT** presentara una propuesta perfecta, puesto que, según las pruebas, las cuales en todo caso son nulas, las reuniones en las que se empezó a discutirlo iniciaron con posterioridad a la presentación de las propuestas.
- La utilización de la frase "*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*", que se calificó como máxima de la experiencia, no suple la falta de prueba de que el propósito del soborno fuese alterar los resultados del proceso licitatorio.
- La utilización de estudios sobre la forma como operaba **ODEBRECHT** "no son prueba de nada" y nunca fueron decretados y aportados al Expediente.
- No es cierto que el soborno buscaba eliminar las propuestas presentadas por otras empresas. Se utilizaron unos apartes de la declaración que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** rindió inicialmente en el **PBC**, que no fueron expresamente ratificados con posterioridad.
- Se le otorgó relevancia a apartes descontextualizados de la declaración inicial de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. No se tuvo en cuenta que cuando una persona está accediendo al **PBC** tiene la "presión de inculpar" a otros para obtener algún beneficio y, por ello, es importante "balancear" esa presión con la ratificación y el contrainterrogatorio posterior.
- No existió una interpretación inflexible del pliego de condiciones, debido a que **OHL** fue descalificada por el incumplimiento de los requisitos para el Sector 1, y no por falta de requisitos del Sector 2.
- Se efectuó una interpretación de las reglas del pliego de condiciones del Sector 1 alejada de cualquier lógica, fijándoles un sentido y alcance que no podían tener. El requisito de ancho mínimo de sección transversal de 40 metros era un requisito adicional para los casos en los cuales las Vías Urbanas Principales tuviesen un ancho de carril menor de 3.5 metros.
- Se cometió un error al expresar que el Comité Asesor Especial fue flexible en la interpretación del pliego de condiciones del Sector 1. Se trataba de reglas tan claras que no eran susceptibles de interpretación sino de aplicación, sin necesidad de mayor elucubración o análisis.
- Para afirmar que la calificación de la **CONCESIONARIA** de 1.000 puntos obedeció a la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se debía demostrar que participó en el proceso de evaluación ejerciendo influencia sobre el Comité Evaluador, cuestión expresamente negada por sus miembros.
- Los ejemplos y cálculos para afirmar que la adjudicación no generó ahorro o fueron mínimos, es una comparación que tiene, al menos, dos falacias: (i) que la propuesta de **VÍAS DEL SOL** era por los sectores 1 y 2, en economía de escala, por lo que su costo unitario por cada kilómetro sería menor a que si solamente construía y operaba el Sector 2, por lo que sus valores no son directamente comparables con la propuesta de la **CONCESIONARIA** y (ii) que los pliegos de condiciones y específicamente el mecanismo de adjudicación "**DESESTIMULABAN PROPUESTAS CON PRECIOS BAJOS**".
- Para el **INCO** no era necesariamente mejores las propuestas más baratas. En la sección 10.3. del pliego de condiciones se aprecia un mecanismo de hasta dos rondas para eliminar propuestas con precios muy bajos. No se puede afirmar que una presunta oferta más barata

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(precio menor) que la ganadora implicó que se perdió la oportunidad de tener un mejor concesionario o que hubo un perjuicio equivalente a la diferencia de precios.

- El Sector 1 tenía un aporte del Estado y no era un proyecto de concesión absoluto como lo era el Sector 2. La financiación del Sector 1 provenía principalmente de vigencias futuras y no de la remuneración por concepto de peajes, con lo cual el riesgo era inferior y el contrato tenía un término inferior.
- Respecto de que el acuerdo tenía "*un propósito de largo plazo*", además de no existir participación de **CORFICOLOMBIANA**, el plazo del acuerdo no podría ir más allá del tiempo que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** estuvo vinculado al **INCO** (2009 a 2010).
- Para hacer partícipe a **CORFICOLOMBIANA** de una supuesta actividad de monitoreo del acuerdo anticompetitivo se tergiversó la historia del concepto jurídico rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**.
- Es absolutamente falso que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** escogió a **HUGO PALACIOS MEJÍA** de una lista entregada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en reunión del 14 de diciembre de 2009, puesto que ese nombre surgió el 15 de diciembre de 2009.
- Existen correos electrónicos y declaraciones que demuestran que la elaboración del concepto jurídico fue solicitada por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en fecha anterior al 14 de diciembre de 2009, sin conocimiento **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- El tema de conseguir el concepto jurídico lo habló **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** antes del 14 de diciembre de 2009 y, para ese momento, no se había mencionado a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** la necesidad del mismo y, mucho menos, se había considerado a **HUGO PALACIOS MEJÍA**.
- Se equivocó la Resolución Sancionatoria en cuanto al conocimiento por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **CORFICOLOMBIANA** respecto a que el concepto había sido solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Las razones que motivaron la consecución del concepto jurídico y que fueron expresadas a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** constan en un correo electrónico enviado por **ÁLVARO MANTILLA**.
- **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** indicó que el motivo que se le expresó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para obtener el concepto era la necesidad de sustentar, con la opinión de un externo, la posición respecto a que **OHL** no había acreditado toda la experiencia y su propuesta debía ser descalificada. Ni **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** ni **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sabían que el concepto lo había solicitado **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- La entrega a la mano del concepto jurídico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** obedeció a la premura con que se requería y no se habían podido expresar en forma verbal esos argumentos, debido a que la audiencia se llevaría a cabo ese mismo día en pocas horas y no se aceptarían intervenciones de los proponentes.
- No existe prueba alguna que indique que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tenía conocimiento o dio instrucciones para que el concepto fuese entregado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** directamente o de manera "*subrepticia*".
- Respecto de la supuesta autorización del pago del soborno y la división de sus costos, ni una denuncia penal ni una versión ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** tienen el carácter de prueba, sobre todo cuando las mismas no fueron controvertidas porque esos testigos o no concurrieron o se negaron a declarar.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- A **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** no les consta lo señalado sobre el supuesto conocimiento de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** del pago del soborno o su reembolso. Son testigos de oídas por lo que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** les comentó al respecto.
- Es contrario a los principios del derecho administrativo sancionador imputar a **CORFICOLOMBIANA** una conducta que se hizo para evitar controles que esa sociedad tenía adoptados para prevenir las conductas reprochadas.
- La presunción de inocencia implica que la administración tiene la carga de demostrar con un "*grado de certeza superior a la duda razonable*" que se realizó la conducta con culpa.
- La responsabilidad en materia de prácticas restrictivas de la competencia es subjetiva. En el caso de la personas jurídicas la culpabilidad se verifica cuando la empresa ha tenido un defecto estructural que genera o posibilita el actuar ilegal de la persona natural vinculada a ella.
- Se reconoció que los controles que tenía **CORFICOLOMBIANA** impidieron que el pago del soborno se hiciera a través de esa sociedad. Los sistemas de control interno (SCI) pueden "*fallar legítimamente*" pues no está construido por "*ángeles*" para que sean completamente infalibles.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tenía antecedentes penales o disciplinarios que hiciesen dudar a **CORFICOLOMBIANA** de su comportamiento. Por el contrario, tenía una hoja de vida intachable y su designación como representante legal fue aceptada por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- La estructura organizativa de **CORFICOLOMBIANA** no favorecía ni con incentivos ni con falta de controles los pagos de sobornos. El pago del soborno y su supuesto "*reembolso*" fueron realizados por fuera de esa sociedad.
- La conducta delictiva de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no fue generada por un riesgo creado por **CORFICOLOMBIANA** sino por la estructura organizacional de **ODEBRECHT**. Tal conducta sería un "*comportamiento impropio*" de un empleado de **CORFICOLOMBIANA**, que dicha sociedad no tenía cómo prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente.
- El pago del soborno no fue realizado como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de **CORFICOLOMBIANA**.
- Respecto de la participación de **CORFICOLOMBIANA** en la denominada dinámica de reembolsos y pagos irregulares se usaron pruebas nulas.
- Los pagos en **CONSOL** podían ser efectuados por los funcionarios de **ODEBRECHT**, aunque no hubieren sido autorizados por el funcionario de **EPISOL**.
- Se desconoció que **MAURICIO MILLÁN DREWS** aclaró espontáneamente en su declaración que los representantes de **ODEBRECHT** eran sus jefes en **CONSOL**.
- Los apartes de declaraciones de varias personas que indican que **MAURICIO MILLÁN DREWS** le reportaba a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no demuestran de qué hablaban. Se debió demostrar que **CORFICOLOMBIANA** sabía que los denominados reembolsos y "*pagos irregulares*" eran sobornos o reembolsos.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** nunca tuvo conocimiento de la oposición de **MAURICIO MILLÁN DREWS** a algún pago, ni que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo hubiese llamado a discutir esos temas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS** se obtuvo mediante *"preguntas claramente ilegales de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio"*. Deliberadamente se pasó por alto que no tenía memoria clara sobre algunos hechos para indagar lo que podía generar responsabilidad de **CORFICOLOMBIANA**. Se hicieron preguntas repetitivas *"para forzar las respuestas del declarante"*, así como preguntas inductivas para que las respuestas *"se ajustaran a toda costa a la teoría del caso"*.
- Es extraño que pese al hecho de que **MAURICIO MILLÁN DREWS** usara expresiones como *"cree"*, *"no me acuerdo"*, *"tal vez"*, *"de pronto"*, se le otorgara trascendencia y alto valor a su declaración.
- No se explicó por qué razón **CORFICOLOMBIANA** iba a autorizar pagar cinco (5) veces lo que supuestamente correspondía al soborno, cuando según lo acordado eran dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000).
- **CORFICOLOMBIANA** no es responsable por un proceso en el cual no participó. Conforme la doctrina de la Resolución No. 42543 de 2020, en el supuesto acuerdo colusorio solo podría ser parte **ODEBRECHT**, **EPISOL** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, debido a que *"esta 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 que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros"*.
- Como quiera que **CORFICOLOMBIANA** no fue la sociedad que concurrió a la Licitación Pública SEA-LP-001-2009, no pudo infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así ejerza un control competitivo sobre **EPISOL**.
- En clara contradicción con las sentencias de la jurisdicción penal se resolvió afirmar que el soborno era para alterar el resultado del proceso licitatorio. Sin embargo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue condenado por el delito de cohecho impropio y no propio, y por interés indebido en la celebración de contratos, es decir, no se cuestionó la licitud de la adjudicación a la **CONCESIONARIA**. Igualmente a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** se le condenó por cohecho por dar u ofrecer, que no supone ilicitud de la adjudicación.
- No se extrae de la condena penal de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que por sus delitos se haya adjudicado ilegalmente el contrato. La jurisdicción penal no encontró reproche alguno en la adjudicación, es decir, esas decisiones implican que no existió afectación de los bienes protegidos por las normas de protección de la competencia y, en consecuencia, no existe antijuridicidad.

### 2.2.2. Argumentos particulares presentados por EPISOL

- Ningún funcionario de **EPISOL** tuvo conocimiento ni consintió en el pago del soborno y otros pagos.
- Un acuerdo supone la manifestación del consentimiento de dos o más sujetos y, en el caso de las sociedades, la manifestación de la voluntad de las mismas se hace a través de su representante legal, esto es, sujetos con poder de decisión.
- No es posible concluir que a partir de las supuestas actuaciones de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien nunca ha sido gerente, representante legal o incluso empleado de **EPISOL**, se pueda comprometer la responsabilidad de esa sociedad.
- En ninguna parte de la Resolución de Apertura de Investigación, Informe Motivado y tampoco la Resolución Sancionatoria se mencionó que alguna persona de **EPISOL** tuviese conocimiento del pago del soborno o que haya participado en el acuerdo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **MAURICIO MILLÁN DREWS**, quien era empleado de **EPISOL** en la época del pago del soborno, no tuvo participación en ese pago ni su reembolso. No se le imputó ningún cargo y la Resolución Sancionatoria planteó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo habría convencido de que no había inconveniente en realizar los pagos a **DCS MANAGEMENT**.
- **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado de **EPISOL** y funcionario en misión en **CONSOL**, quien cuestionó los pagos irregulares, también supuestamente fue convencido por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** de realizarlos, pese a que existe plena prueba de su apoyo para negarse a realizar pagos injustificados.
- Si a quien se le indilga haber aceptado realizar pagos sin soporte es a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien nunca detentó la calidad de representante legal o empleado de **EPISOL**, atribuirle responsabilidad a dicha sociedad desconocería que la ficción jurídica actúa materialmente por conducto de las personas naturales que tienen la capacidad de representarla conforme a la regulación societaria.
- Se desconocieron los "*más básicos preceptos del derecho societario*". No se puede desconocer la personería jurídica y autonomía de **EPISOL** para declararla responsable por actos de un tercero y reinstaurarle esa personería a efecto de sancionarla en forma adicional a **CORFICOLOMBIANA**. **EPISOL** no manifestó su voluntad y no tiene responsabilidad o estaba sujeta a la voluntad de **CORFICOLOMBIANA** y no puede ser sancionada independientemente.
- **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** ocuparon el cargo de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, en calidad de trabajadores en misión, por lo que no se encontraban subordinados a **EPISOL** en cuanto al cumplimiento de órdenes, respecto del modo en que debían ejecutar sus labores. Quien ejercía el poder de subordinación era la administración del consorcio, esto es, **ODEBRECHT**.
- Se aplicó un régimen de responsabilidad objetiva proscrito en materia administrativa sancionatoria al hacer responsable a **EPISOL** por actos de terceros, porque un trabajador que se encontraba en misión en otra empresa, bajo otra subordinación, no se hubiese negado a autorizar unos determinados pagos.
- La tesis de la Resolución Sancionatoria es "*absurda*" puesto que cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** tuvieron dudas, cuestionaron y se negaron a autorizar pagos, se valoró como una actuación de la persona natural, pero cuando no pudieron detectar una anomalía, se imputó a **EPISOL** como una omisión de la persona jurídica.
- Los funcionarios de **EPISOL** fueron quienes cuestionaron los pagos que **CONSOL** y la **CONCESIONARIA** hicieron exclusivamente por órdenes de **ODEBRECHT**.
- Las menciones a funcionarios de **EPISOL** en la Resolución Sancionatoria son precisamente para indicar que identificaron pagos que no estaban soportados o que se negaron a autorizarlos. Las actuaciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** fueron propias de quien desconoce y desapruueba el esquema diseñado y ejecutado por **ODEBRECHT**.
- Las declaraciones sobre el supuesto silencio y colaboración de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no son pruebas y no tienen valor alguno. Tampoco demuestran que él efectivamente tenía conocimiento del pago de sobornos y, mucho menos, que ello fuese atribuible a **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.
- Para poder determinar la responsabilidad de **EPISOL** se debía demostrar que sus funcionarios sabían que los denominados "*reembolsos y pagos irregulares*" eran pagos de sobornos o reembolsos de los mismos. Es irrefutable que ningún funcionario de **EPISOL** fue acusado de complicidad de las actuaciones de **ODEBRECHT**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tuviera algún conocimiento no significa que **EPISOL** también, dado que este no era su representante legal. Incluso a **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en ningún momento se les atribuyó responsabilidad, participación o conocimiento en los hechos objeto de acusación.
- La tesis según la cual la conducta omisiva de **EPISOL** hace participe a dicha sociedad de las conductas ilegales de **ODEBRECHT**, desconoce la "*teoría de prohibición de regreso*", que afirma que cuando una persona realiza una conducta inclusive dolosa, irrelevante o inocua para el derecho penal y, con ella, facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites de riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra.
- **EPISOL** no tenía un posición de garante, esto es, que tuviesen un deber creado por la ley para evitar que se hagan pagos sin soporte. Tampoco tenía conocimiento de que esos pagos eran para reembolsar a **ODEBRECHT** el soborno.

### 2.3. Argumentos presentados por la CONCESIONARIA

- La Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia temporal debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.
- Se ideó la existencia de un sistema con la única finalidad de poder argumentar que la facultad sancionatoria no habría caducado; pues dicha argumentación, permitiría considerar las conductas como de carácter continuado y, por lo tanto, establecer el inicio del cómputo del término con posterioridad a la fecha de adjudicación del contrato.
- No es posible considerar como parte del sistema el supuesto mecanismo de instrumentalización de diferentes contratos para el pago del acuerdo anticompetitivo. Estos no son más que efectos derivados del mismo pacto celebrado, pero no hacen parte de la conducta imputada, cuya consolidación se produjo con la adjudicación del contrato.
- Cualquier pago que se realiza con posterioridad a la adjudicación del contrato, obtenido como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo, no implica la existencia de un sistema contrario a la libre competencia; cuando estos no serían más que un efecto económico derivado del mismo.
- El hecho de que el acuerdo anticompetitivo supuestamente celebrado, tendría como objetivo garantizar la obtención del contrato, implica que una vez obtenido el mismo, este habría cumplido su finalidad y, en consecuencia, el cómputo del término de caducidad inició en dicho momento.
- Se realizó una interpretación extensiva, que no consulta los criterios de seguridad jurídica del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, al señalar que la **CONCESIONARIA** permitió prolongar la conducta anticompetitiva hasta el 22 de febrero de 2017.
- Ningún elemento de prueba permite llegar a la conclusión que la **CONCESIONARIA** —sus representantes y/o administradores— hubiere participado en la estructuración y/o ejecución del acuerdo restrictivo de la competencia derivado del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, por parte de funcionarios de **ODEBRECHT**.
- La **CONCESIONARIA** no pudo haber participado, ni contribuido en la celebración y ejecución del acuerdo anticompetitivo; toda vez que fue constituida como consecuencia de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Es decir, al momento de la estructuración, celebración y ejecución del acuerdo, esta no existía.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Ni **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** ni **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quienes fueron los encargados de la negociación, cierre y ejecución del acuerdo anticompetitivo, fueron representantes ni administradores de la **CONCESIONARIA**.
- El ajuste de cuentas del valor pagado por el acuerdo anticompetitivo se realizó a través de **DCS MANAGEMENT**, no de la **CONCESIONARIA**.
- No se describió ningún elemento que comprometa la responsabilidad de la **CONCESIONARIA**, y solo se revelaron pruebas que comprometen la responsabilidad de **CONSOL**.
- Los presuntos pagos irregulares fueron autorizados por personal de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, no de la **CONCESIONARIA**.
- Los supuestos contratos, pagos y transacciones irregulares fueron puestos en conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**. La **CONCESIONARIA** no toleró ni ejecutó dichas conductas, y los supuestos pagos irregulares fueron de **CONSOL** a **DCS MANAGEMENT**.
- La declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** evidencia que el comportamiento de los agentes de la **CONCESIONARIA** era denunciar las presuntas irregularidades a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- La interpretación en cuanto a la existencia de un sistema anticompetitivo con dos (2) fases carece de todo sentido, desconoce la realidad y es completamente errada, por cuanto convierte en un sistema el efecto económico del acuerdo anticompetitivo objeto de reproche a través de la conducta prevista en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- El juicio de responsabilidad debe realizarse respecto de las dos (2) conductas imputadas. Así, teniendo en cuenta que la **CONCESIONARIA** no tuvo participación alguna en el acto colusivo se debe archivar la conducta del numeral 9 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y, en consecuencia, el valor de la sanción debe disminuir, por lo menos, en la mitad.
- Existirá una ineficacia del acto administrativo —Resolución Sancionatoria— debido a que la **CONCESIONARIA** se encuentra en liquidación judicial, lo que implica la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. En ese sentido, no se cumplirá con el principio de eficacia, previsto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en razón a que es probable que no existan los recursos suficientes para el pago de la multa impuesta; al ser este un crédito de quinta (5) clase.
- Desde la misma expedición del acto administrativo, carece de eficacia respecto de la **CONCESIONARIA**, debido a que la sanción no podrá ser recaudada al no contarse con los recursos suficientes para dichos efectos. Existen acreedores de mejor derecho, por ejemplo los laborales, y los recursos existentes serán destinados a satisfacer dichas acreencias.
- Se debe revocar la sanción administrativa en su integridad o, en su defecto, por ejemplo, sustituirla por la imposición de una amonestación; figura que si bien no está prevista expresamente por la Ley 1340 de 2009, si respondería a la realidad de la **CONCESIONARIA**.
- Se ejerció de manera arbitraria la facultad prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 al imponer de sanciones de contenido económico y, para el caso en concreto, además de la protección del interés general, esta debió moderar su arbitrio en contexto del proceso de liquidación judicial en que se encuentra la **CONCESIONARIA** para satisfacer los intereses de los acreedores.
- La aplicación y correcta valoración de los criterios de dosificación debe realizarse en bloque, es decir, todos los criterios deben impactar la motivación, por lo tanto, sería impreciso fundamentar la sanción en solo algunos de los criterios establecidos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La motivación de los criterios de dosimetría debe consultar las prerrogativas de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia que favorecen la posición de la **CONCESIONARIA**.
- El impacto que la conducta tenga sobre el mercado se encuentra completamente equivocado, debe ser modificado, valorado como atenuante, y el monto de la sanción disminuido.
- No se puede tener en cuenta la pérdida de recursos por el menor ahorro que tuvo la entidad contratante, el costo de oportunidad del uso de dichos recursos y la pérdida de confianza de la ciudadanía como consecuencia de la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, cuando la **CONCESIONARIA** no tuvo participación alguna en la configuración, elaboración, celebración o ejecución del acuerdo anticompetitivo, que dio lugar a la imposición de la sanción.
- La conducta imputada a la **CONCESIONARIA** no afectó el funcionamiento del mercado, toda vez que no involucró cambiar los términos del proceso de licitación, no determinó la adjudicación del contrato, ni realizó pago alguno para que esta, como promesa de sociedad, fuera adjudicataria del mismo.
- Los criterios relacionados con la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor y el grado de participación del implicado no corresponden con la conducta, participación o actuaciones desplegadas por la **CONCESIONARIA** debido a que no intervino en el desarrollo, ejecución o concepción del acuerdo anticompetitivo, por lo que estos criterios deben ser tomados como atenuantes o, cuando menos, de manera neutra, teniendo en cuenta que no tuvo injerencia alguna sobre la dimensión o afectación del mercado.
- Contrario a algún beneficio, las conductas reprochadas alteraron la utilidad esperada de la **CONCESIONARIA** y provocaron la inejecución del contrato; como consecuencia de las actuaciones surtidas en sede cautelar y en la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento. Se debe resaltar que mediante la Resolución No. 5216 de 2017 se ordenó a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante "**ANI**") la terminación inmediata del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.
- En cuando al criterio de conducta procesal, 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, por lo que debe ser tenido en cuenta como un atenuante y no de manera neutra.
- El criterio de conducta procesal debe ser modificado y tenido como atenuante y, en consecuencia, ser tomado en cuenta para disminuir el monto de la sanción impuesta.
- En cuando al criterio del patrimonio del infractor se deben tener en cuenta los Estados Financieros a enero de 2020, y que de conformidad con la información suministrada a la Superintendencia de Sociedades, distintos acreedores se han hecho parte del proceso de liquidación judicial, entre ellos, bancos cuyas acreencias están respaldadas con garantías mobiliarias que ascienden a un billón de pesos (aproximadamente).

#### **2.4. Argumentos comunes presentados por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**

- A mediados de 2016 las labores funcionarios y exempleados de **ODEBRECHT** que colaboraban con las autoridades no eran para ocultar, sino para recaudar elementos de prueba de las denuncias que se presentarían, que estas se ajustaran a la verdad y estuvieran debida e incontrovertiblemente respaldadas.
- En 2016 la justicia penal colombiana contó con el apoyo de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ ANTONIO MAMERI**. No se puede concluir que cometieran infracciones a la libre

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competencia y poner en riesgo sus compromisos, con consecuencias personales y patrimoniales gravísimas.

- Lo sucedido en 2016 no tiene ninguna relevancia sobre el mercado y careció de toda relación de causalidad con cualquier evento restrictivo de la competencia.
- Se incurrió en falsa motivación. Varios de los fundamentos fácticos son inexistentes alejados de la realidad e "*interpretados convenientemente*" para imponer sanciones sin fundamento.
- **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** carecía de condiciones personales, técnicas, profesionales y de direccionamiento para alterar el Proyecto Ruta del Sol. No influenció a miembros de los comités asesores y de evaluación, ni a funcionarios del **INCO**, carecía de influencia sobre la escogencia del estructurador, elaboración de pliegos, sus eventuales modificaciones o requisitos habilitantes y, en general, de facultades para tomar decisiones en las etapas de la licitación, por lo que no favoreció a **ODEBRECHT**.
- Las reuniones entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ODEBRECHT** fueron después de la etapa de estructuración, cuando el pliego de condiciones y requisitos habilitantes eran definitivos, y el mismo día que finalizó el término para presentar propuestas, en que las reglas de juego estaban definidas.
- Los testigos confirmaron que los proponentes que compitieron con **ODEBRECHT** cometieron errores de su exclusiva responsabilidad que los descalificaron por ausencia de cumplimiento de requisitos habilitantes y objetivos, sin injerencia de un agente del Estado.
- No se resolvieron las "*irregularidades*" y "*denuncias*" en el procedimiento administrativo. De forma "*arbitraria*" se declararon superadas "*críticas y denuncias*" al responder de "*manera acomodada*" varios de los elementos y actos violatorios. Se omitió adoptar los correctivos a todas las irregularidades y causales de nulidad expresadas y ampliamente sustentadas.
- Las normas y actuaciones se deben interpretar con la Constitución, la Ley 1437 de 2011 y leyes especiales que regulen la materia (Decreto 2153 de 1992). Estas fueron desconocidas en forma "*acomodaticia y conveniente a muy particulares intereses*" al interpretar disposiciones como las relativas a la caducidad o tipicidad y legalidad de las conductas sancionables.
- No existió garantía de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. Se negó el acceso a la totalidad del Expediente, en especial a los cuadernos reservados de **ODEBRECHT**, **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, entre otros.
- La relevancia de conocer la carpeta reservada de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, es que este hizo afirmaciones en contra de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y era necesario conocer aquellas circunstancias fácticas que podría haber aducido tanto para su defensa como para muestras de colaboración.
- No se comparte la interpretación restrictiva, bajo un supuesto derecho a la intimidad, cuyos criterios de calificación no fueron informados, para decidir ocultar a los interesados unos correos electrónicos de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** que en nada afectaban su intimidad.
- En una decisión "*insensata*" por el "*prurito de rechazar por rechazar*" con una respuesta "*de cajón*" se otorgó primacía al derecho a la intimidad de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, y jamás alegado, para desconocer y "*tirar por la borda*" el esfuerzo en desvirtuar "*calumnias o ataques infundados*".
- Las expresiones utilizadas por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** "*seguramente permeó la psiquis*" de los funcionarios responsables de la investigación, que como "*seres humanos*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*impresionables, permeables a la información que reciben durante todo el proceso" vieron afectado su juicio.*

- Las pruebas para abrir la investigación, consistentes principalmente en las declaraciones y denuncias de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son nulas de pleno derecho y debían ser excluidas.
- Se vulneró una expresa prohibición probatoria de la ley procesal penal, y derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho de defensa y no autoincriminación. En visitas de inspección no se puede recaudar información, evidencias o medios de prueba entregados por indiciados dentro de un proceso penal y en aplicación del principio de oportunidad.
- Se desconoció el principio de presunción de inocencia debido a que "*sin querer prejuzgar*" se habían anunciado las más altas sanciones contra las empresas investigadas, pese a que el Superintendente de Industria y Comercio afirmó que no se emitió un "*concepto*" al respecto.
- Se desconoció el principio de imparcialidad y "*pululan*" ejemplos de cómo se obvió que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración "*factores de afecto o de interés*" y, en general, "*cualquier clase de motivación subjetiva*".
- Se atribuyeron competencias implícitas, por analogía o por extensión hermenéutica, para imputar cargos más allá de los límites legales preestablecidos, y para interpretar normas procesales como la caducidad, a "*mejor conveniencia*", incurriendo en un "*abuso del poder*" y una "*arbitrariedad*", al no respetar los derechos constitucionales y legales.
- Existieron múltiples vulneraciones al debido proceso debido a la indebida formulación de cargos, la falta de tipicidad de la imputación relativa al pago de un soborno y la inexistencia de los elementos configurativos de acuerdos contrarios a la libre competencia económica.
- Según reiterada jurisprudencia los cargos se deben indicar de manera concreta, con explicación clara de los hechos que constituyen una infracción. Con un grado de generalidad se establecieron los cargos imputados al referirse de "*manera genérica*" a la supuesta violación del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Se desconoció el principio de congruencia lo que invalida toda la actuación administrativa por violación del debido proceso. Debe existir congruencia entre los cargos y las recomendaciones del Informe Motivado, en consecuencia, entre los actos en la denominación jurídica que se endilga y los hechos probados.
- La Resolución de Apertura de la Investigación mencionó, por lo menos, en ochenta y dos (82) ocasiones las expresiones "*adjudicación*" y "*licitación*". Con imprecisas expresiones, la investigación se condujo inicialmente en el marco del denominado "*PROCESO*", pero se terminó aduciendo responsabilidades colectivas respecto de hechos "*imprecisos, inconexos*".
- Se realizó un giro al alcance del marco temporal y conceptual del denominado "*PROCESO*", que se utilizó a lo largo de la Resolución de Apertura de Investigación para afirmar que los hechos anticompetitivos y el supuesto "*sistema anticompetitivo*" se extendieron hasta 2016.
- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 6 de diciembre de 2018 en acción popular, entendió que la Resolución de Apertura de Investigación, solo se ocupaba o hacía relación con los eventos relacionados con la licitación del 2009, no con eventos posteriores. De ahí la necesidad de que ordenara abrir una investigación respecto de los hechos que dieron lugar a la suscripción de los otrosíes No. 3 y 6.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La carga de precisión de la autoridad administrativa exige individualizar la modalidad imputada. Se imputaron cargos genéricos como la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o la violación a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.
- Existió "indeterminación", "imprecisión" y "falta de claridad" en la imputación debido a que, sin rigor alguno, se imputó haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado, verbos diferentes con alcances muy distintos. No señaló en concreto y con la debida precisión y discriminación, en qué consiste cada actuación para encuadrarla en la correspondiente práctica contraria a la libre competencia.
- De conformidad con la doctrina en materia de competencia, "la norma que prohíbe la colusión en licitaciones sanciona únicamente los acuerdos de no competencia realizados entre empresas, y no los acuerdos entre funcionarios públicos y empresas privadas para determinar el destino de una licitación".
- En el Proyecto de Ley 038 de 2015 se intentó realizar una cualificación del sujeto activo de la conducta al determinar que se podrá imponer sanciones pecuniarias a los "agentes del mercado", sean personas naturales o jurídicas, en busca de excluir el esfuerzo de una "interpretación ampliada" a los servidores públicos, debido a que tal ampliación no existe.
- La conducta presuntamente sancionable no encuentra la precisión que exige el respeto al derecho de defensa y se constituye en "antibiológica". De forma contraria a derecho, "arbitraria y abusiva", se acudió a "interpretaciones amañadas" para encuadrar ciertos comportamientos en "tipos administrativos sancionables" contrarios a la libre competencia, con una "ambigüedad" y "despropósito" que deja en evidencia la "flaqueza" de los cargos imputados.
- La indeterminación de la imputación colocó al investigado en el esfuerzo de tratar de entender o imaginar a cuál de todas las hipótesis que plantea el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se refiere. También impuso a los imputados descubrir qué querrá decir que se le investiga por la violación a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.
- Se desconoció el principio de proporcionalidad al imponer la sanción. Se impuso la máxima multa posible, sin motivar suficiente y razonadamente el parámetro con base en el cual se liquidó la sanción.
- El principio de proporcionalidad exige una ponderación que corresponda la gravedad de la sanción con el comportamiento del infractor. Cuando se trata de múltiples sancionados las sanciones deben corresponder a la gravedad de sus actuaciones, extensión de las mismas y una tasación justa entre unas y otras.
- Se cometió un error al fijar la sanción sin referente distinto que el máximo que podría imponer conforme la norma. Se ignoró cualquier otro elemento de juicio, como que gracias a la denuncia instaurada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ ANTONIO MAMERI** resultó involucrado **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para reconocer los ilícitos en que incurrió en 2009.
- No se tuvo en cuenta, como en el caso "cementos", la capacidad económica del investigado conforme su patrimonio, con la finalidad de no constituirse en una sanción que liquida el patrimonio.
- Existió una inaplicación del principio de proporcionalidad a partir de la ponderación de los factores concurrentes y necesarios para graduar la sanción, en orden a adecuarla a los hechos que la originan.
- Se desconoció el principio de favorabilidad en la tasación de la multa al imponerla con base en los salarios mínimos vigentes al momento de la sanción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se debe realizar una reducción significativa de la sanción impuesta teniendo en consideración la reconocida y "*correcta conducta procesal*" de los sancionados.

#### 2.4.1. Argumentos particulares presentados por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR

- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** estuvo vinculado y ejerció actividades en Colombia hasta el 31 de diciembre de 2012. En 2016 no ejecutó acciones para "*legalizar*" pagos o pretender ocultar absolutamente ningún ilícito cometido siete (7) años atrás.
- La misión de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en su viaje a mediados de 2016 era enterarse de cómo y dónde se hicieron los giros a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** debido a que las autorizaciones e instrucciones habían sido de "*manera informal, fragmentada, inclusive verbalmente*".
- **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** incurrió en una inexactitud al mencionar que **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** estuvieron presentes en la reunión de 2016 y que también se invitó a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.
- A **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no le resultaba útil "*legalizar*" pagos realizados seis (6) años atrás y cuyas particularidades desconocía. El riesgo que corría era grande y carecía de sentido que *ad portas* de celebrar un acuerdo de colaboración, aparecieran documentos contradictorios y carentes de respaldo.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** transgredió el régimen de libre competencia en el mercado colombiano únicamente entre 2009-2010 con su acuerdo ilegal con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y no volvió a tener incidencia en hechos relacionados con Colombia, en operaciones de pagos o contratos.
- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que para el 28 de diciembre de 2020 transcurrieron cerca de once (11) años desde el último acto vinculado al soborno realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- Se señalaron pagos sospechosos ocurridos en 2013 y en adelante, cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no tuvo incidencia en la operación en Colombia, pues su trabajo concluyó en diciembre de 2012.
- Cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** trabajó en Colombia en 2012 y pagó los impuestos de renta, su patrimonio no superó \$ 275.000.000.

#### 2.4.2. Argumentos particulares presentados por LUIZ ANTONIO MAMERI

- Las actuaciones de **LUIZ ANTONIO MAMERI** se restringieron a 2010 y 2013 y, por tanto, caducó la facultad sancionatoria. La actuación de 2016, no tiene connotación anticompetitiva, ni relevancia jurídica.
- Se probó que **LUIZ ANTONIO MAMERI** tuvo incidencia en los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en 2009 y a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** en 2013, al impartir autorización a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** para realizarlos.
- **LUIZ ANTONIO MAMERI** ni en 2009 ni 2013 conoció detalles sobre los beneficiarios de los pagos, cómo se harían, la modalidad, etc. Ignoró todas esas particularidades, pues no le concernían.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Para 2016, la comprensión que **LUIZ ANTONIO MAMERI** refirió sobre operaciones de pagos, fue consecuencia exclusiva de su labor como colaborador con las autoridades de Estados Unidos, Brasil, Suiza y Colombia.
- Solo hasta el 2016, **LUIZ ANTONIO MAMERI** tuvo conocimiento de si los pagos que autorizó se habían efectivamente realizado; así como de los detalles de las operaciones durante años previos, descubriendo cómo y a través de qué vehículos se habían realizado.
- **LUIZ ANTONIO MAMERI** transgredió el régimen de libre competencia en el mercado colombiano únicamente en el 2010 y 2013 con las autorizaciones de pagos y no volvió a tener incidencia en hechos relacionados con Colombia.
- **LUIZ ANTONIO MAMERI** no omitió ningún deber, mucho menos toleró algún comportamiento contrario a la competencia.
- De conformidad con la jurisprudencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "*toda forma de responsabilidad objetiva se encuentra proscrita*" y "*se requiere un conocimiento consciente del agente de la conducta para que sea jurídicamente reprochable*".
- **LUIZ ANTONIO MAMERI** no tenía manera de conocer qué manejos se dieron en el país o en el "*Departamento de Operaciones Estructuradas*" a los pagos que autorizó y no tenía intervención en la coordinación de los mismos o sus reembolsos.
- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que el último pago que **LUIZ ANTONIO MAMERI** autorizó fue a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** en 2013 y en 2016 entendió que esa autorización se materializó entre febrero y septiembre de 2014, por lo que el 28 de diciembre de 2020 transcurrieron cerca de siete (7) años desde esa autorización.
- En 2016 **LUIZ ANTONIO MAMERI** tenía un deber legal y judicial en Brasil que le impedía realizar denuncias en Colombia y tenía que estar bajo estricta reserva y confidencialidad.
- Se concluyó, sin mayor análisis, que la sanción que se imponía a **LUIZ ANTONIO MAMERI** debía equivaler al 70% del máximo permitido por la ley.

#### 2.4.3. Argumentos particulares presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**

- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no participó en reuniones privadas con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con miras a alterar la licitación del Proyecto Ruta del Sol.
- Se realizó un análisis que careció de "*sindéresis*" para responsabilizar a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** por intervenir o cometer actos contrarios a la competencia por supuestamente sostener una reunión con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien bajo juramento aclaró que jamás trataron algo ilegal.
- No se probó el propósito de la reunión con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, su alcance o asuntos tratados. Esa reunión se solicitó formalmente y no hay prueba que refiera que fue privada u oculta.
- La afirmación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a que "*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*" tiene un alcance confuso.
- El objetivo de las reuniones con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** pudo ser aclarar temas jurídicos o contractuales de prepliegos, pliegos o documentos de la licitación, especialmente,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

relacionados con características de la documentación del exterior, aportes sobre capacidad técnica, financiera u obligaciones contractuales, responsabilidades o régimen de riesgos.

- **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** expresaron no haber sostenido reuniones o conversaciones para asuntos ilegales con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y que él no conocía de los acuerdos ilegales.
- **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, sin la participación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**, no trataron ningún asunto ilegal o que buscara descalificar a los competidores de la licitación del Proyecto Ruta del Sol.
- Desde la denuncia penal, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** fue contundente en señalar que los únicos conocedores del ilícito eran **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**.
- En la sentencia penal contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** se hace evidente la falta de participación y conocimiento de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en asuntos ilegales. No fue considerada una investigación en su contra o compulsada de copias pues no tuvo participación, nunca se probó su intervención o conocimiento.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no dio "vía libre" para solicitar el concepto jurídico a **HUGO PALACIOS MEJÍA** y requerido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar un competidor, ni autorizó, solicitó o lideró su consecución. Se utilizaron expresiones "equivocas y generales", no es claro qué significa "dar vía libre" para solicitarlo.
- Con el concepto no se buscaba "inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la CONCESIONARIA", este se presentó como argumento para solicitar la descalificación de los demás oferentes, basado únicamente en la ley, en los pliegos y las respuestas del **INCO** durante el periodo de licitación.
- El concepto jurídico tenía la única finalidad de corroborar que la eliminación de los competidores —que no era culpa de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** ni de **ODEBRECHT**— fuera realmente "seria, cierta y contundente", lo que solo se podía confirmar con una opinión experta y en extremo objetiva totalmente desprovista de sesgos o intereses.
- El autor del concepto es un abogado conocido y vinculado o cercano a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **CORFICOLOMBIANA**, no a **ODEBRECHT**. El concepto fue solo un respaldo para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en caso de que se le cuestionara algo en el futuro.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** simplemente se limitó a sugerir los temas sobre los que debería versar el concepto y verificar que se atendieran los temas críticos que se estaban discutiendo al interior de la licitación, no a autorizarlo, contratarlo o darle "vía libre".
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** al interactuar con un abogado que les ayudaría a aclarar dudas respecto de la eliminación de **OHL**, se comportó totalmente espontáneo, abierto y con total transparencia, como era natural ante un encargo de su jefe de corroborar y ratificar, la fuerza de los argumentos jurídicos de la eliminación de un competidor que se había equivocado.
- **HUGO PALACIOS MEJÍA** reconoció que el concepto lo elaboró con un previo estudio del pliego de condiciones y no recibió presión para beneficiar a la estructura plural a la que pertenecía **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no tuvo conocimiento de los inicios de la estrategia de compensación mediante el correo electrónico del 5 de enero de 2010, en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le indicó que valdría la pena "influenciar algunos puntos del contrato de inmediato" con el propósito de "disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado".



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El objetivo del correo electrónico del 5 de enero de 2010, como sucede en la adjudicación y celebración de contratos públicos, era revisar en forma exhaustiva el clausulado para confirmar que se integraron las adiciones o modificaciones convenidas públicamente, debido a centenares de adendas, modificaciones y aclaraciones al pliego en temas sensibles, lo cual no es ilegal.
- Es una mera especulación, "*gratuita, fantasiosa*", y que no atienda a ninguna lógica, señalar que se buscaba "*influenciar*" a algún funcionario para facilitar la modificación del contrato e incrementar las utilidades mediante "*adiciones*".
- La expresión de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en el correo electrónico del 5 de enero de 2010 es típica de un director a su equipo, que exige verificar la redacción del documento para minimizar riesgos, evitando asumir costos no presupuestados y optimizar el resultado esperado.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no tuvo conocimiento de la ejecución de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo. Tampoco incidió en los pagos de **CONSOL** o la **CONCESIONARIA**, que tenían sus propios esquemas administrativos, financieros y de control interno.
- El correo emitido por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** a unos funcionarios de la **CONCESIONARIA**, con copia a otros de **EPISOL** y a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** únicamente era un "*entérese*" que debe haber una revisión detalladas de varios contratos.
- En declaraciones se evidenció que **OTTO NICOLÁS BULA BULA** solo tuvo tratos con **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, no con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**. Su intervención únicamente fue para la explicación del contrato de estabilidad jurídica y la formalización de contratos elaborados conforme instrucciones de **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**.
- El contrato de *lobby* para el trámite de los requisitos que le dieran viabilidad a la adición Ocaña – Gamarra, sus particularidades y celebración, fue única y exclusivamente acordado entre **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no participó ni estuvo involucrado en la reunión de "*mediados del 2016*" en las oficinas de **ODEBRECHT**, con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**.
- No existe prueba o referencia respecto de que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** hubiera participado en la reunión en las oficinas de **ODEBRECHT**, emitido alguna indicación o sugerencia en relación con ese tema, ni contratos o la manera como debían comportarse en algún momento, tampoco de la reunión en Cartagena, a la cual no asistió, ni conoció.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no interfería en los asuntos financieros o contractuales de **CONSOL** ni de la **CONCESIONARIA**, pues dichas empresas tenían su propia e independiente estructura operacional. Ningún testigo, ni nadie relacionado con pagos irregulares, refiere su intervención como participe.
- El conocimiento que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** adquirió de los actos ilícitos fue debido a que se le encomendó la tarea de entregar a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** solicitudes de principio de oportunidad y de colaboración en 2016 y 2017.
- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria para imponer sanciones a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se debe reconsiderar y reducir significativamente el monto de la sanción impuesta teniendo en cuenta la permanente disposición de colaborar, las declaraciones rendidas durante la fase inicial de la investigación y la comparecencia a la audiencia de ratificación en 2019.
- **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** presentó las denuncias en representación de **ODEBRECHT** con todo el soporte probatorio y acompañó al apoderado de las personas naturales a presentar las denuncias y pruebas correspondientes.

## 2.5. Argumentos presentados por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**

- Se perdió competencia temporal debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria. Cuando se profirió la Resolución de Apertura de investigación habían transcurrido más de ocho (8) años desde el momento en que se adjudicó el contrato (diciembre de 2009).
- Con fundamento en el artículo 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, modificados por la Ley 1564 de 2012, los términos que inician a correr se rigen por las leyes vigentes en ese momento. En virtud del artículo 38 del Decreto 01 de 1984, el término de caducidad es de tres (3) años, debido a que la Ley 1340 de 2009 entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia del acuerdo anticompetitivo.
- El mercado concurrente es cerrado y determinado por la obra o servicio objeto de licitación, limitado en el tiempo, y solo existe mientras se adjudica o declara desierta la licitación. Una vez adjudicado desaparece y nace una nueva relación jurídica, bilateral y excluyente, entre el Estado y el contratista, que se rige por las normas de la contratación estatal.
- Los competidores son únicamente las personas que por su actividad económica y cumplir los requisitos para participar, pueden concurrir al mercado y competir en la licitación.
- La colusión en la adjudicación de una licitación no es una conducta de tracto sucesivo. Un acto anticompetitivo tendiente a conseguir la adjudicación del contrato no subsiste más allá del acto adjudicatario o del acuerdo previo, si es que el resultado no se logra.
- De conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la colusión, se cuenta a partir de diciembre de 2009 y hasta diciembre de 2014, operando a partir de esa fecha.
- De conformidad con jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en casos de colusión en licitaciones públicas, la caducidad se contabiliza a partir del momento en que se adjudica el respectivo el contrato.
- Se modificó de facto la imputación inicial en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria, para sostener que los efectos del acuerdo se mantuvieron en el tiempo en una segunda fase con un sistema de reembolsos y pagos irregulares para dividir el costo del acuerdo anticompetitivo.
- La conducta no puede denominarse de tracto sucesivo o continuada debido a que el soborno y su pago concluyeron en 2010, comportamiento anticompetitivo que más allá no produjo efectos respecto del derecho de la competencia.
- No existió "*unidad de sujetos*" debido a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, después de concluida la licitación, dejó de ser funcionario público.
- No existió "*unidad de intención*" debido a que la conducta de ofrecer y pagar "*sobornos*" a funcionarios públicos, no guarda identidad en causa, objeto y sujetos respecto del "*sistema de reembolso y pagos irregulares*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El pago y reembolso del soborno, a través del contrato con **DCS MANAGEMENT**, ocurrieron en 2010 por lo que al abrir la investigación no se tenía facultad para sancionar.
- En un esfuerzo por estructurar la tesis de la continuidad de la conducta, se arguyó que el acuerdo competitivo cobijaba la adición Ocaña – Gamarra, que más allá de su enunciación no fue corroborada con el material probatorio.
- Para imputar responsabilidad a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y condenarlo a "como dé lugar", se acudió a tesis contradictorias y se negó la valoración de la prueba que le favorecía.
- Respecto al acuerdo que celebró **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en las declaraciones de ambos partícipes no hay mención a la adición de Ocaña – Gamarra, los testigos directos del caso no ubican ese supuesto como parte del acuerdo.
- Era requisito *sine qua non* que el funcionario sobornado tuviera un grado de participación en la gestación y aprobación de la adición, de lo contrario, el acuerdo no cumpliría los objetivos de asegurar la adjudicación de la licitación y repetir más adelante la adjudicación de la adición.
- La adición Ocaña – Gamarra no fue objeto de mención en la imputación. No fue posible hacer alegatos, ni tampoco solicitud y decreto de pruebas concretas o relativas a la misma, no se sometió a los requisitos de publicidad y contradicción, no se decretaron testimonios, ni se citaron a los involucrados.
- El "testigo estrella" **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** dejó de ser funcionario público a los pocos meses de la adjudicación. En el momento en que se gestó y aprobó la adición, no tenía ni ejercía papel alguno frente a la misma.
- Sostener efectos anticompetitivos derivados de la adición Ocaña – Gamarra es contrario a decisiones judiciales que analizaron su génesis, debido a que la "adición no nació por iniciativa privada, sino fue propuesta por la ANI", es decir, se gestó con ocasión de una decisión estatal del **DNP**, aprobada en un **CONPES**.
- La sentencia de la Corte Suprema de Justicia contra **PLINIO OLANO BECERRA** corresponde a un elemento probatorio que no fue posible alegar respecto de los cargos iniciales y demuestra que la adición Ocaña – Gamarra nunca se gestó dentro del marco de una situación de carácter anticompetitivo.
- No existió "unidad de infracción" debido a que se requiere que cada una de las conductas en el tiempo resulten violatorias de un mismo precepto normativo o una misma infracción o delito. Si las conductas recaen sobre diferentes violaciones normativas no existe conducta continuada.
- El manejo interno de los dineros de la **CONCESIONARIA**, que hizo **ODEBRECHT**, corresponde a relaciones jurídico-comerciales ajenas al proceso licitatorio y al derecho de la competencia.
- Es un error suponer que los dineros pactados en el contrato de transacción, hicieron parte de un sistema anticompetitivo, sin demostrar con certeza: (i) el mercado vulnerado; (ii) el efecto anticompetitivo y (iii) el acto anticompetitivo que su celebración estructura, demuestra con certeza que el contrato como tal es ajeno al acuerdo anticompetitivo.
- Los supuestos fácticos que se consideraron para la sanción no están en consonancia con la imputación fáctica contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, lo que desconoce el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. La defensa se hace contra los cargos que con "precisión y claridad" se comunican, los que en la decisión final se tienen que verificar o desechar conforme a la prueba.
- En la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente como supuesto fáctico contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que era "para favorecer a la concesionaria RUTA DEL

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SOL". La Resolución Sanción desfiguró el cargo inicial y lo desbordó toda vez que terminó sancionando aspectos ajenos a los cargos imputados.

- La formulación de un nuevo cargo tiene un efecto "*determinante*" y "*devastador*" frente al derecho de defensa debido a que impidió que las pruebas solicitadas se orientaran a controvertirlo. Se estructuró una actuación arbitraria y contraria a derecho debido a que ni el sistema de supuestos reembolsos, ni la adición Ocaña – Gamarra guardan identidad con el cargo inicial.
- Se impidió la aportación de pruebas pertinentes en donde se establece la ausencia de participación de **CORFICOLOMBIANA** en pagos irregulares, en particular la solicitud respecto de los chats de **GABRIEL DUMAR LORA**.
- Existió una falta de pronunciamiento concreto respecto de los alegatos presentados por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** frente a errores de valoración de la prueba favorable a sus alegaciones.
- Si bien una enorme pluralidad de conductas pueden ser ilícitas, no todas tienen el carácter de anticompetitivas. Estructurar conductas continuadas o de tracto sucesivo como anticompetitivas, no puede llegar al extremo de que esa definición se predique respecto de conductas que no se ejecutaron dentro del marco de situaciones de competencia al imputar efectos anticompetitivos al mal manejo de recursos que hizo **ODEBRECHT**.
- La garantía del debido proceso y presunción de inocencia, no pueden significar la peculiar interpretación de que cualquier "*indicio*" o interpretación subjetiva de una conducta es plena prueba para responsabilizar a una persona y sancionarla.
- El interés de participar en la licitación no recaía en **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. La iniciativa de **CORFICOLOMBIANA** y sus subordinadas fue del presidente del **GRUPO AVAL**, lo que está demostrado con un correo electrónico de diciembre de 2008.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tuvo "*contacto indebido*" con ningún funcionario público encargado de la adjudicación y control del cumplimiento del contrato. En los contactos con personas del **INCO**, la **ANI** o **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, no se mencionó como participe de dichas reuniones.
- La dirección y liderazgo de la propuesta y el proyecto estaba en cabeza de **ODEBRECHT**, lo que se evidencia en el Memorando de Entendimiento (en adelante "**MOU**", por sus siglas en inglés), las participaciones accionarias en la **CONCESIONARIA** como en **CONSOL**, lo mismo que en la estructura de sus órganos de administración.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no era el representante legal de las empresas que pagaron el soborno. Todos los pagos realizados a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fueron efectuados a través del área de operaciones estructuradas de **ODEBRECHT**.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tenía ninguna responsabilidad en la gestión de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**. Cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** refirió que comentó verbalmente con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** algunas inquietudes sobre pagos, este le indicó que si "*estaban dentro del presupuesto y cumplían las reglas*" debía aprobarlas, y jamás le indicó u ordenó incumplir ninguna norma, ni procedimiento.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no fue beneficiario de la adjudicación de ningún contrato, ni era accionista de las empresas que los obtuvieron, y no tuvo ningún beneficio económico por tal motivo. Las actuaciones de **CORFICOLOMBIANA** siempre fueron informadas a la Junta directiva del **GRUPO AVAL**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La inmensa mayoría de pruebas aluden a actuaciones y operaciones realizadas por personas, no solo distintas de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, sino que son pertenecientes a otras compañías independientes a **CORFICOLOMBIANA**.
- No pueden existir dos versiones diferentes del acuerdo de "soborno", que es la infracción anticompetitiva, y que desde el punto de vista penal coinciden con un cohecho impropio confesado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.
- No pueden alterarse, variarse o desconocerse las declaraciones de los confesos partícipes del acuerdo de soborno. Por suposición se afirmó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo conoció e hizo parte del mismo, sin que el relato de los partícipes directos ubiquen a una tercera persona.
- Se desnaturalizó el sentido y alcance de la prueba. La tesis de las acciones de "ideación", "celebración" y "ejecución" de un acuerdo anticompetitivo por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, son simples suposiciones contrarias al sentido natural de la prueba.
- Existió un error en la valoración probatoria de la ideación del esquema anticompetitivo con una consideración "acomodada y contraria a lo que el acervo probatorio lógicamente acredita". Un evento de calificación o descalificación formal que experimentó **CORFICOLOMBIANA** en un proceso licitatorio anterior fue la prueba determinante de la participación a título de ideación por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el esquema anticompetitivo.
- No es posible atribuir a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** la condición de "determinador" de la voluntad de **ODEBRECHT** o que sembró la idea del sistema anticompetitivo en el "inocente" **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. Según esa conclusión, sin sus comentarios, **ODEBRECHT** no habría puesto en práctica en Colombia el esquema de corrupción multinacional confesado.
- No se tuvo en cuenta que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** era proveniente de Angola, país donde se produjeron prácticas corruptas por **ODEBRECHT**, por lo que esta empresa habiendo participado sola o con cualquier otro socio, hubiera puesto en marcha su política de corrupción y prácticas anticompetitivas.
- Existió un error en la valoración de quienes participaron en la "celebración" del acuerdo anticompetitivo. El Estado, a través de sus instituciones, no debe tener diferentes versiones para una misma situación fáctica. Lo confesado por **ODEBRECHT** demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** "era 100% autónomo" y no necesitaba autorización para hacer pactos ilegales.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** cambió su versión, dijo "lo que quiso y como lo quiso", dependiendo del escenario al que acudía, sin que tal circunstancia ameritara el menor reproche valorativo a su relato.
- **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no ratificó su declaración y su ausencia no fue valorada con las consecuencias legales que corresponden. Con conjeturas y suposiciones se llenó ese vacío para "acomodar artificialmente" los hechos a hipótesis y prejuicios, desbordando el propio dicho del delincuente confeso.
- El acuerdo fue iniciativa exclusiva de **ODEBRECHT** y no participó nadie más. La promesa de dinero o la representación dineraria de la dádiva no nació con el acuerdo entre **ODEBRECHT** y el funcionario público.
- Ninguna declaración o prueba válidamente controvertida señaló que existió un acuerdo previo entre **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, en que participó **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. La reunión en que se pactó el monto y oportunidad del pago de la coima fue a "sus espaldas".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** desconocieron la existencia del acuerdo anticompetitivo. Dos testigos colombianos, directos, no fueron suficientes para desvirtuar el dicho de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien ni siquiera ratificó su declaración.
- Las pruebas favorables a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que lo alejan de su participación en el acuerdo o que tuviera conocimiento posterior a éste, fueron ignoradas o descartadas de plano y se le creyó plenamente a un "mentiroso" como **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**.
- Según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2019 contra **PLINIO OLANO BECERRA**, hecho público y notorio, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no necesitaba "ningún intermediario" porque tenía "contacto directo" con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, "para que no existiera ninguna otra persona involucrada".
- Existió un error en la valoración sobre el objeto de la promesa remuneratoria y el momento en que se definió el pago de una suma de dinero. Se omitió la realidad afirmando que desde su nacimiento, el pacto se estructuró sobre suma de dinero por seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) y era conocido por **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.
- Se desbordó la prueba debido a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** negó que días antes de la entrega de propuestas (27 de octubre de 2009) se conociera que la promesa remuneratoria era dinero, por lo que no podía existir autorización de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- Existió un error en cuanto la valoración relativa al pago material del "soborno", es decir, su "ejecución". **CORFICOLOMBIANA** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tuvieron participación. Los funcionarios de **ODEBRECHT** con capacidad de realizar el mismo, ni quienes lo recibieron, los ubican en el proceso de pago o autorización de éste.
- **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** y **LUIZ ANTONIO MAMERI**, responsables del pago en **ODEBRECHT**, actuaron y pagaron sin participación alguna de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.
- Es un error considerar una denuncia penal como prueba plena. De acuerdo con la Ley 906 de 2004, los testigos que la suscriben y presentan, deben demostrar ante un juez de conocimiento y en audiencia pública de juicio oral, sometida a contradicción de todos los sujetos procesales, la veracidad de lo denunciado y de las pruebas que sustentan dicho documento.
- Legalmente no se puede valorar con grado de certeza una pieza procesal —denuncia penal— que por expreso mandato legal carece de ese valor. Para ser plena prueba requiere contradicción. Cualquier afirmación de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** participó en el pago o lo autorizó es una simple conjetura.
- Existió un error en la valoración relativa a la ideación del concepto rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**, su alcance y en especial sobre el testimonio de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al respecto. Se tergiversaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su creación y solicitud.
- El concepto rendido el 15 de diciembre de 2009 no era idóneo para inhabilitar a un proponente debido a que para esa fecha el Comité Evaluador había calificado las propuestas. El concepto analizaba si la descalificación o inhabilitación se había hecho conforme a las reglas de la licitación, es decir, conforme a derecho, y tenía por objeto analizar un hecho cumplido.
- La iniciativa para la consecución del concepto jurídico provino de la firma **ARRIETA MANTILLA**, asesora jurídica de la **CONCESIONARIA**, contratada por **ODEBRECHT** antes de tener cualquier acuerdo con **CORFICOLOMBIANA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El 11 de diciembre de 2009 se definió el temario del concepto y se encargó a **MARTHA CEDIEL**, y el 14 de diciembre de 2009, el equipo jurídico conoció que ella se excusó de rendirlo, lo que se demuestra en los correos electrónicos de esa época. La prueba no ubica, ni acredita relación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con la elaboración del concepto o su temario.
- El control final del concepto y orden de entrega no correspondieron a una iniciativa de **CORFICOLOMBIANA** o **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sino de **ODEBRECHT**. **HUGO PALACIOS MEJÍA** ratificó que le fue solicitado el 15 de diciembre de 2009 y, de manera excepcional, aceptó rendirlo en poco tiempo.
- La declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** es contradictoria y un "embuste" debido a que la idea del concepto no nació los primeros días de diciembre, sino a partir del 10 de diciembre de 2009. La prueba objetiva, documental y testimonial demuestra que no existió una lista y que es imposible que **HUGO PALACIOS MEJÍA** estuviera en ella.
- Sin existir ninguna prueba "de manera robótica" se afirmó que se tiene por probada la relación de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** frente al concepto.
- Existió un error en la valoración en cuanto la supuesta participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en los pagos irregulares. No existe prueba en su buzón de correo electrónico que demuestre la "continúa y directa comunicación con Mauricio Millán". Todas las comunicaciones entre **CORFICOLOMBIANA** y sus filiales está soportada en correos electrónicos entre los diferentes funcionarios.
- Se desconoció una "prueba pericial" sobre las comunicaciones por correo electrónico entre **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **MAURICIO MILLÁN DREWS** que arrojó una inexistencia de comunicación, en comparación con comunicaciones entre funcionarios que sí dependían de él.
- Existió un error en cuanto la valoración de la conducta frente a los reportes que hizo **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. Se desconoció el apoyo de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** a esos reportes y su respaldo a la decisión de no autorizar los pagos, que se hicieron directamente por **ODEBRECHT** sin el permiso pertinente.
- **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** negó que reportara a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y únicamente le consultó por la inquietud que su decisión pudiera tener en la continuidad de su puesto, por lo cual no es cierto que se recibieran reportes del Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**.
- Existe una trazabilidad de documentos y correos electrónicos que indican que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** actuó promoviendo acciones de verificación de posibles irregularidades que debían ser constatadas para ser reclamadas ante **ODEBRECHT**, lo cual es contrario a la supuesta "pasividad, tolerancia, permisividad" y no es una actitud de quien conociera de actos anticompetitivos, los tolerara o permitiera.
- El anexo del correo electrónico del 30 de junio de 2015 demuestra que la conducta de **ODEBRECHT** nunca fue revelar lo que sucedía, sino tratar de dar un parte de tranquilidad y ocultaron ante su socio toda la realidad, lo que indica que en Colombia se desconocía la corrupción.
- En septiembre de 2015 al interior de **CORFICOLOMBIANA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** estudiaron la posibilidad legal de disolver la asociación con **ODEBRECHT**.
- Existe un contradicción esencial debido a que si supuestamente existía un acuerdo para realizar reembolsos de pagos ilícitos, una vez se descubrieron irregularidades, en vez de ocultarlas, se procedió a investigarlas involucrando diferentes estamentos y funcionarios de toda la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

organización, incluido **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Así mismo, **ODEBRECHT** además de reconocer que movilizó dineros sin soporte, aceptó restituirlos.

- El planteamiento de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no interpuso denuncia o acción alguna es *"tendencioso, e hipotético"* y desconoce las pruebas que indican que *"no era un aliado de Odebrecht"*.
- Un manejo irregular de la caja entre socios por hacer pagos no autorizados o sin sustento, no acredita que el **GRUPO AVAL, CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** tuvieran conocimiento de la conducta delictiva que confesó **ODEBRECHT**.
- No es posible ubicar a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** como *"una entidad omnipresente"* en todas las áreas de la relación **ODEBRECHT, GRUPO AVAL, CORFICOLOMBIANA, EPISOL, CONCESIONARIA** y **CONSOL**, cuando la realidad demuestra que no es así.
- La decisión, conforme al sentido natural de la prueba, es opuesta al material probatorio válidamente incorporado. No solo hay un error en el análisis lógico de la prueba sino que esa *"distorsión frente a la verdad de los hechos"* cambiaría la decisión.
- La multa impuesta admite revisión teniendo en cuenta la información financiera reciente relativa a la situación económica actual de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien no continuó desarrollando actividades económicas al interior de las empresas vinculadas a la práctica anticompetitiva o en el mismo sector. En 2017 la investigación penal en su contra significó su desvinculación automática del empleo que tenía.
- En los últimos 22 años, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** se desempeñó en altos cargos de administración de entidades sujetas al control de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, siendo ese el sector en el que desarrolló su actividad laboral y económica (fuente de ingresos). Cuando cumpla su condena penal no tendrá edad laboral y estará imposibilitado de trabajar en el sector financiero donde desarrolló su vida laboral y tiene su experticia.
- La idea de la empresa de asesoría económica y financiera que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** pretendía desarrollar no llegó a consolidarse debido a que el 23 de agosto de 2017 se dictó en su contra medida cautelar de detención preventiva intramural. Además, se le privó de la libertad el 29 de abril de 2019 con ocasión del fallo penal de primera instancia.
- **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lleva casi cuatro (4) años sin generar ingresos de su actividad laboral lo que implica un cambio sustancial en su situación financiera, como se evidencia con su declaración de renta.
- La conducta anticompetitiva que se imputó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** corresponde con la misma conducta penal por la que se le condenó previamente a pagar una multa de \$136.328.082, adicional a la pena privativa de la libertad.
- Una persona privada de la libertad está en incapacidad de generar ingresos. En 2016, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** reportó ingresos principalmente de vinculación laboral por \$ [REDACTED] y, en 2019, con la privación de la libertad, solo reportó \$ [REDACTED], siendo cero (\$0) sus ingresos laborales.
- La multa de \$393.991.455 analizada respecto del patrimonio líquido, que con base en la declaración de renta del año gravable 2019 era \$ [REDACTED], constituye el [REDACTED]% de su patrimonio. En el caso de **CORFICOLOMBIANA**, por ejemplo, es apenas del 0,066% de su patrimonio y 3.63% de las utilidades reportadas en 2019.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La condena es patrimonialmente desproporcionada si se tiene en cuenta que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no era beneficiario del contrato, no era socio de los resultados de la **CONCESIONARIA**, ni obtenía utilidad alguna del negocio.
- La multa sobre el patrimonio de la persona natural, conforme a la declaración de renta, es del ██████%. En el caso "azúcar" la multa sobre patrimonio más alta no llegó al 6.7%, y en otros casos de colusión, sin incluir el **GRUPO NULE**, representaron en promedio el 9.95% del patrimonio de los sancionados.
- De conformidad con la Resolución No. 69268 de 2018 y la Resolución No. 22233 de 2019 se ha resaltado "la necesidad de tener en cuenta la situación financiera del sancionado".
- El aumento de las multas que promovió la Ley 1340 de 2009 tenía por objeto, además de disuasión y sanción, que no fuese irrisorio frente a los beneficios indebidos que el agente pudiera haber obtenido. Pero tratándose de las personas naturales es claro que no perciben los beneficios del agente del mercado, por lo que debe apreciarse con mayor proporcionalidad.

#### 2.6. Argumentos comunes presentados por **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**

- Que se elimine de la Resolución No. 82510 de 2020 cualquier afirmación o análisis de responsabilidad efectuado por la Delegatura respecto de la imputación relacionada con el aprovechamiento del conflicto de intereses por cuanto existía caducidad de la facultad sancionatoria y los pronunciamientos son ilegales y afectan el buen nombre de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**.
- Se realizaron afirmaciones frente a un cargo para el cual no le estaba permitido a la Delegatura ni a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar actuación alguna.
- Una vez la Delegatura concluyó que carecía de competencia por haberse configurado la caducidad de la facultad sancionatoria, lo procedente era archivar la investigación y no continuar con su trámite.
- En vez de declarar la nulidad de lo actuado por la Delegatura, en la Resolución No. 82510 de 2020 se incluyeron afirmaciones que afectan el buen nombre de unas personas que no fueron declaradas responsables de realizar una conducta restrictiva de la competencia.

**TERCERO:** Que mediante Resolución No. 7145 del 18 de febrero de 2021 se decretaron como prueba los documentos aportados en los recursos de reposición interpuestos por **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** y la **CONCESIONARIA** por considerarlos conducentes, pertinentes y útiles para fundamentar los argumentos expuestos en sus recursos de reposición.

Así mismo, se rechazó el decreto de algunas pruebas documentales y testimonial solicitadas por **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por no encontrarse satisfechos los requisitos de pertinencia y utilidad.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, de las pruebas documentales decretadas, se ordenó correr traslado a **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, la **CONCESIONARIA**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, por un término de cinco (5) días a partir de la comunicación o notificación de la Resolución No. 7145 de 2021, según fuera el caso.

**CUARTO:** Que mediante memoriales bajo los radicados No. 17-14777-1419, 17-14777-1421 y 17-14777-1427, **ODEBRECHT**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** expusieron diferentes dificultades para acceder al Expediente y consultar las pruebas documentales incorporadas lo que, a su juicio, limitó el término de traslado

previsto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 y comprometió su derecho de defensa y contradicción.

En razón a lo anterior, mediante Resolución No. 16692 del 25 de marzo de 2021, con fundamento en el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, y según lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, debido a las inconformidades señaladas en el trámite, y ante la posibilidad de que se presentaran inconvenientes en el acceso al Expediente para la consulta de las pruebas incorporadas, se adoptaron algunas medidas necesarias para corregir cualquier posible irregularidad.

#### 4.1. Pronunciamientos sobre las pruebas decretadas en la Resolución No. 7145 de 2021

Superada cualquier posible irregularidad, dentro del término de traslado concedido se recibieron los siguientes pronunciamientos por parte de **ODEBRECHT**<sup>3</sup>, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**<sup>4</sup> sobre las pruebas documentales decretadas e incorporadas al Expediente administrativo. Los demás intervinientes guardaron silencio.

##### 4.1.1. ODEBRECHT<sup>5</sup>

- El Superintendente de industria y Comercio emitió conceptos o consejos sobre la investigación a través de distintos medios de comunicación —“Revista Semana”, “Diario Portafolio” y “La FM”—, que se encuadran en la causal del numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, sobre conflictos de interés y causales de impedimento y recusación de los servidores públicos.
- Se desconoció el debido proceso y las garantías de imparcialidad debido a que en todas sus manifestaciones da a entender que no tendrá en cuenta las inconformidades manifestadas mediante los recursos de reposición y, por el contrario, la sanción está en firme.
- Las pruebas debieron ser presentadas en las etapas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 por lo que su decreto es violatorio del debido proceso de **ODEBRECHT**.
- Ninguna de las pruebas decretadas son nuevas ni sobrevinientes. Por el contrario, estaban a disposición de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** con anterioridad a la expedición de la Resolución Sancionatoria, e incluso la Resolución de Apertura de Investigación, y hacen alusión a hechos precedentes.
- El decreto de las pruebas documentales, que no son nuevas ni sobrevinientes, además de resultar “extraño”, es violatorio del debido proceso de **ODEBRECHT**.
- Las pruebas decretadas en la Resolución No. 7135 de 2021 son superfluas e inútiles.
- **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** conocieron de los pagos realizados desde la **CONCESIONARIA**. En todo caso, debido a su experiencia, sus altos valores corporativos, su deber de debida diligencia, su participación, y deber de vigilancia en relación con las firmas,

<sup>3</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01420-0001 del 2 de marzo de 2021 y 17-14777- -01458-0001 del 6 de abril de 2021.

<sup>4</sup> Rad. SIC 17-14777- -01424-0001 del 5 de marzo de 2021 y 17-14777- -01455-0001 del 5 de abril de 2021.

<sup>5</sup> Mediante escrito con Rad. SIC. 17-14777- -01497-0001 del 14 de mayo de 2021, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** se pronunciaron en relación con algunas afirmaciones hechas por **ODEBRECHT** al traslado previsto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, es menester señalar que dicho pronunciamiento por parte de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, además de extemporáneo, resulta completamente improcedente, en razón a que el trámite previsto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 únicamente implica un “traslado” a los demás intervinientes en la actuación administrativa a efectos de que ejerzan la facultad de pronunciarse o no sobre las pruebas que fueron decretadas, con la finalidad de garantizar el principio de publicidad que orienta el procedimiento y, así mismo, el debido proceso en su componente de derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, no habilita la posibilidad de que precluido el término allí previsto se presenten pronunciamientos frente a los pronunciamientos de los demás intervinientes.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

transferencias, proveedores, pagos y operaciones en general, debió haber conocido de los pagos realizados.

- La rueda de prensa del 14 de septiembre de 2018 del anterior Superintendente de Industria y Comercio demuestra que la adición Ocaña-Gamarra no hizo parte de esta investigación. Por lo que se introdujeron hechos nuevos y complejos como los pagos al **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA y PRESOAM**, desconociendo el derecho de audiencia y defensa.
- Respecto al pago a **PRESOAM** no existe prueba alguna de los efectos que se le pretende endilgar y el pago a **CONSORCIO SION** fue realizado el 25 de septiembre de 2015 por lo que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.
- El borrador de la minuta del contrato de transacción da por sentado que dicho documento se encontraba fundado u originado en contratos irregulares. Este hecho no se encuentra probado, e incluso es objeto de investigación por la Fiscalía General de la Nación, que a la fecha no ha determinado que dichos contratos tengan carácter irregular.
- Que se oficie a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el fin de que certifique si existe algún pronunciamiento definitivo o proceso en curso en relación con la legalidad de los contratos objeto de transacción.

#### 4.1.2. LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN

- De manera sorpresiva se presentaron algunas pruebas que eran extemporáneas y no respondían a hechos sobrevinientes.
- De conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, no procede aportar más pruebas y sorprender a los demás investigados cuando se carece de toda oportunidad de análisis y oposición.
- Sorprende la extemporánea solicitud de incorporación de las pruebas documentales por parte de las empresas investigadas; pero aún más la novedosa determinación de decretarlas, desconociendo la Superintendencia de Industria y Comercio sus propios criterios.
- El anterior Superintendente de Industria y Comercio enfáticamente dijo que la adición Ocaña-Gamarra *"está en otros expedientes de la Superintendencia y lo que la Superintendencia ha hecho es priorizar el tema de la investigación... pero eso se circunscribe a los hechos ocurridos en el 2009 y 2010"* y cerró declarando que las otras investigaciones iban *"en investigación preliminar"*.
- Las pruebas que aportó **EPISOL** son impertinentes, inútiles e inconducentes pues no corresponden al objeto de la investigación, sino a asuntos ajenos a los de la licitación de 2009 para la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.
- Ninguna de las pruebas decretadas debe ser valorada ni tenida en cuenta so pena de incurrir en determinaciones arbitrarias y violentar los derechos fundamentales de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.
- Lo que pretende **CORFICOLOMBIANA** es exculparse y eludir su responsabilidad indicando con sus pruebas que un contador propio certifica que no encontró en su contabilidad desembolsos para el pago de una *"coima"*, o que no hay un acta de una junta donde aparezca que se le dio una autorización expresa a una persona de su organización para que actuara en ese sentido.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Que se oficie a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**<sup>6</sup> con el fin de que certifique el estado actual de las investigaciones relacionadas con el Proyecto Ruta del Sol 2, incluyendo el contrato de transacción y los diferentes contratos "irregulares" celebrados entre 2013 y 2015, que fueron acogidos como elementos que distorsionaron la libre competencia, para evidenciar que esas investigaciones no han llegado a conclusión alguna que conduzca a calificarlos como ilegales.

#### 4.2. Consideraciones del Despacho sobre las solicitudes probatorias realizadas en el pronunciamiento al traslado de que trata el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011

En forma común, **ODEBRECHT, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, en el pronunciamiento al traslado realizado de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, realizaron solicitudes probatorias con el propósito de que se oficiara a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con el fin de que certifique el estado actual de las investigaciones relacionadas con el Proyecto Ruta del Sol 2 y si existe algún pronunciamiento definitivo o proceso en curso en relación con la legalidad de algunos contratos.

Con posterioridad, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, con fundamento en el artículo 175 de la Ley 1564 de 2012, presentaron desistimiento<sup>7</sup> de la solicitud probatoria.

Sobre el particular, este Despacho debe señalar a los recurrentes que el trámite previsto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 únicamente implica un "traslado" a los demás intervinientes en la actuación administrativa a efectos de que ejerzan la facultad de pronunciarse o no sobre las pruebas que fueron decretadas, con la finalidad de garantizar el principio de publicidad que orienta el procedimiento y, así mismo, el debido proceso en su componente de derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, no puede aceptarse que el trámite en comento se convierta en una nueva oportunidad para aportar o solicitar el decreto de pruebas adicionales. Aceptar dicha postulación implicaría dejar abierta una posibilidad indefinida para continuar integrando el debate probatorio, lo que desconocería no solo el carácter de orden público de las normas procesales dispuestas con tal finalidad, además de su preclusividad, sino que también dejaría al absoluto capricho o antojo de los administrados las distintas oportunidades y etapas del procedimiento administrativo.

De manera que la prerrogativa en esta sede del trámite se limita exclusivamente a que los demás intervinientes presenten sus consideraciones, conclusiones y cualquier alegato en torno a las pruebas que fueron decretadas sobre lo que pueda afectar sus intereses en la decisión a adoptar respecto de los recursos de reposición que se encuentran en trámite, sin que este escenario se constituya convenientemente en una oportunidad adicional para pretender el examen de nuevas solicitudes probatorias que, por conveniencia o negligencia, no fueron aducidas en el momento precedente y, encontrándose precluida cualquier oportunidad probatoria, se elevan de forma evidentemente tardía.

Ahora bien, incluso, sin perjuicio de la improcedencia de las solicitudes probatorias, resulta indiscutible que las mismas son completamente impertinentes debido a que independientemente de la existencia o no de alguna investigación en materia penal, lo cierto es que cualquier determinación, actuación o conclusión sobre los asuntos que pretenden los recurrentes certifique la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, no tendrían la virtualidad de cambiar o supeditar las conclusiones que desde la óptica de la libre competencia económica emitió esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, entre otras razones, como consecuencia de que en sede penal el ente acusador dirige su persecución a la protección de otros bienes jurídicamente tutelados.

<sup>6</sup> Rad. SIC 17-14777- -01457-0001 y 17-14777- -01459-0001 del 6 de abril de 2021.

<sup>7</sup> Rad. SIC 17-14777- -01479-0001 del 15 de abril de 2021.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En razón a lo anterior, las solicitudes probatorias presentadas por **ODEBRECHT, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, no serán objeto de pronunciamiento debido a que, además de ser peticiones extemporáneas, es evidente su impertinencia, razones por las que resultan manifiestamente improcedentes.

Precisado lo anterior, en este punto es menester señalar que como consecuencia de lo expuesto, y en virtud del principio jurídico según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, igual de improcedente resulta la solicitud de desistimiento que presentó **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

#### **4.3. Consideraciones del Despacho sobre la solicitud respecto al traslado de pruebas en la actuación administrativa**

**CORFICOLOMBIANA, EPISOL, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO y ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 16692 del 25 de marzo de 2021, presentaron una petición<sup>6</sup>, con fundamento en el principio de igualdad y debido proceso, con el propósito de que se remita copia de las pruebas que obran en el Expediente que, a su juicio, fueron recaudadas sin la intervención de los investigados y sobre las cuales no se ha garantizado el ejercicio del derecho de defensa y contradicción. Así mismo, en forma subsidiaria, solicitaron que se excluyan del Expediente todas aquellas pruebas que fueron recaudadas sin la intervención de los investigados y sobre las cuales, a su juicio, no se ha garantizado el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, por ser pruebas nulas de pleno derecho.

Las anteriores peticiones no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazadas por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe indicarse que el trámite adelantado en sede de reposición respecto al "traslado" de las pruebas que fueron decretadas mediante la Resolución No. 7145 de 2021 encuentra fundamento legal en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 que dispone expresamente que "[c]uando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días".

Como se expuso previamente, esa prerrogativa únicamente implica un "traslado" a los demás intervinientes en la actuación administrativa a efectos de que ejerzan la facultad de pronunciarse o no sobre las pruebas que fueron decretadas, con la finalidad de garantizar el principio de publicidad que orienta el procedimiento y, así mismo, el debido proceso en su componente de derecho de defensa y contradicción. En esa medida, se insiste, se limita exclusivamente a que los demás intervinientes presenten sus consideraciones, conclusiones y cualquier alegato en torno a las pruebas que fueron decretadas como fundamento de los argumentos expuestos en los recursos de reposición sobre lo que pueda afectar sus intereses en la decisión a adoptar al respecto.

En este punto es relevante indicar que **CORFICOLOMBIANA y EPISOL**, una vez fue debidamente notificada la Resolución No. 7145 del 18 de febrero de 2021, gozaron plenamente del término de traslado concedido con fundamento en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, sin que ejercieran su prerrogativa de pronunciarse al respecto.

En segundo lugar, no se puede olvidar que la Resolución No. 16692 del 25 de marzo de 2021 estuvo motivada con ocasión de las inconformidades señaladas en el trámite por **ODEBRECHT, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, y no por **CORFICOLOMBIANA y EPISOL**, ante la posibilidad de que se presentaran inconvenientes en el acceso al Expediente para la consulta de las pruebas incorporadas, razón por la cual se adoptaron algunas medidas necesarias para corregir cualquier posible irregularidad, con fundamento en el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011, y según lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>6</sup> Rad. SIC 17-14777- -01465-0001 del 14 de abril de 2021.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En tercer lugar, es menester recordar que la actividad probatoria, esto es, solicitud, decreto, práctica y contradicción de las pruebas en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, se tramita por el cauce procesal previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y se sujeta a las reglas previstas para cada medio probatorio de conformidad con la Ley 1564 de 2012.

En el contexto advertido, no solo es posible evidenciar que el trámite adelantado en esta sede de reposición respecto al "traslado" de las pruebas decretadas tiene una naturaleza distinta y no equiparable con la actividad probatoria primigenia que se surte en la actuación administrativa, por lo que exigir la aplicación del artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 denota un absoluto desconocimiento del diseño y finalidad de cada etapa del procedimiento administrativo.

De modo que pretender, en virtud del principio de igualdad, la aplicación de normas que regulan otras etapas del procedimiento, no es solo un desatino jurídico, sino también olvida convenientemente lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012, según el cual las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Finalmente, es menester recordar que de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, el recurso de reposición tiene por finalidad que quien expidió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque, por lo que es el mecanismo de impugnación previsto legalmente para encausar las censuras que en forma tardía ahora exponen los solicitantes y, en todo caso, fueron objeto de pronunciamiento por este Despacho en la Resolución Sancionatoria.

Así las cosas, la solicitudes presentadas por **CORFICOLOMBIANA, EPISOL, GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**, no solo resultan abiertamente improcedentes, sino además son extemporáneas, razón por la cual se rechazan por completo.

**QUINTO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado el decreto y la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En tal medida, en razón a que en el presente trámite se adoptaron las decisiones pertinentes en relación con las solicitudes probatorias presentadas, su respectivo traslado, así como medidas de saneamiento para superar cualquier posible irregularidad, este Despacho considera viable entrar a resolver los recursos de reposición que fueron interpuestos contra la Resolución No. 82510 de 2020, dando respuesta a los argumentos presentados en la oportunidad legal pertinente por los impugnantes, así como sus pronunciamientos respecto de las pruebas decretadas en esta sede.

### 5.1. Consideraciones previas

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos presentados en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante llamar la atención respecto del hecho indiscutible de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales previsto en el artículo 88 y 333 de la Constitución Política, que establecen la libre competencia económica y que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y el Estado deberá evitar 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 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 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"<sup>9</sup> (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 ibidem** 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.**"<sup>10</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 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. 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 que<sup>11</sup>:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."*<sup>12</sup>

*Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado."* (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 oportunidades<sup>13</sup>, 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,***

<sup>11</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>12</sup> 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."

<sup>13</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3008 de 2019.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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. (...)"<sup>14</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

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 competitivo<sup>15</sup>. Por ello, asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundando 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 sobrecostos y pérdidas irrecuperables 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."<sup>16</sup> (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

<sup>14</sup> 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](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf).

<sup>15</sup> 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](https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf).

<sup>16</sup> OCDE. Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*contrataciones deshonestos o corruptos*<sup>17</sup>. 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, se ha considerado que:

**"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"**<sup>18</sup> (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"*<sup>19</sup> (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**

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> 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."*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.<sup>20</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

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 diálogo 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"<sup>21</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Así las cosas, la OCDE<sup>22</sup> 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 corrupción<sup>23</sup>.

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

<sup>20</sup> OCDE. Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

<sup>21</sup> 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."*

<sup>22</sup> OCDE. Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

<sup>23</sup> OCDE. Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 competitivo<sup>24</sup>.

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 lealtad<sup>25</sup>.

Por otra parte, la Corte Constitucional<sup>26</sup> 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"<sup>27</sup>.

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 protección de la competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación de la conducta punible prevista en el artículo 410-A del Código Penal<sup>28</sup>.

En esa medida, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente acreditado que **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL** implementaron un sistema restrictivo de la libre competencia económica que, en una primera fase, contempló la ideación, 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, en una segunda fase, incluyó la ejecución de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, materializada mediante la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementar 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.

<sup>24</sup> OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

<sup>25</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 de 2019.

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-101 de 2018.

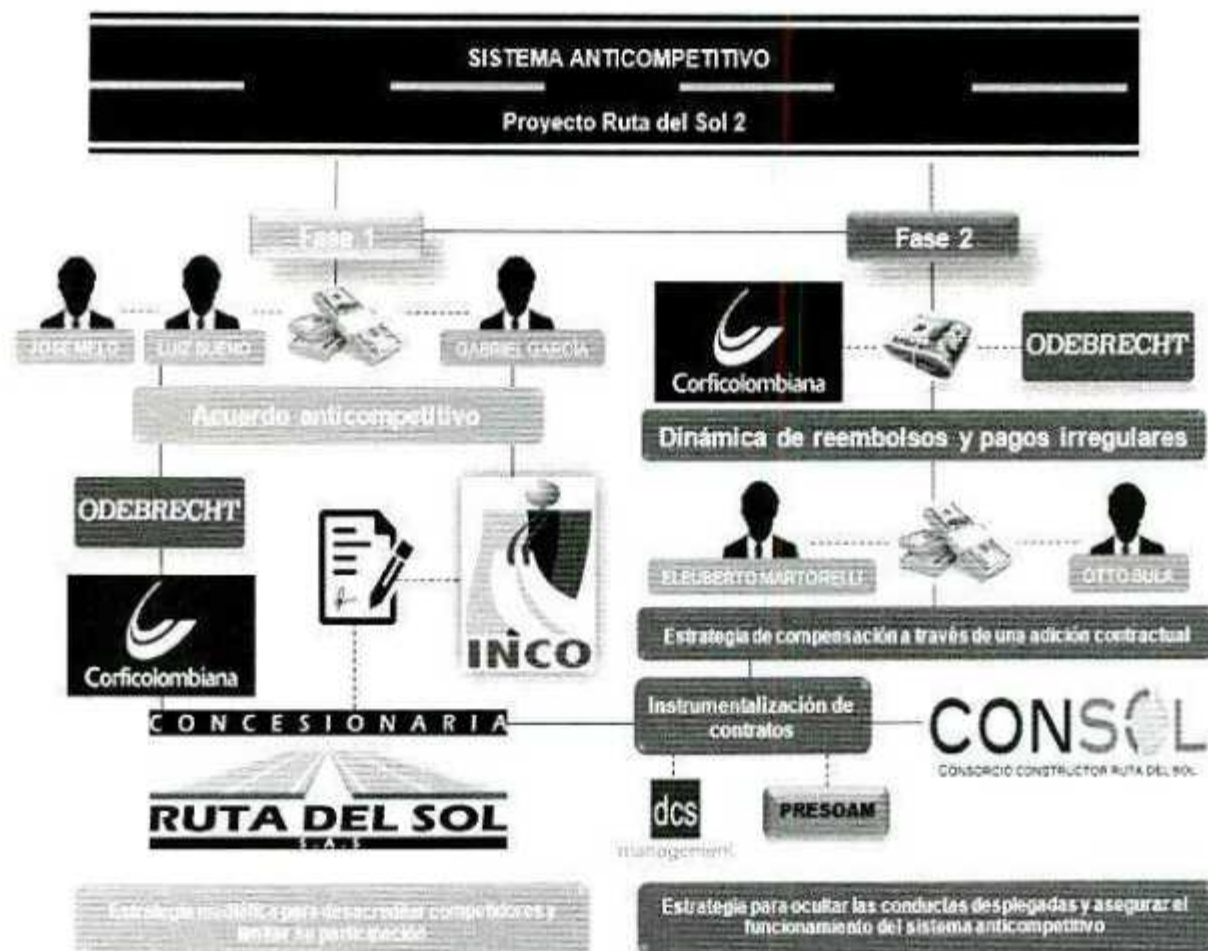
<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-944 de 2012.

<sup>28</sup> "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Diagrama No. 1. Infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

El sistema restrictivo de la competencia tuvo como contexto el esquema corrupto mediante el cual operaba ODEBRECHT, y las prácticas que sus miembros reconocieron haber llevado a cabo a nivel mundial, en el que es considerado "El mayor caso de soborno extranjero de la historia"<sup>29</sup>.

Particularmente, 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 ello, 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 en 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.

Ese contexto le permitió a este Despacho identificar ciertas características o rasgos relevantes del "modus operandi" con que operaba ODEBRECHT en el mundo y contar con elementos de juicio adicionales que valorados en conjunto con otros aspectos fácticos y probatorios, llevaron a una mejor comprensión y análisis de ciertas particularidades de las conductas desplegadas y replicadas en Colombia.

A partir de lo anterior, se logró advertir la existencia de una compleja y sofisticada estructura ilegal, que valiéndose convenientemente de su organización empresarial, planificó un reparto concreto de diversos roles y distintas tareas o funciones, sin aparente conexión, pero 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.

<sup>29</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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

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 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.

Así, el "*modus operandi*" de **ODEBRECHT** en proyectos de infraestructura, no solo contemplaba la existencia de una transacción o "*contrato implícito*" —acuerdo anticompetitivo— 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 de un contrato, cambio en las bases de la licitación o manipulación de algún criterio durante la evaluación técnica, sino además, la existencia posterior, durante la ejecución del contrato, de "*renegociaciones oportunistas*", esto es, modificaciones o adiciones contractuales.

Bajo ese contexto, este Despacho identificó, en el marco del sistema anticompetitivo inicialmente orquestado por **ODEBRECHT**, un llamativo interés en 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 Ruta del Sol o finalmente como asesor de la **CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL**<sup>30</sup> (en adelante "**IFC**" por sus siglas en inglés), lo cual se tradujo en una actuación inequívocamente dirigida a tratar de alterar o, por lo menos, interferir, en su etapa más temprana, en la estructuración del referido proyecto.

En la Resolución Sancionatoria se presentaron diferentes pruebas que valoradas en conjunto permitieron demostrar plenamente la existencia de un sistema anticompetitivo, inicialmente orquestado y 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**.

La primera fase del sistema restrictivo de la competencia incluyó 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, a través del análisis de diferentes evidencias se logró establecer que el verdadero propósito o finalidad de ese ofrecimiento era garantizar la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**.

Las pruebas analizadas permitieron establecer que el acuerdo ilegal estuvo motivado e influenciado 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, preocupaciones que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** (entonces Presidente de **CORFICOLOMBIANA**) le transmitió a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** (Director Superintendente de **ODEBRECHT** para la época de los hechos).

Así, diferentes evidencias permitieron develar que para 2009 los cartelistas al idear su acuerdo ilegal planificaron que la persona a quien debían vincular al sistema anticompetitivo tenía que ostentar la

<sup>30</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 constituyó 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, no solo era Viceministro de Transporte, sino además era Director encargado de dos (2) entidades públicas<sup>31</sup> con un papel decisivo en la adjudicación. Por una parte, el **INVIAS**<sup>32</sup> que era la institución encargada de adelantar el proceso público de adjudicación de contratos de obras públicas y, por otra, el **INCO**<sup>33</sup> que era la entidad competente para adelantar el proceso público de adjudicación de concesiones en el país.

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, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** lideró la realización de diferentes reuniones ante el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, 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, las diferentes pruebas dan cuenta de que existieron por lo menos (4) cuatro reuniones previas que iniciaron a "mediados de 2009" y se prolongaron hasta "finales de octubre" de 2009 y representan el prelude del acuerdo ilegal. En desarrollo del sistema anticompetitivo, para finales de octubre de 2009, se perpetraron reuniones secretas e ilegales entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para definir y concretar el acuerdo anticompetitivo. En las mismas, se insinuó desde una oportunidad laboral hasta la financiación de un emprendimiento para generar el suficiente acercamiento y confianza para finalmente efectuar el ofrecimiento de una retribución económica como contraprestación por los compromisos que se ejecutarían.

A partir de las evidencias presentadas, este Despacho encontró probado que en el acuerdo ilegal, 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**.

En la Resolución No. 82510 de 2020 se logró determinar 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**. De tal modo, se encontró que no solo tenía por propósito que se mantuviera incólume el pliego de condiciones, lo cual en nada le restaría su carácter anticompetitivo, sino que además el acuerdo ilegal 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 —**LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**—, sino además debido a que en su ejecución se pudo constatar que efectivamente restringió la libre concurrencia en el mercado.

En efecto, se evidenció 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 cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores" o eliminar competidores.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Decreto 2056 de 2003 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Invias, y se dictan otras disposiciones".

<sup>33</sup> Decreto 1800 de 2003 "Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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**, 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*", por valor de \$2.094.286.000.000<sup>34</sup>.

De igual forma, el análisis de diferentes evidencias permitió 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. Como consecuencia de lo anterior, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitó a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** un concepto jurídico para tratar de legitimar posteriormente su actuar ilegal, que para su consecución, elaboración, entrega e incluso pago contó con la participación directa de **CORFICOLOMBIANA**.

En efecto, las evidencias presentadas en la Resolución Sancionatoria corroboraron que **CORFICOLOMBIANA** asumió directamente el pago del concepto jurídico que fue entregado en forma subrepticia, y sin conocimiento de los demás competidores, a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien lo solicitó "*antes de adjudicar*" debido a 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.

Por otra parte, este Despacho logró identificar no solo el *modus operandi* ideado, acordado y ejecutado por **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** con que "*posteriormente dividirían los costos*" del pago 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, suma que finalmente ascendió a seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

Al respecto, se encontró plenamente probado que una vez **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** concretó el ofrecimiento de la retribución económica, 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**. 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**.

Así, se logró determinar 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*".

En consecuencia, **ODEBRECHT** inicialmente estuvo a cargo de pagar la totalidad de la suma correspondiente a la retribución económica en razón a "*un tema de compliance*" del **GRUPO AVAL** al que pertenecía **CORFICOLOMBIANA** que impedía dejar evidencia de ese tipo de pagos y, así mismo, a la continuidad contemplada para el sistema anticompetitivo, que tenía vocación de permanencia y se perpetuaría con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

De esa forma, entre el 2 de marzo y el 3 de septiembre de 2010, con el "*nombre clave de costeño*" se realizaron a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** seis (6) consignaciones por valor de seis

<sup>34</sup> Expresado en pesos del 31 de diciembre de 2008.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000), a través de la empresa **LURION TRADING INC**, empleando "recursos económicos no contabilizados vía offshore" a una cuenta en la "Banca privada D'Andora BPA" y "girados por la oficina de estructuraciones de **ODEBRECHT**". Esa ilícita tarea contó con la participación de **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**, quien empleaba el seudónimo o alias "Tushio".

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.

Adicionalmente, en la Resolución Sancionatoria, a partir del análisis en conjunto de diferentes evidencias, se encontró 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.

De una parte, existió una estrategia mediática para difuminar información con el propósito de desacreditar competidores. Al respecto, 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**. Además, se encontró evidencia de que **ODEBRECHT** desplegó toda una estrategia mediática para difuminar información con el propósito de desacreditar al denominado "grupo **NULE**" y "**OHL**", quienes eran competidores directos de la **CONCESIONARIA** en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a través de la **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS y VÍAS DEL SOL**, respectivamente.

Por otra parte, existió una estrategia para limitar la participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Con ese propósito, **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA** intentaron materializar acuerdos anticompetitivos con sus potenciales competidores "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". Precisamente, esos intentos de colusión, aunque resultaron fallidos, corroboraron la necesidad del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en que precisamente uno de sus compromisos era "descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores"<sup>35</sup> en el momento de la evaluación de las propuestas.

Igualmente, se encontraron diferentes pruebas para determinar que el sistema anticompetitivo se prolongó en el tiempo, lo que significó 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, la Resolución Sancionatoria logró evidenciar que 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, en una **segunda fase**, 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 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.

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

<sup>35</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

reembolsos y pagos irregulares que fue plenamente ejecutada como lo tenían previsto, "más adelante en la construcción de la carretera Ruta del Sol"<sup>36</sup>.

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**.

Con ese propósito, **ODEBRECHT** suscribió un "CONTRATO PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA DESDE EL EXTERIOR" con **DCS MANAGEMENT** 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. En esa medida, se encontró plenamente probado 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 una dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Este Despacho logró determinar que la anterior dinámica ilegal estuvo vigente por lo menos hasta el **5 de agosto de 2016** con ocasión de los pagos realizados a **PRESOAM** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, perpetuando su materialización en la segunda fase del sistema anticompetitivo.

Así mismo, en la Resolución Sancionatoria se identificaron más pagos que siguieron la misma lógica que caracterizó esa dinámica —*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*—, sobre los cuales se encontraron evidencias que permitieron atribuirles propósitos similares, en este caso, asociados con asegurar el éxito de una adición contractual en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

En efecto, 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"<sup>37</sup>, permitieron 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.

Las diferentes irregularidades relacionadas con pagos de contratos que fueron instrumentalizados, y que llamaron la atención de los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL** —**MAURICIO MILLÁN DREWS** en "el primer semestre de 2010"<sup>38</sup> y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** a "finales del mes de marzo de 2015"<sup>39</sup>—, dejaron en evidencia el carácter permanente y de tracto sucesivo de las conductas y comportamientos desplegados durante el sistema anticompetitivo. De esa forma, en la Resolución No. 82510 de 2020 se corroboró que la estrategia ilegal, en el marco de todo el sistema anticompetitivo, en especial en su segunda fase, contempló

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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".

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

la instrumentalización de diferentes contratos no solo para concretar la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, sino también para materializar la estrategia de compensación a través de una adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Así las cosas, este Despacho encontró diferentes pruebas que permitieron evidenciar la materialización de la referida estrategia 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"<sup>40</sup>. Con ese 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**<sup>41</sup>, con quien se concretaron los compromisos de "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".

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. Además, en la Resolución Sancionatoria se logró 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 "influncia" que tenía en diferentes sectores y como consecuencia de la ejecución de actividades de "lobby", y con que lograron obtener un contrato de estabilidad jurídica.

En contraprestación por los compromisos ejecutados, se realizaron diferentes pagos a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** entre el 26 de febrero al 18 de septiembre de 2014, que ascendieron a una suma equivalente a cuatro millones seiscientos mil dólares (USD 4.600.000). Dichos pagos también 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, fueron realizados "en cuentas de empresas en el exterior" y con "recursos no contabilizados".

En el presente caso, se logró establecer 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 \$2.094.286.000.000<sup>42</sup>, se incrementó posteriormente a un valor total de \$3.298.686.007.321, es decir, tuvo un aumento aproximado del 57,5%.

Finalmente, a partir del análisis en conjunto de diferentes evidencias también se encontró 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 reuniones realizadas durante 2016 en que estuvieron presentes **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 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, lo que constituyó una evidencia adicional que dejó en evidencia 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.

<sup>40</sup> 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".

<sup>41</sup> Fue Senador de la República (1998-2002).

<sup>42</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En todo caso, con las particularidades evidenciadas en la Resolución Sancionatoria, se logró concluir que en un sistema anticompetitivo como el reprochado, en que 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, 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.

Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados por implementar un sistema anticompetitivo, a continuación se resolverán los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por los impugnantes. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición, así:

## **5.2. Consideraciones del Despacho sobre la validez y práctica de determinadas pruebas y el supuesto desconocimiento del debido proceso, derecho de defensa y contradicción**

En forma común, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** reprocharon que las pruebas para abrir la investigación, consistentes principalmente en las declaraciones y denuncias penales ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, no fueron ratificadas, ni controvertidas de manera directa, por lo que no tenían validez, son nulas de pleno derecho y deben ser excluidas de la decisión.

**ODEBRECHT** alegó que se vulneró el debido proceso al utilizar material probatorio nulo de pleno derecho y que no tuvo la oportunidad de contradecir pruebas como dictámenes periciales y testimonios trasladados que fueron utilizados ampliamente para justificar la sanción. Concretamente, sostuvo que se deben excluir los testimonios trasladados al procedimiento administrativo de procesos judiciales debido a que no se garantizó su contradicción a través de los mecanismos previstos en la Ley 1564 de 2012, ni el derecho a participar efectivamente interrogando a los testigos.

Señaló que el mecanismo de contradicción para las pruebas trasladadas está previsto expresamente en el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012. De suerte que la legislación, aplicable por remisión expresa del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, establece los instrumentos para que se materialice el derecho de los investigados a participar efectivamente en la producción de la prueba.

En el mismo sentido, indicó que el decreto de oficio de las pruebas trasladadas no individualizó ni determinó los medios de prueba particulares que se buscaba allegar al procedimiento administrativo sancionatorio y que esto impidió conocer con precisión y exactitud los medios de prueba y, por tanto, ejercer en debida forma los mecanismos de contradicción frente a cada uno.

Por otra parte, censuró que la Superintendencia de Industria y Comercio nunca corrió traslado, ni dio oportunidad para controvertir las pruebas trasladadas. Agregó que la Resolución No. 33788 de 2019 fue emitida con posterioridad a que finalizara la oportunidad para rendir descargos y aportar o solicitar pruebas por los investigados. Es decir, tras la única oportunidad que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 prevé para la solicitud de pruebas y para ejercer la contradicción.

También señaló que no existió certeza de la naturaleza y contenido de las pruebas trasladadas, y tampoco se corrió un traslado formal para el ejercicio del derecho fundamental de contradicción. Agregó que en la Resolución No. 63380 de 2019 se informó que se encontraban en el Expediente, sin embargo, nunca se corrió traslado para controvertirlas, ni se indicó, al igual que al momento de su decreto, las pruebas particulares y concretas que fueron trasladadas.

En similar sentido, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: (i) por regla general las declaraciones antes de un

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

juicio no pueden ser consideradas pruebas y (ii) cuando se pretenda ingresar una declaración como medio de prueba, "*deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales*", esto es, las reglas sobre su admisión y el derecho de confrontación.

Agregaron que de conformidad con el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012 para que la prueba trasladada o extraprocesal practicada, sin audiencia de la persona frente a la cual se pretende utilizar, pueda ser valorada, debe surtir la contradicción de la misma en el proceso al que se traslada. Además, señalaron que la Delegatura incurrió en diferentes contradicciones sobre el manejo de las declaraciones de parte y ratificaciones que resultan absolutamente ilegales y contrarias al debido proceso, y al usarlas en la Resolución Sancionatoria desconoció los derechos y garantías procesales.

**ODEBRECHT** también censuró que la decisión se fundamentó en múltiples estudios que son dictámenes periciales de conformidad con la Ley 1564 de 2012 y que no se controvertió el contenido de los documentos técnicos ni las calidades de quienes los realizaron por lo que su empleo debe excluirse de la motivación de la decisión. Agregó que en el evento en que no se les estime como dictámenes periciales, sino medios de prueba innominados, en virtud de la libertad probatoria establecida en el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012, debe tenerse en cuenta que la contradicción de estos medios de prueba se rige igualmente por las disposiciones legales que corresponde a los dictámenes periciales. Igualmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que los estudios sobre la forma como operaba **ODEBRECHT** "*no son prueba de nada*" y nunca fueron decretados y aportados al Expediente.

Por otra parte, en forma común **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** alegaron que se desconoció el principio de inmediación de la prueba debido a que ni el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ni el Superintendente de Industria y Comercio, participaron de manera directa en la práctica de pruebas, pese a que profirieron la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado, la decisión inicial y resolverán los recursos.

Adicionalmente, sostuvieron que de conformidad con las normas procesales penales y la jurisprudencia, una denuncia penal ni declaraciones ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** tienen valor probatorio, menos cuando no son ratificadas posteriormente. Además, indicaron que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la denuncia penal es un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivas, razón por la cual no puede ser considerada como prueba en un proceso judicial o procedimiento administrativo.

En similar sentido, en forma común, **ODEBRECHT**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicaron que se vulneró una expresa prohibición probatoria de la ley procesal penal, y derechos fundamentales como el debido proceso, el derecho de defensa y no autoincriminación debido a que en visitas de inspección no se puede recaudar información, evidencias o medios de prueba entregados por indiciados dentro de un proceso penal y en aplicación del principio de oportunidad.

En idéntica forma, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** alegó que es un error considerar una denuncia penal como prueba plena. De acuerdo con la Ley 906 de 2004, los testigos que la suscriben y presentan, deben demostrar ante un juez de conocimiento y en audiencia pública de juicio oral, sometida a contradicción de todos los sujetos procesales, la veracidad de lo denunciado y de las pruebas que sustentan dicho documento. De ese modo, concluyó que legalmente no se puede valorar con grado de certeza una pieza procesal —denuncia penal— que por expreso mandato legal carece de ese valor, pues para ser plena prueba requiere contradicción.

Los argumentos expuestos por los recurrentes para cuestionar la validez o pretender la nulidad de algunas pruebas y, a su vez del trámite administrativo, así como alegar desconocido el debido proceso, su derecho de defensa y contradicción, no tienen ningún mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que pasan a exponerse a continuación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, es importante señalar que en sus diferentes argumentos los recurrentes asumen equivocadamente que en el procedimiento administrativo se decretaron de oficio "*pruebas trasladadas o extraprocesales*" con fundamento en el artículo 174 de la Ley 1564 de 2012. Bajo esa premisa, echan de menos el tratamiento previsto en la normatividad procesal para tal propósito y, en consecuencia, alegan el desconocimiento del debido proceso, derecho de defensa y contradicción.

Al respecto, este Despacho debe recordar a los recurrentes que en la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019<sup>43</sup>, a través de la cual se decidió sobre el decreto de pruebas, nunca se decretaron "*pruebas trasladadas o extraprocesales*" en virtud del artículo 174 de la Ley 1564 de 2012. A diferencia de lo que asumen erróneamente los recurrentes, en dicho acto administrativo, se decretaron de oficio, con fundamento en los artículos 169 y 170 de la Ley 1564 de 2012, múltiples pruebas documentales —que no trasladadas o extraprocesales—. Tal y como puede advertirse a continuación.

**"ARTÍCULO SEXTO:** *Con fundamento en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, **DECRETAR DE OFICIO** las pruebas que a continuación se refieren:*

#### **6.1. Documentales**

**DECRETAR** como prueba, con el valor legal que les corresponda, todos los documentos obrantes en el expediente del radicado de la referencia, con excepción de los aportados por **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

#### **6.2. Oficios**

(...)

**6.2.6. OFICIAR** al Juzgado 14 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá para que allegue copia de: (i) la sentencia condenatoria emitida el 29 de abril de 2019 contra **JOSE 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.

Para allegar los documentos antes referidos, la Delegatura otorga el término de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción del respectivo oficio.

**6.2.7. OFICIAR** a la Fiscalía General de la Nación para que allegue copia del acuerdo de colaboración suscrito con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**.

Para allegar los documentos antes referidos, la Delegatura otorga el término de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción del respectivo oficio.

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

Como puede apreciarse, en la prueba decretada de oficio se "*solicitó allegar los documentos*" y, en ningún momento, se hizo referencia o mención al artículo 174 de la Ley 1564 de 2012, por lo que las reglas para pruebas trasladadas no resultaban aplicables y el tratamiento del medio probatorio decretado en el procedimiento administrativo corresponde al establecido en el Capítulo IX de la Ley 1564 de 2012, denominado "*documentos*".

Incluso, es posible advertir que, en la misma Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019, la Delegatura se refirió expresamente, en los acápites "**5.4.6. Prueba trasladada**", "**5.10.2. Prueba trasladada**" y "**5.12.2. Prueba trasladada**", al rechazo del decreto de solicitudes de prueba trasladada realizadas por algunos investigados.

<sup>43</sup> Folio 11764 al 11880 del cuaderno público No. 47 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De tal modo, la distinción entre las reglas para la petición, decreto, práctica y valoración de la "prueba trasladada" y los "documentos" es clara e incuestionable, y así lo entiende la normatividad procesal en cuanto regula de manera autónoma cada figura jurídica, por lo que no pueden confundirse. En esa medida, es evidente que los recurrentes fundamentaron sus censuras e inconformidades en una premisa convenientemente equivocada, por lo que su aparente confusión o deliberado desconocimiento de la regulación probatoria, que los lleva a exigir un tratamiento procesal que no resulta aplicable, no puede dar lugar a la vulneración del debido proceso, derecho de defensa o contradicción.

En ese orden de ideas, este Despacho también debe recordar a los recurrentes, tal y como se reseñó en la Resolución Sancionatoria, que con fundamento en el principio de eficacia previsto en el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, la Delegatura realizó todas las gestiones necesarias y pertinentes para recaudar e incorporar al Expediente administrativo las diferentes pruebas documentales —que no trasladadas o extraprocesales— que fueron decretadas mediante la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019.

En esa medida, cada una de las pruebas documentales estuvieron a disposición para consulta de los investigados a medida que se iban incorporando en el Expediente administrativo. Precisamente, en la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019 este aspecto fue destacado y reiterado al señalar que "*las pruebas fueron incorporadas a medida que se allegaron al expediente y, desde ese momento, se encuentran a disposición de los investigados para su consulta*".

Como puede apreciarse, los recurrentes tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción respecto de las diferentes pruebas documentales que fueron decretadas de oficio mediante la Resolución No. 33788 del 5 de agosto de 2019, no solo a partir del momento en que se incorporaron al Expediente, sino además con posterioridad a que se les comunicó la Resolución No. 63380 del 15 de noviembre de 2019. De manera que, en todo momento, se garantizó la publicidad de las pruebas incorporadas y tuvieron garantizada la posibilidad de formular sus reparos.

En conclusión, no es posible cuestionar la validez de los documentos incorporados debido a que (i) 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 las pruebas en comento, y que estas serían incorporadas al Expediente y (iii) se puso en conocimiento de los investigados que las pruebas decretadas habían sido incorporadas.

Por otra parte, tampoco tiene ningún asidero jurídico el reproche formulado por los recurrentes en cuanto a que no pudieron ejercer su derecho de defensa y contradicción debido a que la Resolución No. 33788 de 2019, en que se decretaron pruebas de oficio, fue emitida con posterioridad a que finalizara la oportunidad prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 para rendir descargos y aportar o solicitar pruebas por los investigados.

Sobre el particular, se debe recordar que en virtud del artículo 170 de la Ley 1564 de 2012, aplicable al procedimiento administrativo, el juez, o en este caso la autoridad administrativa, está facultada para decretar pruebas de oficio en las oportunidades probatorias previstas en el procedimiento sancionatorio e incluso antes de decidir, cuando estas sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia, que previamente fueron objeto de imputación fáctica y jurídica.

Así mismo, la norma en comento dispone que las pruebas decretadas de oficio "*estarán sujetas a la contradicción*" de los investigados, prerrogativa que tratándose de pruebas documentales, se garantiza de conformidad con los cauces previstos para la contradicción de ese medio probatorio en la normatividad procesal y en las oportunidades previstas en el procedimiento administrativo sancionatorio.

De tal modo, los recurrentes no pueden esperar que el decreto de pruebas de oficio implique la posibilidad de rendir una vez más los descargos o revivir la oportunidad prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 con el propósito de aportar o solicitar nuevamente pruebas. Semejante entendimiento desquiciaría por completo el procedimiento administrativo sancionatorio y convertiría

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en interminable cualquier debate probatorio, máxime cuando el decreto de pruebas de oficio no implica una nueva imputación fáctica o jurídica.

Adicionalmente, en forma coincidente, algunos recurrentes sostuvieron que, con fundamento en la Ley 906 de 2004 y algunos pronunciamientos jurisprudenciales, una "*denuncia penal*" no puede ser considerada como plena prueba o no tiene ningún valor probatorio.

En primer lugar, se debe aclarar a los recurrentes que en el procedimiento administrativo de prácticas restrictivas de la competencia no son aplicables las disposiciones procesales previstas en la Ley 906 de 2004 y, sin perjuicio de su inaplicabilidad, en el referido estatuto procesal penal no existe una disposición que prohíba el uso de una denuncia penal como prueba de determinados hechos en otro proceso judicial o en un procedimiento administrativo.

En segundo lugar, es importante señalar que el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 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 o negándole valor probatorio a determinadas pruebas, 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 motivadamente en los diferentes acápite de la Resolución Sancionatoria.

En tercer lugar, una "*denuncia penal*", al margen de su caracterización o implicaciones procesales en materia penal, no pierde su carácter de documento, es decir, un medio probatorio idóneo para demostrar la existencia de determinados hechos, con independencia de su eficacia probatoria. Precisado lo anterior, lo cierto es que el régimen probatorio previsto en nuestra legislación procesal civil, y aplicable a este procedimiento administrativo, contempla los documentos 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 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.

Además, debe recordarse que la presunción de autenticidad, de que gozan todos los documentos públicos, es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contra, a diferencia de las presunciones *iuris et de iure* o de pleno derecho, es decir, presunción que no la admite. En tal medida, si lo que pretendían los recurrentes era cuestionar algún aspecto de la autenticidad de la prueba documental, en el trámite administrativo gozaron plenamente de la posibilidad de desvirtuar esa presunción a través de la tacha de falsedad. Con todo, los hechos contenidos en la prueba documental —denuncia penal— no lograron ser controvertidos o desvirtuados en el trámite administrativo, por lo que mantienen incólume su eficacia probatoria, máxime cuando resultan totalmente concordantes y corroborados con los demás medios de prueba que obran en el Expediente.

Por otra parte, algunos recurrentes censuraron que la Resolución Sancionatoria se fundamentó en múltiples estudios que son dictámenes periciales de conformidad con la Ley 1564 de 2012 sobre los que no se controvertió el contenido de los documentos técnicos ni las calidades de quienes los realizaron por lo que su empleo debe excluirse de la motivación de la decisión, además señalaron que "*no son prueba de nada*" debido a que nunca fueron decretados y aportados al Expediente.

Al respecto, debe indicarse que en la Resolución Sancionatoria cada aspecto fáctico que fundamentó el juicio de reproche por la infracción a las normas sobre protección de la competencia económica, se encuentra debidamente soportado con diferentes medios de prueba —declaraciones, documentos, entre otros— que fueron oportunamente allegados al Expediente y sobre los cuales los investigados ejercieron ampliamente su derecho de defensa y contradicción.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De tal modo, los diferentes estudios y valoraciones probatorias que se presentaron en la Resolución Sancionatoria no tienen el carácter de dictámenes periciales ni representan pruebas adicionales que soporten la responsabilidad de los investigados debido a que, se insiste, cada hecho que fundamentó el juicio de responsabilidad de los investigados se encuentra probado a través de los diferentes medios de prueba que fueron decretados, practicados o incorporados al Expediente.

Así, los estudios que cuestionan los recurrentes, tal y como se advirtió en la Resolución No. 82510 de 2020, simplemente corroboran la 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, contexto que resulta especialmente relevante para una mejor comprensión de cada uno de los reproches sobre la afectación del régimen de libre competencia económica.

Por último, en todo caso, dicha contextualización (i) se encuentra debidamente soportada en el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*) del 21 de diciembre de 2016, que ODEBRECHT celebró con el Departamento de Justicia de Estados Unidos; (ii) es plenamente coincidente con la dinámica relatada por GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, en su condición de delator en el marco del PBC y (iii) ciertas características o rasgos relevantes del "modus operandi" con que operaba ODEBRECHT a nivel mundial fueron replicadas en Colombia, lo que se encuentra plenamente probado con los medios probatorios obrantes en el Expediente y que fueron controvertidos por los investigados.

Igualmente, sin perjuicio de lo anterior, en cualquier punto de discusión, las conclusiones de carácter económico que se plasman en un acto administrativo derivadas de las particulares de una conducta anticompetitiva no constituyen la creación o surgimiento de un dictamen pericial, sino que se traducen en la motivación que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de organismo técnico y especializado en la materia, con fundamento en el artículo 1° del Decreto 2153 de 1992, a partir de la valoración de los medios de prueba o el análisis de los elementos de juicio en cada caso particular. Ese aspecto precisamente ha sido dilucidado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia<sup>44</sup>.

*"Para la Sala, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de organismo técnico especializado (artículo 1° del Decreto 2153 de 1992) cumple funciones relacionadas con la protección de la libre competencia, y en consecuencia, al momento de expedir el correspondiente acto administrativo sancionador, debe efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo sancionador."*

*Por ello, contrario a lo afirmado por los recurrentes, **la Superintendencia de Industria y Comercio, al efectuar una "argumentación econométrica", a través del cual se apartó de las conclusiones del peritaje practicado en la actuación administrativa, no creó un "nuevo dictamen pericial" sino efectuó una valoración probatoria de la mención pericia, en su condición de organismo técnico que cuenta con los conocimientos especializados en esta materia.*** (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De otro lado, en forma común, CORFICOLOMBIANA y EPISOL alegaron que se desconoció el principio de inmediación de la prueba debido a que ni el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ni el Superintendente de Industria y Comercio, participaron de manera directa en la práctica de pruebas, pese a que profirieron la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado, la decisión inicial y resolverán los recursos.

Sobre ese punto, es importante anotar que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio se rigen principalmente por lo dispuesto en las leyes especiales. En esa medida, si bien el artículo 6 de la Ley 1564 de 2012 establece que en virtud del principio de inmediación "(...) el juez deberá practicar personalmente

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. Rad. No. 250002324000 2012 00790 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan*", lo cierto es que dicho principio procesal no tiene alcance al presente trámite administrativo.

Lo anterior en razón a que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 asignó la función de tramitar las averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, lo que incluye la práctica de pruebas, al Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, otorgando competencia a los diferentes funcionarios facultados con tal propósito.

De tal modo, bajo el principio de legalidad, en el procedimiento administrativo, a diferencia del proceso judicial, no se atribuyó en una única y exclusiva persona la competencia para tramitar averiguaciones preliminares o instruir la investigación. Incluso, esa atribución de competencia en el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, es completamente acorde con los principios de eficacia, economía y celeridad previstos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Por otra parte, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** señaló que se le impidió aportar pruebas pertinentes en donde se establece la ausencia de participación de **CORFICOLOMBIANA** en pagos irregulares, en particular la solicitud respecto de los chats de **GABRIEL DUMAR LORA**. Al respecto, es suficiente con reiterar que en el momento en que se presentó la referida solicitud por el recurrente —observaciones al Informe Motivado— se encontraba precluida la oportunidad probatoria de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, razón por la que no podían ser analizadas en esa instancia del procedimiento ninguna solicitud de decreto y práctica de pruebas, máxime cuando previamente los investigados habían contado con una oportunidad para solicitar y aportar las pruebas que consideraron pertinentes para su defensa.

Adicionalmente, algunos investigados cuestionaron que una sentencia de otro proceso no es prueba. Sobre el particular, debe anotarse que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que "(...) *las decisiones judiciales que se postulan como medio probatorio, en la medida que su invocación pretende imponer valoraciones realizadas por otros jueces sobre los mismos hechos, carecen de la idoneidad de ser medios de conocimiento*"<sup>45</sup>.

No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que "[s]i las partes pretenden que ese tipo de decisiones se lleven como medio de prueba al proceso penal, deben explicar su pertinencia, lo que implica precisar si las mismas tienen una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si son pertinentes en cuanto sirven de soporte a un dato o "hecho indicador" del aspecto factual que puede subsumirse en la respectiva norma penal"<sup>46</sup>.

A partir de lo anterior, es dable concluir que una providencia judicial puede tener idoneidad para ser un medio de conocimiento en un procedimiento administrativo sancionatorio cuando quiera que se encuentre pertinencia o relación directa con el tema de prueba o el hecho jurídicamente relevante y su invocación no pretenda imponer valoraciones realizadas en otras instancias. En todo caso, lo cierto es que las referencias a algunas providencias judiciales que realizó este Despacho en la Resolución Sancionatoria simplemente corroboran circunstancias que se encontraban plenamente demostradas con las pruebas que reposan en el Expediente y no representaron un medio de prueba para fundamentar la responsabilidad de los investigados. Tal y como se puede apreciar a continuación:

*"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*

<sup>45</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP267-2020 del 5 de febrero de 2020. Rad. No. 55955.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP4135-2019 del 1 de octubre de 2019. Rad. No. 52394.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht, formando parte de un gran entramado de corrupción".*

*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**." (Subrayas fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, las decisiones judiciales proferidas por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado simplemente ratifican, confirman o corroboran los hechos, hallazgos y circunstancias que esta Superintendencia encontró probadas a través de un análisis en conjunto de las diferentes pruebas que reposan en el Expediente.

Igualmente, algunos recurrentes cuestionaron la validez de la utilización de la máxima de la experiencia que se formuló en la Resolución Sancionatoria señalando que no supe la falta de prueba de que el propósito del soborno fuese alterar los resultados del proceso licitatorio.

Sobre las máximas de la experiencia, la Corte Constitucional<sup>47</sup> ha señalado que son aquellas reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, que constituyen una vocación espontánea o provocada de conocimientos anteriores y que se producen en el pensamiento como nutrientes de consecutivas inferencias lógicas. En esa medida, también es menester indicar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>48</sup> considera que un análisis a partir de las máximas de la experiencia<sup>49</sup>, no solo constituyen "una importante expresión de la sana crítica" en el ejercicio de la valoración probatoria, sino que además permite "explicar eventos semejantes".

A partir de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se formuló una conclusión empírica fundada sobre la observación de lo que ocurre comúnmente, es decir, un juicio hipotético de contenido general, sacado de la experiencia. Tal y como puede apreciarse a continuación.

*"(...) 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." (Subrayas fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, la máxima de la experiencia formulada por esta Superintendencia permitió explicar un comportamiento semejante, esto es, el hecho de 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.

De tal modo, este Despacho no encuentra ninguna falencia o defecto en el razonamiento probatorio realizado en la Resolución Sancionatoria, principalmente cuando los recurrentes no presentaron

<sup>47</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-041 de 2018.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 octubre de 2016, Rad. 37175.

<sup>49</sup> 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".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ningún análisis que permita determinar que la máxima de la experiencia enunciada no resulta aplicable, o que la conclusión derivada de la misma es equivocada. Por el contrario, se debe reiterar que un acuerdo ilegal en que medie el ofrecimiento de una retribución de carácter económico, con independencia de la intención inicial de los concertados, o incluso cuando no produzca el resultado esperado, tiene toda la idoneidad y aptitud necesaria para causar daño en un mercado.

En todo caso, tal y como lo evidenciaron las diferentes pruebas analizadas en la Resolución No. 82510 de 2020, lo cierto es que se encontró probado que el acuerdo censurado no solo tenía por propósito que se mantuviera incólume el pliego de condiciones, sino que efectivamente tuvo como efecto restringir la libre concurrencia en el mercado.

Otra censura de los recurrentes estuvo encaminada a señalar que cuando un delator recibe beneficios por colaboración, sus afirmaciones no admiten desconocimiento ni interpretación y deben ser tomadas en su "*tenor literal*", así mismo señalaron que no son válidas las declaraciones del delator que no sean expresamente ratificadas con posterioridad, debido a que cuando una persona está accediendo al PBC tiene la "*presión de inculpar*" a otros para obtener algún beneficio y, por ello, es importante "*balancear*" esa presión con la ratificación y el contrainterrogatorio posterior.

En primer lugar, debe aclararse que el interés que pueda tener un declarante en el resultado de un proceso administrativo sancionatorio, bien porque es denunciante, tercero reconocido con interés o investigado que aspira a obtener beneficios por colaboración, indudablemente es un aspecto relevante. De conformidad con la normativa probatoria aplicable, esa circunstancia impone a la autoridad administrativa el deber de aplicar un particular rigor en la apreciación y la valoración de las pruebas en la que el deponente revele tal condición. Sin embargo, ese interés del declarante no conduce necesariamente a que deba excluirse su dicho del acervo probatorio y ni siquiera a que por esa única circunstancia deba restarse toda credibilidad a la versión que aporta.

Así, en el marco de la normativa probatoria aplicable a las investigaciones administrativas, el carácter sospechoso de un declarante, en particular el hecho de que tenga un interés en el resultado de la actuación, no es un factor que determine la exclusión de su declaración, sino un elemento de juicio que se incorpora en la aplicación de las reglas de valoración de las pruebas. Por lo tanto, tratándose de determinar la credibilidad de declaraciones rendidas por personas que tengan la condición de delatores en actuaciones como la que acá interesa, se hace necesario precisar las reglas de valoración de la declaración como medio de prueba.

Sobre el particular, la jurisprudencia<sup>50</sup> ha establecido en relación con la declaración de terceros — mediante consideraciones plenamente aplicables al asunto que interesa en esta oportunidad— que la credibilidad que merece el declarante depende de los factores que se pasan a exponer.

En primer lugar, la determinación de la "*ciencia del dicho del declarante*" que corresponde a la identificación de las razones por las cuales tuvo conocimiento de los hechos sobre los cuales declara, en particular sobre su percepción directa de las circunstancias en cuestión.

En segundo lugar, la declaración sometida a examen debe ser responsiva, exacta y completa. Estas condiciones se refieren, en su orden, a que la narración sea presentada de manera espontánea y con precisión de la fuente de conocimiento, a que la respuesta sea cabal y no deje lugar a incertidumbre y, finalmente, a que en la declaración no se omitan circunstancias que podrían ser relevantes para la apreciación de la prueba.

En tercer lugar, se encuentra el criterio atinente a la constancia y a la sólida coherencia interna de la declaración, que exige del declarante la congruencia de la narración en todas sus circunstancias fundamentales, de manera que dé cuenta del "*rumbo verosímil de los acontecimientos con rigurosa exactitud*"<sup>51</sup>. Es importante resaltar que —siempre a la luz de las reglas de la sana crítica— el criterio

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 1993, Exp. 3475. También en: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 19 de julio de 2007, Rad. 2006-2791-01, y 13 de junio de 2013, Rad. 1997-11812-01.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 1993, Exp. 3475.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que ahora se comenta permite concluir que eventuales contradicciones en aspectos accesorios de la declaración o inexactitudes en determinados detalles no son circunstancias que puedan privarla de credibilidad. En la medida en que se mantenga la estricta coherencia en los puntos fundamentales, aquellas desviaciones menores bien podrían explicarse por condiciones como el transcurso de lapsos prolongados entre el tiempo de ocurrencia de los hechos y la oportunidad de la declaración o, incluso, en comprensibles faltas de atención<sup>52</sup>.

Finalmente, un criterio trascendental para el ejercicio de valoración de las declaraciones consiste en su concordancia con los resultados que arrojan otros medios de prueba disponibles. Un criterio adicional para la valoración de las declaraciones mencionado por la jurisprudencia es el de la probidad del declarante, referido a la honestidad de sus costumbres y al valor de sus cualidades subjetivas. Sin embargo, la aplicación de un criterio como ese en el marco del PBC no parece adecuado, pues la persona que decide acceder a ese instrumento admite con ello su participación en la realización de comportamientos que considera restrictivos de la competencia. Es importante aclarar que, al margen de esa circunstancia, todos los demás criterios de valoración permiten establecer, con razonable suficiencia, si la persona en cuestión declaró la verdad o no.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto, se debe resaltar que los criterios de valoración mencionados son armónicos con los que se han construido en otros ordenamientos que con antelación han empleado el instrumento de la delación. En esos ámbitos se ha reconocido que es factible atender las afirmaciones del delator en la medida en que puedan ser consideradas creíbles, característica que se encuentra condicionada a que, entre otros aspectos, sean realizadas por personas que hubieran tenido conocimiento directo de los hechos, cumplan las condiciones para ser confiables y estén corroboradas con pruebas materiales adicionales<sup>53</sup>.

Así las cosas, está claro que la declaración en cuestión no podría quedar privada de credibilidad simplemente por la posición del declarante en el contexto de la investigación, pues —según se explicó— su credibilidad está determinada por los resultados de la aplicación de los criterios de valoración de ese medio de prueba.

Además, la declaración del delator, que compromete su responsabilidad, puede generar consecuencias perjudiciales para quien la realiza. Sobre el particular, se ha reconocido que la declaración del delator, aunque le otorga un beneficio consistente en la exención de la sanción que podría imponerse, se constituye en una de las pruebas que determinará su responsabilidad en el trámite administrativo. Así mismo, de su versión también podrán derivarse consecuencias perjudiciales, entre las que se cuenta la posibilidad de enfrentar procesos de responsabilidad por los daños ocasionados por el comportamiento ilegal. Igualmente, el declarante se enfrenta al impacto reputacional que pueda derivarse en el mercado como resultado de la declaratoria de su responsabilidad. Una consideración adicional está relacionada con el riesgo de que, como resultado de la afectación derivada del comportamiento, la actividad económica correspondiente termine siendo regulada<sup>54</sup>.

En resumen, las declaraciones de los delatores solo podrán ser atendidas si superan la aplicación de los criterios de valoración referidos, en particular el de correspondencia con otras pruebas. Por lo tanto, si el delator, como lo alegan los recurrentes, miente para obtener el beneficio por la "*presión de inculpar*" y —dado que en esa hipótesis sus afirmaciones no corresponderían con la verdad— se abstiene de aportar elementos probatorios suficientes para que la autoridad administrativa corrobore sus afirmaciones, la consecuencia será el incumplimiento de las obligaciones derivadas del programa de delación y, eventualmente, la exclusión de los beneficios que perseguía.

<sup>52</sup> Véase por ejemplo lo considerado por el Tribunal de Justicia Europeo en el Caso T-72/09, Pilkington Group Ltda e.a. v Comisión, Sentencia ECLI:EU:T:2014:1094, párrafo 69.

<sup>53</sup> KECSMAR, Krisztian y KEIDEL, Andreas. *Shaping the EU leniency programme: the recent approach adopted by EU Courts*. *Journal of European Competition Law & practice*. 2015. Vol. 6. No. 8. pp. 556 a 566. También en: SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and whistleblowers in antitrust*, en *handbook of antitrust economics*, 2012.

<sup>54</sup> Cfr. KECSMAR, Krisztian y KEIDEL, Andreas. *Op. Cit.* p. 562.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Precisamente, argumentos similares a los planteados en esta sede por parte de los recurrentes fueron objeto de análisis por parte de la jurisprudencia administrativa<sup>55</sup>.

*"En efecto, el demandante cuestionó de manera reiterada la credibilidad que la Superintendencia de Industria y Comercio le otorgó a las declaraciones rendidas por los funcionarios investigados (...) en el curso de la actuación administrativa, al considerar que estas personas tenían interés en la actuación por hacer parte de un programa de delación.*

(...)

*De tal modo que, más allá del interés que pudieran tener los delatores en los resultados de este proceso administrativo, **la Superintendencia solo les otorgó los beneficios propios del programa de colaboración, en atención a que las declaraciones de sus empleados, junto con la información contenida en correos electrónicos y mensajes de datos que aportaron,** sirvieron para determinar la realización de prácticas restrictivas de la competencia, identificar a los responsables, establecer su grado de participación y el provecho obtenido por el desarrollo de estas actividades.*

(...)

*Ahora bien, el demandante cuestionó el hecho de que las declaraciones que recopiló la Superintendencia en su contra fueron rendidas por quienes se beneficiaron con delaciones, sin embargo, el fallador no comparte esas apreciaciones en la medida en que el objeto de esa figura es exonerar a quien colabora con la justicia.*

*El Despacho resalta que **la delación es clara, objetiva y libre, además de que las declaraciones no fueron objeto de tacha.***

*En ese orden, el Despacho debe destacar que la delación en el caso en comento es válida, en la medida en que **el demandante no logró demostrar un interés opuesto a la buena fe y en todo caso esos dichos encontraron respaldo con la prueba documental que recaudó la Superintendencia** dentro del expediente administrativo Nro. 14-22862.*

*En virtud de lo anterior, el Despacho tampoco encuentra que el tercer cargo planteado en la demanda pueda prosperar." (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Como se deriva de la jurisprudencia citada, el hecho de recibir beneficios en un programa de delación no es razón suficiente para desestimar la credibilidad de una declaración cuando la delación ha sido "*clara, objetiva y libre*", máxime cuando en este caso los recurrentes no demuestran que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tenía un interés opuesto a la buena fe y cuando los diferentes medios de prueba corroboran su declaración en el marco del PBC.

Sobre la base de lo expuesto, tampoco puede ser de recibo para este Despacho el argumento según el cual la declaración del delator debe ser tomada en su "*tenor literal*", semejante planteamiento implicaría desconocer la obligación por parte de la autoridad de competencia de valorar en conjunto todas las pruebas que reposen en el Expediente y, especialmente, determinar el grado de correspondencia que tienen con los aspectos delatados.

Por otra parte, **CORFICOLOMBIANA** enfiló diferentes censuras con el propósito de señalar que la declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS** se obtuvo mediante "*preguntas claramente ilegales de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio*". En ese sentido, sostuvo que deliberadamente se pasó por alto que no tenía memoria clara sobre algunos hechos para indagar lo que podía generar responsabilidad de **CORFICOLOMBIANA**. Así mismo, que se hicieron preguntas repetitivas para "*forzar las respuestas del declarante*", así como preguntas inductivas para que las respuestas "*se ajustaran a toda costa a la teoría del caso*".

<sup>55</sup> Juzgado (04) Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. Sentencia del 6 de febrero de 2020. Rad. No. 110013334004 2017 00043 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, este Despacho debe rechazar tajantemente las insinuaciones de **CORFICOLOMBIANA** que, lejos de representar una fundamentación fáctica o jurídica de su recurso de reposición, constituyen afirmaciones temerarias y un trato irrespetuoso con los servidores públicos, deberes que, de conformidad con lo previsto en los numerales 2 y 4 del artículo 6 de la Ley 1437 de 2011, debe observar en sus actuaciones ante las autoridades administrativas.

Lamentablemente es una costumbre inadecuada recurrir a ese tipo de señalamientos sin mayor fundamento cuando en el trasegar de un trámite administrativo las postulaciones o argumentos jurídicos no encuentran prosperidad. De manera que, además de infundados, desbordan cualquier esfuerzo argumentativo para encausar una censura o inconformidad que se tenga respecto a la práctica de la prueba aludida y rayan en manifestaciones calumniosas en contra de los servidores públicos que atendieron las referidas diligencias.

No puede olvidarse que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1123 de 2007 se exige a los abogados un respeto debido a las autoridades administrativas y se considera una falta disciplinaria injuriar o acusar temerariamente a los servidores públicos, sin perjuicio del derecho de reprochar o denunciar, por los medios pertinentes, los delitos o las faltas cometidas supuestamente por dichas personas. En esa medida, se debe recordar en forma vehemente al apoderado de **CORFICOLOMBIANA** que, según lo previsto en el numeral 7 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, uno de sus deberes profesionales como abogado es observar mesura, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos.

En cualquier caso, sobre este asunto, es preciso recordar que en el curso de las declaraciones pueden formularse varios tipos de preguntas, incluyendo las abiertas precedidas de información o incluso repetitiva, cuando estas sean útiles para precisar la razón del conocimiento del testigo sobre el hecho, tal y como lo dispone el artículo 220 de la Ley 1564 de 2012, sin que dicha situación pueda considerarse como "*forzar las respuestas del declarante*".

De hecho, si la información que se brinda con anterioridad a formular una pregunta es errónea o se ha partido de un supuesto fáctico equivocado, ese es el momento oportuno en que el declarante puede dar su opinión o señalar las razones por las cuales considera que la información previa resulta equívoca o desacertada y hacer las precisiones pertinentes.

Para el caso particular de la declaración rendida por **MAURICIO MILLÁN DREWS**, se observa que se formularon preguntas que estaban precedidas por información, sin que esto pueda considerarse como coacción al declarante, pues es claro que brindar información sobre un asunto en particular o utilizar información para formular una pregunta en el curso de una declaración no configura una causal de nulidad de la prueba, ni puede entenderse como que habría existido por ello un ánimo prevenido, inquisidor o intimidatorio, para ajustar las respuestas "*a toda costa a la teoría del caso*", sino como elemento para contextualizar al declarante y avanzar en la declaración.

No puede olvidarse que de conformidad con el numeral 3 del artículo 221 de la Ley 1564 de 2012 en la práctica del interrogatorio el juez, o en este caso la autoridad administrativa, pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento.

Adicionalmente, los recurrentes durante la práctica de la prueba tuvieron garantizada su oportunidad de interrogar al testigo, por lo que el simple desacuerdo o la mera inconformidad con las circunstancias que el deponente manifestó no es un argumento jurídicamente válido para alegar alguna irregularidad o vicio en la práctica de dicha prueba, máxime cuando diferentes pruebas que reposan en el Expediente corroboran plenamente los diferentes aspectos declarados por **MAURICIO MILLÁN DREWS**.

Finalmente, algunos recurrentes sostuvieron que no existió garantía de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción debido a que se negó el acceso a la totalidad del Expediente, en especial a los cuadernos reservados de **ODEBRECHT, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**, entre otros. A juicio de los recurrentes, la relevancia de conocer la carpeta reservada de **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**, es que este hizo afirmaciones en contra de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y era necesario conocer aquellas circunstancias fácticas que podría haber aducido tanto para su defensa como para muestras de colaboración.

Frente a lo anterior, este Despacho debe reiterar que el reproche presentado tampoco es admisible en la medida en que la decisión de negar el acceso a algunos cuadernos reservados no vulneró el derecho fundamental al debido proceso y a la defensa de los investigados en el procedimiento administrativo y, en cambio, como corresponde, sí protegió el derecho a la intimidad, información financiera y contable reservada, datos personales, entre otros, de otras personas.

A efectos de dar respuesta al argumento presentado por los recurrentes es menester contextualizar cómo es la organización de los expedientes para después hacer mención de la información sujeta a reserva y cómo esta no contraviene el derecho a la defensa.

En primer lugar, con fundamento en el principio de publicidad que rige todas las actuaciones de la administración pública<sup>56</sup>, el expediente está compuesto por cuadernos públicos, los cuales, como su nombre lo indica, son de acceso general y no están limitados para su consulta sino que todo el público puede acceder a ellos. Sin embargo, la Constitución Política y la ley han prescrito casos en los que ciertos documentos o cierta información tienen carácter reservado y, por lo tanto, no puedan ser consultados por el público en general, sino exclusivamente por las partes y terceros interesados en el proceso y, en otros casos, únicamente por el titular de la información. Esto, con el fin de garantizar, simultáneamente, los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, y a la intimidad<sup>57</sup>.

En línea con lo anterior, el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que, para la conformación de un expediente, este debe comprender una misma actuación en la que se reunirán todos los documentos públicos y de carácter reservado. Sin embargo, para el caso de estos últimos, se deberán incluir en el mismo expediente, pero en cuadernos separados.

*"Artículo 36. Formación y examen de expedientes. Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad.*

*Si las actuaciones se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en la entidad u organismo donde se realizó la primera actuación. Si alguna de ellas se opone a la acumulación, podrá acudir, sin más trámite, al mecanismo de definición de competencias administrativas.*

*Con los documentos que por mandato de la Constitución Política o de la ley tengan el carácter de reservados y obren dentro de un expediente, se hará cuaderno separado.*

*Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, las cuales se entregarán en los plazos señalados en el artículo 14.* (Subrayas fuera de texto original).

En cumplimiento de la disposición transcrita, y en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, los documentos e información reservados son desglosados del cuaderno, inicialmente público, y se incluyen en un cuaderno reservado según el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 en dos clasificaciones: **(a)** puede ser consultado únicamente por las partes y terceros interesados en el proceso, quienes deben mantener el deber de reserva; o **(b)** solamente puede ser

<sup>56</sup> Numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

<sup>57</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Rad. No. 250002341000 2019 002227 00.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

accedido por el titular de la información. En todo caso, se deja un resumen no confidencial en el cuaderno público de la información que haya sido trasladada a cuadernos reservados separados.

Frente a qué es reservado y qué nivel de restricción en el acceso tendría un documento o información, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>58</sup> se pronunció recientemente sobre este asunto y señaló que esta Superintendencia decide reservar información de conformidad con los presupuestos establecidos en el literal c) del artículo 18 de la Ley 1712 de 2014; los numerales 3, 5, 6 y 7 del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011; el artículo 61 del Código de Comercio; el artículo 583 del Estatuto Tributario; el artículo 5 de la Ley 1591 de 2012; el literal j) del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008, entre otros, y dispone consecuentemente de un resumen no confidencial de la información reservada para acceso al público, es legítima la decisión de esta Entidad, así como la implicación correspondiente, es decir, que solo puedan acceder a la información con ese carácter de reserva quienes sean los titulares de aquélla.

En consecuencia y con el propósito de dar cumplimiento a las normas antes anotadas, en la conformación del Expediente, se garantizó la reserva en cuadernos separados de documentos e información según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 en dos tipos de cuadernos: (a) cuadernos reservados generales etiquetados como "*cuaderno reservado*" o "*cuaderno reservado general*", cuyo acceso era restringido al público pero permitido a los investigados y terceros interesados; y (b) cuadernos reservados solamente para el titular de la información o documentos allí contenidos y, por lo tanto, se les etiquetó como "*cuaderno reservado [nombre o razón social]*".

Sin perjuicio de la existencia de estos cuadernos reservados, clasificados según lo explicado, se tomaron todas las medidas para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de todos los investigados, tal y como se detalla a continuación:

- (i) Los cuadernos reservados generales contienen información conocida y consultada por los investigados, por ejemplo y específicamente, el apoderado común de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOALES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, tuvo acceso a los cuadernos reservados generales 1 a 12 conforme consta en el acta del día 5 de diciembre de 2018, allegada al Expediente en el escrito de descargos de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**<sup>59</sup>.
- (ii) Para todos los documentos e informaciones reservados, se redactó un resumen no confidencial disponible en los cuadernos públicos sobre aquello que fue desglosado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009.
- (iii) En el "*cuaderno reservado general No. 6*"<sup>60</sup>, se encuentran dos imágenes derivadas forenses que contienen los correos electrónicos que fueron utilizados en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, para garantizar que todos los investigados tuvieran acceso a los mismos.
- (iv) En ese mismo cuaderno reservado general se encuentra una parte de la información contable de **ODEBRECHT**, de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y del **CONSORCIO CONSTRUCTOR RUTA DEL SOL –CONSOL–**, que fueron puestos a disposición de todos los investigados por ser una de las pruebas que sustentan la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, para garantizar el derecho de defensa y contradicción.

En conclusión, el Expediente No. 17-14777 fue conformado en sus cuadernos públicos y reservados de acuerdo con la naturaleza pública o reservada de los documentos e información que allí reposa. Esto no ha impedido el ejercicio del derecho a la defensa de los recurrentes en la medida en que han podido acceder y obtener copias de los cuadernos públicos, los cuadernos reservados generales, los cuadernos reservados de los que sean titulares y, en todo caso, los resúmenes no

<sup>58</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Sentencia No. 2019-05-063 RI del 8 de Mayo de 2019. Rad. No. 250002341000 2019 002227 00.

<sup>59</sup> Folio 10387 del cuaderno público No. 41 del Expediente.

<sup>60</sup> Folio 4801 a 4813 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

confidenciales de lo que ha sido reservado, lo que les ha permitido conocer en todo momento cuál es la información que ha recopilado esta Superintendencia en el Expediente.

En este punto es menester recordar que, en cualquier punto de discusión, de tiempo atrás, se ha reconocido que la irregularidad debe ser grave a efectos de que un pedimento de nulidad tenga vocación de prosperidad. Este aspecto ha sido reiterado recientemente por la jurisprudencia administrativa<sup>61</sup>.

*"No obstante, para que los actos administrativos sean nulos, **la irregularidad debe ser grave**, pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas, esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa. En efecto, frente a la irregularidad o violación del procedimiento en la formación y aprobación del acto administrativo es importante precisar como ya lo ha hecho antaño esta sala, que **dado el carácter instrumental de las formas procesales no toda irregularidad genera una causal de nulidad sino solamente aquellas denominadas sustanciales**, es decir, que podrán presentarse actuaciones en las que no obstante haberse producido sin un ceñimiento estricto a la ley no alcanzan a configurar una causal de nulidad por virtud del principio de trascendencia por no tener la suficiente fuerza como para afectar la validez del acto administrativo que se trate.*

*Con el propósito de establecer cuáles vicios de forma tienen la virtud suficiente para ser constitutivos de causal de nulidad de actos administrativos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha clasificado los vicios de forma en sustanciales o esenciales y los simplemente accidentales, o no esenciales o accesorios; esta diferenciación es relevante en tanto que **únicamente los calificados como esenciales configuran causal de nulidad mas no así los accidentales o no esenciales porque no cuentan con la virtud suficiente o trascendencia jurídica para tales efectos, son las omisiones, defectos o irregularidades del procedimiento administrativo formales de menor talante que no alteran de manera alguna la decisión material de la administración ni tampoco su validez.**" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Obsérvese, pues, que la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha señalado que incluso eventuales irregularidades accidentales o no esenciales, sin trascendencia jurídica, como omisiones, defectos o irregularidades del procedimiento meramente formales de menor talante no alteran de manera alguna la decisión material de la administración ni tampoco su validez. En esa misma línea, la jurisprudencia también ha precisado:

*"(...) El mandato constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal ha sido recogido por la jurisprudencia administrativa de tiempo atrás. Es así como en reiterados pronunciamientos ha distinguido entre las formalidades sustanciales y las accidentales o accesorias. Con base en esta diferenciación se ha sostenido que aunque la ley consagra como causal de nulidad de los actos administrativos el haber sido expedido de forma irregular, "no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto.*

*Al efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos sustanciales o no sustanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de sustanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto". Igualmente se ha explicado que "si la irregularidad en el proceso de formación del acto administrativo no es de tal entidad que afecte la determinación final de la Administración, la nulidad no está llamada a prosperar". Y se ha manifestado, como se aprecia con claridad en la providencia de esta Sala de Decisión del 25 de mayo de 1968, que la determinación de cuándo una formalidad es sustancial o no **presupone responder la pregunta de cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado, de modo que solo si la observancia de la formalidad omitida habría conducido a una decisión distinta a la***

<sup>61</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B. Sentencia No. 2021-04-54 NYRD del 22 de abril de 2021. Rad. No. 250002341000 2015 00825 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**plasmada en el acto acusado se le puede otorgar el calificativo de solemnidad sustancial, no así en el caso contrario.**<sup>62</sup> (Negrillas y subraya fuera de texto original).

En el marco jurisprudencial citado, en cualquier caso, el administrado debe demostrar que cualquier supuesta violación ha tenido realmente consecuencias dañinas para sus intereses, es decir, que la observancia de la formalidad supuestamente omitida en la presente actuación administrativa habría conducido a una decisión distinta en la Resolución Sancionatoria, lo cual no solo brilla por su ausencia en los escritos de reposición de los recurrentes, sino que una vez desatados sus argumentos, como se explicó con suficiencia líneas atrás, ninguna irregularidad tuvo ocurrencia.

En todo caso, este Despacho añade que todas las decisiones que se tomaron, incluida la Resolución Sancionatoria, en el curso de esta actuación administrativa, como hasta ahora ha sucedido, están fundadas en pruebas que los investigados han tenido la posibilidad de conocer y controvertir. Por lo tanto, se garantizó que toda la información y documentación que se usó como fundamento para determinar la responsabilidad de los investigados estuvo disponible para su consulta según los criterios antes expuestos.

Así las cosas, resulta evidente que se cumplió armónicamente con todas las disposiciones relacionadas con el debido proceso, reserva de información y derecho a la defensa de los investigados.

En virtud de las razones expuestas, se encuentran desestimadas las solicitudes de nulidad pretendidas por los recurrentes, así mismo, se puede evidenciar que no existió ningún tipo de desconocimiento del derecho de defensa y contradicción, máxime cuando cada uno de los recurrentes en el procedimiento administrativo tuvo diferentes oportunidades para ejercer tal prerrogativa, distinto es el hecho de que, por la contundencia del material probatorio presentado en la Resolución Sancionatoria, sus argumentos de defensa resultaran infructuosos.

### 5.3. Consideraciones del Despacho sobre la supuesta indebida valoración probatoria

Antes de entrar a resolver los argumentos presentados por los diferentes recurrentes en relación con la supuesta indebida valoración probatoria o ausencia de pruebas, es preciso reiterar 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. (...)". (Negrilla y subrayado 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**

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 de enero de 2014. Rad. No: 250002324000 2005 0066901.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

***fundadas y claras sobre aquella verdad (...)***<sup>63</sup> (Negrilla y subrayado 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.**"* (...) <sup>64</sup> (Negrilla y subrayado 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 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). <sup>65</sup> (Negrilla y subrayado 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) <sup>66</sup>. (Negrilla y subrayado 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 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.*

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

<sup>64</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

<sup>66</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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."*<sup>67</sup> (Negrilla fuera de texto original).

En tal medida, debe ponerse de presente que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un sistema restrictivo de la libre competencia económica que, en una primera fase, contempló la ideación, 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, en una segunda fase, incluyó la ejecución de una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, materializada mediante la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del acuerdo anticompetitivo y, en forma concomitante, implementar 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, son el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio como sugieren algunos recurrentes con el propósito de alegar que no existe prueba o se realizó una incorrecta valoración para determinar su responsabilidad.

Lo anterior representa una razón más que suficiente por la que cualquier argumento de los recurrentes dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los 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.

Precisado lo anterior, a continuación este Despacho se pronunciará en concreto respecto de los diferentes argumentos presentados por los recurrentes en que sostienen que se incurrió en una indebida valoración probatoria. A efectos metodológicos, y para facilitar su abordaje, los argumentos serán agrupados como se expone a continuación.

### **5.3.1. Pronunciamiento sobre los argumentos relacionados con la primera fase del sistema anticompetitivo**

#### **5.3.1.1. Sobre los argumentos relacionados con la importancia de GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES en el sistema anticompetitivo**

Algunos recurrentes señalaron que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** carecía de condiciones personales, técnicas, profesionales y de direccionamiento para alterar el Proyecto Ruta del Sol. En similar sentido, sostuvieron que no influenció a miembros de los comités asesores y de evaluación, ni a funcionarios del **INCO**, carecía de influencia sobre la escogencia del estructurador, elaboración de pliegos, sus eventuales modificaciones o requisitos habilitantes y, en general, de facultades para tomar decisiones en las etapas de la licitación, por lo que no favoreció a **ODEBRECHT**.

Los argumentos presentados por los recurrentes no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación. En la Resolución Sancionatoria se presentaron múltiples evidencias que analizadas en conjunto permitieron a este Despacho arribar a la conclusión de que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** desempeñó un rol trascendental en el Proyecto Ruta del Sol. En efecto, se presentaron diferentes evidencias que permitieron develar que para 2009 los investigados al idear su estratagema 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.

<sup>67</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En ese sentido, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se constituyó 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. 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, respectivamente<sup>68</sup>.

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, aun 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**"<sup>69</sup>, 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 2007<sup>70</sup> y otro del 13 de agosto de 2007<sup>71</sup>, enviados por **FELIPE SARDI CRUZ** (Asesor del Gobierno en Infraestructura)<sup>72</sup> a **RICHARD CABELLO** (para el momento *Senior Investment Officer* de la **IFC**), ambos mensajes fueron copiados al correo institucional [gabriel.garcia@mintransporte.gov.co](mailto: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 2007<sup>73</sup> 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 inversionistas<sup>74</sup>.

En esa medida, en el acto administrativo recurrido se concluyó que **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 Viceministerio de Transporte adelantar las actividades de coordinación interinstitucional para el desarrollo y culminación exitosa del proceso licitatorio del Proyecto".

<sup>68</sup> Folios 3490 y 3491 del cuaderno reservado Agencia Nacional de Infraestructura ANI 1 del Expediente.

<sup>69</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Parte 1.

<sup>70</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2 carpeta 7, p. 65).

<sup>71</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 77).

<sup>72</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 60).

<sup>73</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 2, Carpeta 7, p. 181).

<sup>74</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3, carpeta 15, p. 98).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 vial<sup>75</sup>; (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 públicas<sup>76</sup> con un papel decisivo en la adjudicación. Por una parte, el **INVIAS**<sup>77</sup> que era la institución encargada de adelantar el proceso público de adjudicación de contratos de obras públicas y, por otra, el **INCO**<sup>78</sup> 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**<sup>79</sup>, 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 Sol<sup>80</sup>. 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 (...)"<sup>81</sup>.

A partir de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se logró concluir que para esa época si bien el **INCO**, en virtud del parágrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 del 2008<sup>82</sup>, 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.

*"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 sí 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 (...)"<sup>83</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> Decreto 2056 de 2003 "Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Inviás, y se dictan otras disposiciones".

<sup>78</sup> Decreto 1800 de 2003 "Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura".

<sup>79</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3 Carpeta 14. Pág. 103).

<sup>80</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente. (Caja 3 Carpeta 14. Pág. 107).

<sup>81</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 42:34.

<sup>82</sup> Actualmente derogado.

<sup>83</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.

Como puede apreciarse, a partir de las circunstancias anotadas y las diferentes investiduras que para esa época ostentaba **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, se encuentra probado que 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**."<sup>84</sup>

Las evidencias y conclusiones expuestas previamente dejan sin ningún fundamento los argumentos presentados por los recurrentes en sus escritos de reposición y, consecuencia, se rechazan por improcedentes.

#### **5.3.1.2. Sobre los argumentos relacionados con la ideación y celebración del acuerdo anticompetitivo**

**CORFICOLOMBIANA** sostuvo que no es responsable por un proceso contractual en el cual no participó. Indicó que de conformidad con la doctrina de la Resolución No. 42543 de 2020, en el supuesto acuerdo colusorio solo podría ser parte **ODEBRECHT**, **EPISOL** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, debido a que "esta 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 que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros". En ese sentido, **CORFICOLOMBIANA** concluyó que no fue la sociedad que concurrió a la Licitación Pública SEA-LP-001-2009, por lo que no pudo infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así ejerza un control competitivo sobre **EPISOL**.

Así mismo, los recurrentes reprocharon que según **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** fueron "varias conversas" que se hicieron para llegar al "acuerdo" y este nunca precisó desde qué momento se llevaron a cabo las reuniones y, mucho menos, desde qué momento tuvo conocimiento **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. En ese orden de ideas, según **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** la primera reunión ilegal con **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se realizó una vez presentadas las propuestas (27 de octubre de 2009) y en esa reunión no se habló del pago de suma de dinero, sino del ofrecimiento de un trabajo en **ODEBRECHT**. Así, la segunda reunión ilegal fue a mediados de noviembre y principios de diciembre de 2009, en que se habló por primera vez del pago de dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000) y nunca se acordó el pago de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

De esa forma, alegaron que en ninguna reunión referida por la Resolución Sancionatoria estuvo presente **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y no existe prueba válidamente practicada en que conste que sabía de dichas reuniones. Añadieron que las reuniones que realizaron "los cartelistas" para concretar el soborno solo ocurrieron entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sin participación de funcionarios de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.

Igualmente, señalaron que la falta de certeza de las afirmaciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se evidencia en que inicialmente, en denuncia penal, afirmó que **GABRIEL IGNACIO**

<sup>84</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**GARCÍA MORALES** había solicitado el soborno y, con posterioridad, reconoció que fue él quien se lo ofreció. Así, concluyeron que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no es una persona a quien se le deba creer "ciega" y "selectivamente" y que su dicho resulta inexacto, impreciso, contradictorio y genera dudas, pues nunca precisó si habían sido una o varias reuniones con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Por otra parte, **CORFICOLOMBIANA** indicó que no tuvo conocimiento ni consintió las conductas de **ODEBRECHT** y no participó ni en el diseño ni implementación del esquema ilegal. En ese sentido, alegó que los asuntos que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** trataron de manera previa a mediados de 2009 fueron muy generales y no tuvieron relación con supuestos problemas que se presentaran en las licitaciones en Colombia. A juicio de los recurrentes, es un error y no corresponde a la realidad asumir que en el mes de julio o agosto de 2009, cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** hablaba de sus socios, se refería a **CORFICOLOMBIANA**, pues para esa época no se había acordado con **ODEBRECHT** participar de forma conjunta en el proceso de selección.

De otra parte, **EPISOL** manifestó que ningún funcionario tuvo conocimiento ni consintió en el pago del soborno y otros pagos. Así mismo, indicó que un acuerdo supone la manifestación del consentimiento de dos o más sujetos y, en el caso de las sociedades, la manifestación de la voluntad de las mismas se hace a través de su representante legal, esto es, sujetos con poder de decisión. En ese sentido, indicó que no es posible concluir que a partir de las supuestas actuaciones de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien nunca ha sido gerente, representante legal o incluso empleado de **EPISOL**, se pueda comprometer la responsabilidad de esa sociedad. Adicionalmente, anotaron que en ninguna parte de la Resolución de Apertura de Investigación, Informe Motivado y tampoco la Resolución Sancionatoria se mencionó que alguna persona de **EPISOL** tuviese conocimiento del pago del soborno o que haya participado en el acuerdo.

Por otro lado, la **CONCESIONARIA** alegó que no pudo haber participado, ni contribuido en la celebración y ejecución del acuerdo anticompetitivo; toda vez que fue constituida como consecuencia de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Es decir, al momento de la estructuración, celebración y ejecución del acuerdo, esta no existía. Además, señalaron que ni **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** ni **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quienes fueron los encargados de la negociación, cierre y ejecución del acuerdo anticompetitivo, fueron representantes ni administradores de la **CONCESIONARIA**. Añadieron que ningún elemento de prueba permite llegar a la conclusión que la **CONCESIONARIA** —sus representantes y/o administradores— hubiere participado en la estructuración y/o ejecución del acuerdo restrictivo de la competencia derivado del soborno a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, por parte de funcionarios de **ODEBRECHT**.

Además de lo anterior, indicaron que las reuniones entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **ODEBRECHT** fueron después de la etapa de estructuración, cuando el pliego de condiciones y requisitos habilitantes eran definitivos, y el mismo día que finalizó el término para presentar propuestas, en que las reglas de juego estaban definidas.

Por su parte, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** señaló que no tuvo "contacto indebido" con ningún funcionario público encargado de la adjudicación o control del cumplimiento del contrato y que en los contactos con personas del **INCO**, la **ANI** o **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, no se mencionó como participe de dichas reuniones. Adicionalmente, anotó que la dirección y liderazgo de la propuesta y el proyecto estaba en cabeza de **ODEBRECHT**, lo que se evidencia en el **MOU**, las participaciones accionarias en la **CONCESIONARIA** como en **CONSOL**, lo mismo que en la estructura de sus órganos de administración. También aclaró que no era el representante legal de las empresas que pagaron el soborno y que todos los pagos realizados a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fueron efectuados a través del área de operaciones estructuradas de **ODEBRECHT**. Así, alegó que la inmensa mayoría de pruebas aluden a actuaciones y operaciones realizadas por otras personas pertenecientes a otras compañías independientes a **CORFICOLOMBIANA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A juicio del recurrente, no pueden alterarse, variarse o desconocerse las declaraciones de los confesos partícipes del acuerdo de soborno. Por suposición, se afirmó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo conoció e hizo parte del mismo, sin que el relato de los partícipes directos ubiquen a una tercera persona. En ese orden de ideas, sostuvo que se desnaturalizó el sentido y alcance de la prueba debido a que la tesis de las acciones de "ideación", "celebración" y "ejecución" de un acuerdo anticompetitivo, son simples suposiciones contrarias al sentido natural de la prueba. Sobre el particular, precisó que existió un error en la valoración probatoria de la ideación del esquema anticompetitivo con una consideración "acomodada y contraria a lo que el acervo probatorio lógicamente acredita", debido a que un evento de calificación o descalificación formal que experimentó **CORFICOLOMBIANA** en un proceso licitatorio anterior fue la prueba determinante de la participación a título de ideación por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el esquema anticompetitivo.

Agregó que no es posible atribuir a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** la condición de "determinador" de la voluntad de **ODEBRECHT** o que sembró la idea del sistema anticompetitivo en el "inocente" **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**. Según esa conclusión, sin sus comentarios, **ODEBRECHT** no habría puesto en práctica en Colombia el esquema de corrupción multinacional confesado. El recurrente también indicó que no se tuvo en cuenta que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** era proveniente de Angola, país donde se produjeron prácticas corruptas por **ODEBRECHT**, por lo que esta empresa habiendo participado sola o con cualquier otro socio, hubiera puesto en marcha su política de corrupción y prácticas anticompetitivas.

Adicionalmente, señaló que existió un error en la valoración de quienes participaron en la "celebración" del acuerdo anticompetitivo y que el Estado, a través de sus instituciones, no debe tener diferentes versiones para una misma situación fáctica y que lo confesado por **ODEBRECHT** demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** "era 100% autónomo" y no necesitaba autorización para hacer pactos ilegales. Como fundamento de lo anterior, indicó que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** cambió su versión, dijo "lo que quiso y como lo quiso", dependiendo del escenario al que acudía, sin que tal circunstancia ameritara el menor reproche valorativo a su relato. Además que no ratificó su declaración y su ausencia no fue valorada con las consecuencias legales que corresponden y, pese a ello, con conjeturas y suposiciones se llenó ese vacío para "acomodar artificialmente" los hechos a hipótesis y prejuicios, desbordando el propio dicho del delincuente confeso.

En ese sentido, el recurrente concluyó que el acuerdo fue iniciativa exclusiva de **ODEBRECHT** y que la promesa de dinero o la representación dineraria de la dádiva no nació con el acuerdo entre **ODEBRECHT** y el funcionario público. Así mismo, que ninguna declaración o prueba válidamente controvertida señaló que existió un acuerdo previo entre **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, en que participó **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y que la reunión en que se pactó el monto y oportunidad del pago de la coima fue a "sus espaldas".

El recurrente alegó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** desconocieron la existencia del acuerdo anticompetitivo y que dos (2) testigos colombianos, directos, no fueron suficientes para desvirtuar el dicho de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien ni siquiera ratificó su declaración. De tal manera, anotó que las pruebas favorables a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que lo alejan de su participación en el acuerdo o que tuviera conocimiento posterior a éste, fueron ignoradas o descartadas de plano y se le creyó plenamente a un "mentiroso" como **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**.

A juicio del recurrente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2019 contra **PLINIO OLANO BECERRA**, es un hecho público y notorio, que evidencia que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no necesitaba "ningún intermediario" porque tenía "contacto directo" con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, "para que no existiera ninguna otra persona involucrada".

También censuró que existió un error en la valoración sobre el objeto de la promesa remuneratoria y el momento en que se definió el pago de una suma de dinero, debido a que se omitió la realidad

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

afirmando que desde su nacimiento, el pacto se estructuró sobre suma de dinero por seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) y era conocido por ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL. Igualmente sostuvo que se desbordó la prueba debido a que GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES negó que días antes de la entrega de propuestas (27 de octubre de 2009) se conociera que la promesa remuneratoria era dinero, por lo que no podía existir autorización de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA. Así mismo, señaló que existió un error en cuanto la valoración relativa al pago material del "soborno", es decir, su "ejecución", debido a que CORFICOLOMBIANA y JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA no tuvieron participación y los funcionarios de ODEBRECHT con capacidad de realizar el mismo, ni quienes lo recibieron, los ubican en el proceso de pago o autorización de éste.

Por otra parte, alegaron que respecto de que el acuerdo tenía "un propósito de largo plazo", además de no existir participación de CORFICOLOMBIANA, el plazo del acuerdo no podría ir más allá del tiempo que GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES estuvo vinculado al INCO (2009 a 2010). Por último, precisó que LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES y LUIZ ANTONIO MAMERI, responsables del pago en ODEBRECHT, actuaron y pagaron sin participación alguna de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA.

Los argumentos presentados por los recurrentes que en esencia se dirigen a cuestionar el ejercicio de valoración probatoria efectuado en la Resolución Sancionatoria y, en especial, las conclusiones respecto a la ideación y celebración del acuerdo anticompetitivo no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados completamente por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es menester señalar que los recurrentes incurren en una lectura equivocada e incompleta de la Resolución No. 42543 de 2020 con el propósito de desconocer su participación en la infracción administrativa. A efectos de desvirtuar el argumento planteado sobre el particular es menester efectuar una lectura completa y en contexto del aparte aludido por CORFICOLOMBIANA. Sobre el particular, en acto administrativo en cuestión esta Superintendencia sostuvo lo siguiente:

"En virtud de lo anterior, esta Superintendencia encuentra mérito suficiente para declarar responsable a HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (controlante de CATALINSA) en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta ejecutó y autorizó la conducta imputada a CATALINSA.

Ahora bien, a pesar de que la calidad de controlante sobre CATALINSA se encuentra plenamente demostrada en la presente actuación administrativa, el Despacho se apartará de la recomendación hecha por la Delegatura en su Informe Motivado de sancionar HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS como un agente de mercado en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 (modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009) y por incurrir en la conducta anticompetitiva prohibida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Colusión en procesos de contratación pública).

Para el Despacho, esta 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 que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros. Esto difiere de otras conductas anticompetitivas en las que los controlantes sí pueden ser declarados responsables como agentes del mercado, como puede suceder en los casos de la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.<sup>85</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede observarse, una simple lectura integral de los párrafos precedentes y posteriores, que fueron omitidos convenientemente por el recurrente a efectos de fundamentar su argumento, permite advertir que, en ese caso, el investigado sí fue sancionado con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta que ejecutó y autorizó la conducta imputada al agente de mercado, razón por la

<sup>85</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cual no se le podía sancionar como un agente de mercado en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

De igual manera, y más importante aún, es posible evidenciar que si bien en dicho acto administrativo se sostuvo que la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 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 que no participan en ellos, a pesar de que puedan ejercer un control competitivo sobre los primeros, también se aclaró que ello difiere de otras conductas anticompetitivas en las que los controlantes sí pueden ser declarados responsables como agentes del mercado, como puede suceder en los casos de la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, tal y como ocurrió en el presente caso.

A lo anterior se suma que tanto en la Resolución de Apertura de Investigación como en la Resolución Sancionatoria los reproches efectuados a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente escindibles y, si bien una puede ejercer control sobre la otra, lo cierto es que cada agente de mercado intervino en diferentes momentos del sistema anticompetitivo, concurrió en otros y, aun cuando su comportamiento fue plenamente coordinado, cada infractor contribuyó en forma autónoma e independiente en la ejecución del sistema anticompetitivo sancionado con fundamento en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En virtud de lo anterior, los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** no son de recibo para este Despacho, máxime cuando en la Resolución Sancionatoria existen diferentes pruebas que dan cuenta de que participó activamente en la ideación, concreción y materialización del acuerdo anticompetitivo durante la primera fase del sistema que restringió la libre competencia económica.

En segundo lugar, respecto al argumento de que el relato de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** es supuestamente inexacto, impreciso, contradictorio o genera dudas, es necesario advertir a los recurrentes que ese tipo de situaciones en el ejercicio de valoración probatoria ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Así, la jurisprudencia<sup>86</sup> del alto tribunal considera que las eventuales inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas en una declaración o, inclusive, la constatación de que un testigo faltó a la verdad en cierta parte de su narración no lo convierten en inaceptable o lo descalifican de plano. Ello toda vez que habrá de escudriñarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la validez o no del relato en su integridad de cara al resto de medios persuasivos, para lo cual debe ser analizado con mayor diligencia y precaución, tal y como se realizó en la Resolución Sancionatoria.

En el mismo sentido, la jurisprudencia en mención enfatiza que la credibilidad de un testigo no puede medirse, necesariamente, en función de la convergencia absoluta de su relato consigo mismo y con los demás. Lo anterior teniendo en cuenta que la experiencia enseña que es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración y que coincidan en lo esencial cuando su relato es fidedigno.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia recuerda que las ciencias sociales, en esencia la psicología, ha constatado que entre las causas más corrientes de inexactitud del testimonio está la confusión temporal, conocida también como "*transposición cronológica*", que se produce con frecuencia y se trata de que el declarante recuerda hechos ocurridos después como que se produjeron antes, o viceversa.

Con fundamento en lo anterior, cualquier argumento de los recurrentes dirigido a señalar que la única forma de otorgar eficacia probatoria a una declaración es que el relato analizado tenga una consistencia completamente perfecta y no presente la más mínima contradicción, no solo es alejado de lo que sucede en la realidad y confirma la experiencia al respecto, sino también desconoce

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP-85652017 (40378) del 14 de junio de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

abiertamente el análisis y conclusiones de la jurisprudencia sobre la materia. Tanto así que implicaría desconocer que una declaración o relato posterior de determinados hechos involucra un proceso de reconstrucción, es decir, no es solamente recordar, sino reestructurar los hechos, imágenes, datos; cada uno de ellos almacenados o reconstruidos de manera diferente dependiendo de quién los percibió.

De tal manera, no son de recibo los argumentos de los recurrentes dirigidos a sugerir que existió una alteración, variación o desconocimiento de las declaraciones de los confesos partícipes del acuerdo anticompetitivo o que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** cambió su versión, dijo "*lo que quiso y como lo quiso*", sin que tal circunstancia ameritara el menor reproche valorativo a su relato ni que se le creyó plenamente a un "*mentiroso*".

En esa medida, es menester señalar que en la Resolución Sancionatoria, como consecuencia de una valoración conjunta de las diferentes pruebas que reposan en el Expediente, este Despacho presentó los hallazgos que dan cuenta de las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo ocurrencia la ideación, celebración y ejecución del acuerdo anticompetitivo durante la primera fase del sistema anticompetitivo. En efecto, se logró probar que una vez se estableció 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, los sancionados 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, las pruebas analizadas permitieron determinar que existieron por lo menos (4) cuatro reuniones previas que representaron el preludio del acuerdo ilegal entre los cartelistas y que, según uno de sus principales partícipes, iniciaron a "mediados de 2009"<sup>87</sup> y se prolongaron hasta "finales de octubre"<sup>88</sup>, marco temporal que concuerda con el resto de medios persuasivos.

De tal manera, a modo de ejemplo, las evidencias que reposan en el Expediente permitieron 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. En el marco de ese acercamiento, se llevó a cabo una 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*"<sup>89</sup>.

Igualmente, se logró establecer que 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 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*

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 (...)<sup>90</sup> (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"<sup>91</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de las evidencias presentadas no solo se encontró como relevante 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".

Para este Despacho las anteriores 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 fue 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 (...)"<sup>92</sup> del Proyecto Ruta del Sol.

Lo anterior descarta de plano el argumento de los recurrentes respecto a que existió un error al considerar que en el mes de julio o agosto de 2009, cuando **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** hablaba de sus socios, se refería a **CORFICOLOMBIANA** y que para esa época no se había acordado con **ODEBRECHT** participar de forma conjunta en el proceso de selección, como puede apreciarse, las pruebas que reposan en el Expediente desvirtúan categóricamente el aludido alegato debido a que para esa época se suscribió el **MOU** entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**.

Como si lo anterior no fuera suficiente, en el Expediente administrativo reposan pruebas adicionales de que el **MOU**, si bien fue suscrito el 10 de julio de 2009, se encontraba en discusión entre **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, por lo menos, cuatro (4) meses antes, esto es, desde el 12 de marzo de 2009. Al respecto, existe un correo electrónico del 18 de marzo de 2009 enviado por **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ** bajo el asunto "**MOU CORFICOLOMBIANA 12-03-09 (2)**".

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO\DECLARACION 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.

<sup>92</sup> Folios 8059 a 8067 del cuaderno reservado general No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 1. Correo electrónico del 18 de marzo de 2009**

De: Diego Solano (Aval)  
 Enviado el: miércoles, 18 de marzo de 2009 11:41 a.m.  
 Para: Jose Elias Melo Acosta; Luis Carlos Sarmiento, Jr.  
 Asunto: MOU CORFICOLOMBIANA MODIFICADO 12-03-09 (2)  
 Datos adjuntos: MOU CORFICOLOMBIANA MODIFICADO 12-03-09 (2).docx

124  
 1/19  
 8270  
 8276

Anexé unos comentarios para discusión. En particular hay 3 temas que veo un poco abiertos: 1) dado que Odebrecht sería el líder, cómo salirnos si no estamos de acuerdo en algún punto (inversión en estudios, precio de la propuestas, riesgos asumidos, etc), 2) libertad de inversión de Porvenir y de dar créditos de los bancos y 3) contratos de construcción o de asesoría financiera

**Fuente:** Documento contenido en el Expediente<sup>93</sup> (Recuadro rojo no original).

Así mismo, en el acto administrativo recurrido las conclusiones estuvieron corroboradas 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 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"<sup>94</sup>.*

Como puede apreciarse, en la Resolución Sancionatoria a partir del análisis en conjunto de las evidencias presentadas, fue 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**), se 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 (...)"<sup>95</sup>.

Lo expuesto previamente es suficiente para descartar los argumentos presentados por los recurrentes respecto a que se desnaturalizó el sentido y alcance de la prueba debido a que la tesis de las acciones de "ideación", "celebración" y "ejecución" de un acuerdo anticompetitivo, son simples suposiciones contrarias al sentido natural de la prueba. Contrario a ello, las conclusiones que se presentaron en la Resolución Sancionatoria y que se ratifican en esta sede, son producto de una juiciosa valoración probatoria, precedida no solo de un análisis individual de cada prueba, sino

<sup>93</sup> Folios 8276 del cuaderno reservado general No. 13 del Expediente.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

también en conjunto con todas las demás pruebas, encontrando las convergencias o coincidencias entre ellas, lo cual es completamente ajustado al ordenamiento jurídico.

Igualmente, con independencia de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** considere que se le atribuyó la condición de "determinador" de la voluntad de **ODEBRECHT** o que sembró la idea del sistema anticompetitivo en el "inocente" **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, lo cierto es que está suficientemente probado que su participación en las conductas anticompetitivas, como Presidente de **CORFICOLOMBIANA**, no se limitó únicamente a la gestación del sistema anticompetitivo, sino que posteriormente tuvo diferentes intervenciones que permiten evidenciar su protagonismo tanto en la primera como segunda fase del mismo, por lo que las conclusiones respecto de la ideación del acuerdo anticompetitivo son una muestra adicional que corrobora su intervención desde el inicio del sistema que restringió la libre competencia económica.

En esa misma lógica, este Despacho debe anotar que el argumento según el cual aun cuando **ODEBRECHT** hubiera participado sola o con cualquier otro socio, en todo caso, "hubiera puesto en marcha su política de corrupción y prácticas anticompetitivas", no es un argumento válido que excuse la responsabilidad de **CORFICOLOMBIANA** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el presente caso, máxime cuando existen diferentes evidencias que dan cuenta de su conocimiento y participación en las conductas reprochadas.

De aceptar semejante postulación haría carrera la tesis de que se podría participar en cualquier conducta anticompetitiva, sin tener ningún tipo de reproche, teniendo como pretexto que, en cualquier caso, esa conducta está siendo, o podría ser, cometida por otro agente de mercado, lo que es todas luces improcedente y desquiciaría cualquier régimen sancionatorio.

Así que sostener en el presente caso que **ODEBRECHT** de cualquier forma habría puesto en práctica en Colombia su "esquema de corrupción multinacional" o que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** era proveniente de Angola, país donde se produjeron prácticas corruptas, no es una razón o argumento que justifique su comportamiento o que tenga la virtualidad de demostrar que **CORFICOLOMBIANA** o **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tienen responsabilidad.

Así mismo, en la Resolución Sancionatoria se logró constatar que, en desarrollo del sistema anticompetitivo, los cartelistas desplegaron otra 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."<sup>96</sup> 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, se encontraron evidencias que permitieron 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"<sup>97</sup>. Otro planteamiento estuvo relacionado con que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** tuviera la oportunidad de que **ODEBRECHT** le financiara un proyecto de

<sup>96</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración Jurada de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

<sup>97</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

emprendimiento personal por uno o dos millones de dólares<sup>98</sup>. Sin embargo, se logró establecer que 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 (...)*"<sup>99</sup>.

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<sup>100</sup>. 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."<sup>101</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

De tal modo, en la Resolución Sancionatoria se logró determinar que lo solicitado por **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", era 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"<sup>102</sup>, existiera transparencia y no fueran a cambiar las reglas de juego. Lo que ratifica no solo la motivación del acuerdo anticompetitivo que fue advertida, sino también la participación directa de **CORFICOLOMBIANA** y deja sin ningún fundamento el argumento de que un simple evento de calificación o descalificación formal que experimentó **CORFICOLOMBIANA** en un proceso licitatorio anterior fue la prueba determinante de la participación a título de ideación por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el esquema anticompetitivo.

De igual modo, no es posible aceptar los argumentos presentados por los recurrentes en torno a que no se probó en que reunión estuvo presente **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** o desde qué momento tuvo conocimiento de las mismas. Sobre el particular, en primer lugar, debe aclararse que en la Resolución Sancionatoria el reproche realizado a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** respecto del acuerdo anticompetitivo no consistió en que estuvo presente en la "reunión clandestina" celebrada entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, cuando se concretó el ofrecimiento de una retribución de carácter económico. El reproche estuvo relacionado con su conocimiento y autorización expresa de lo sucedido en esas reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo.

<sup>98</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY COMINTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 7 de febrero de 2017, p. 6.

<sup>99</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior deja sin ningún tipo de fundamento el argumento presentado por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** según el cual el relato de los partícipes directos del acuerdo anticompetitivo no ubica a una tercera persona.

En efecto, en el acto administrativo recurrido se analizaron diferentes pruebas que permitieron corroborar la participación directa de **CORFICOLMBIANA** 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. 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 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."<sup>103</sup>*  
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como se aprecia, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en su calidad de Presidente de **CORFICOLMBIANA**, no solo participó de la ideación del acuerdo anticompetitivo, como se evidenció previamente, 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 durante la ejecución del sistema restrictivo de la libre competencia económica.

En este punto es importante reiterar 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"<sup>104</sup>* (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.*

<sup>103</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>104</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.<sup>105</sup> (Negritas y subrayado fuera de texto original).

En esa medida, las conclusiones de este Despacho respecto de los hallazgos de tiempo, modo y lugar en cuanto a las reuniones públicas, privadas, clandestinas o ilegales que representaron tanto el preludio como la concreción del acuerdo ilegal, no son producto de creer "ciega" y "selectivamente" en las declaraciones de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, como mal sostienen los recurrentes, sino que, por el contrario, responden a una valoración conjunta de los diferentes medios de prueba que fueron expuestos con anterioridad.

Así las cosas, en la Resolución Sancionatoria se valoraron en su integridad no solo los relatos de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, sino las demás declaraciones, teniendo especial diligencia y precaución en que los aspectos sustanciales tuvieran plena convergencia y resultaran coincidentes y corroborados por el resto de medios persuasivos obrantes en el Expediente, por lo que los alegatos de los recurrentes con que pretenden restar eficacia probatoria a dicha declaración y a las conclusiones presentadas por este Despacho no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por completo.

Aceptar lo contrario, implicaría desconocer que el operador jurídico en el ejercicio de motivar su decisión, requiere efectuar una confrontación o comparación recíproca de los distintos medios de prueba, para establecer sus concordancias y divergencias y, así, lograr conclusiones fundadas y claras sobre el conocimiento de los hechos que se pretenden demostrar y, en tal medida, apreciar la validez y credibilidad que transmite determinada prueba.

En razón a lo anterior, un ejercicio riguroso de valoración probatoria no puede conducir a desechar o desestimar sin más la eficacia de una declaración por el solo hecho de que en alguna parte de la versión que rinda el declarante exista alguna inconsistencia y, en ese mismo orden de ideas, tampoco podría otorgarse plena eficacia probatoria a una declaración a sabiendas que alguna parte es incoherente, no guarda correspondencia o se encuentra plenamente refutada por otros medios de prueba, casos en los cuales la versión del declarante debe someterse a un tamiz particularmente riguroso, tal y como puede apreciarse en la valoración efectuada en el acto administrativo recurrido.

Por otra parte, este Despacho advierte que los argumentos presentados por **EPISOL** en su escrito de reposición están dirigidos a valerse convenientemente de su organización o estructura empresarial respecto de **CORFICOLOMBIANA** a efectos de difuminar su intervención en el entramado ilegal y desconocer su autónoma y directa participación, lo que no puede ser patrocinado en esta sede.

En primer lugar, no puede perderse de vista que el acuerdo anticompetitivo permitió garantizar la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 en favor de la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** que estaba integrada no solo por **ODEBRECHT** sino también por **EPISOL**, vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, con un 33.00% de participación. Precisamente, sobre la puesta en marcha de la operación de **EPISOL**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** manifestó que:

*"**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 los 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 llegará a la administración de **CORFICOLOMBIANA**, y que ya se pone en marcha para llevar a cabo*

<sup>105</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

esta inversión y que adelantó inversiones en otros productos de infraestructura de CORFICOLOMBIANA.<sup>106</sup> (Subrayas fuera de texto original).

Por si fuera poco, en la Resolución Sancionatoria este Despacho también presentó las diferentes evidencias que permitieron 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**;

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.<sup>107</sup> (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 el acto administrativo recurrido, con el propósito de llevar a cabo su pago **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** acordó con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, que posteriormente dividirían los costos a lo largo del proyecto, lo cual tendría lugar únicamente entre las compañías **ODEBRECHT y EPISOL**, lo que representa una muestra de la directa participación de esa última compañía en el entramado ilegal y deja sin fundamento los argumentos presentados por los recurrentes.

A lo anterior se suma el hecho de que una vez suscrito el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 adicionalmente se celebró un Contrato de **EPC** para la ejecución de las obras de construcción, rehabilitación y mejoramiento contratadas. Así, 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 matriz<sup>108</sup>.

En este punto resulta relevante mencionar que incluso existían empleados en misión de **EPISOL** que desarrollaron funciones en **CONSOL**. En efecto, en la Resolución Sancionatoria se encontró probado que 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

<sup>106</sup> Folio 1589 del cuaderno público No. 66 del Expediente. Carpeta: "17-14777-061219P1", Min: 1:03:30.

<sup>107</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>108</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**CORFICOLOMBIANA** realizaran funciones en las filiales y pudieran supervisar los proyectos en los que estas tenían alguna participación.

En consecuencia, se encontraron evidencias de que 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 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."<sup>109</sup> (Subrayas fuera de texto original).*

A partir de lo anterior, en el acto administrativo recurrido 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 contraprestación por favorecer la adjudicación del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a la **CONCESIONARIA**, se contó con el auspicio, conocimiento, aprobación y participación directa de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, vehículo de inversión de la primera, a través de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

No puede olvidarse que la jurisprudencia administrativa avala la valoración realizada en la Resolución Sancionatoria debido a que precisamente reconoce que los acuerdos anticompetitivos, dada su ilegalidad, no son pactos que se sustenten por escrito y, en ese sentido, es válido a partir de unos hechos debidamente probados inferir la responsabilidad de determinadas personas en la conducta ilegal. Sobre el particular, se ha sostenido que:

*"En efecto, las conductas anticompetitivas por acuerdos entre empresas, suelen sustentarse en pactos no escritos en los que es difícil determinar puntualmente qué persona (natural) lo propuso y el grado exacto de participación en su cumplimiento.*

*En ese escenario, la prueba indiciaria constituye una herramienta de especial importancia para la entidad que ejerce las funciones de control y vigilancia en estos casos, por cuanto le permite partir de unos hechos ciertos (comunicaciones, encuentros, reuniones, correos electrónicos) y relacionando dichos sucesos particulares con el marco general de la conducta de las empresas, inferir la responsabilidad del sujeto en la práctica anticompetitiva."<sup>110</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Así las cosas, no son de recibo los argumentos presentados por **EPISOL** para tratar de eludir su intervención en el acuerdo anticompetitivo durante la primera fase del sistema anticompetitivo que restringió la libre competencia económica.

Por otra parte, los argumentos presentados por la **CONCESIONARIA** en su escrito de reposición no resultan de recibo para este Despacho puesto que si bien no intervino directamente en la concepción o concreción del acuerdo anticompetitivo, debido a que aún no existía en el mundo jurídico, lo cierto es que para esa época su creación se encontraba contemplada y no solo estuvo

<sup>109</sup> Folio 14643 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **VANESSA GARAY GUZMAN**. Declaración del 15 de octubre de 2019. Min. 44:41.

<sup>110</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

constituida por **ODEBRECHT** y **EPISOL**, vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, sino que su creación y participación fue indispensable para la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que precisamente fue adjudicado como consecuencia de la plena ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo. En esa medida, todos los partícipes del sistema anticompetitivo contribuyeron en su cabal funcionamiento, aunque concurrieran en distintos momentos, con diferentes roles y a partir de contribuciones específicas, su participación terminó confluyendo en la consecución de un 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.

Se insiste, 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 SI No. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DE 2010"<sup>111</sup>; o posteriormente 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 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"<sup>112</sup>.

Igualmente, en la Resolución Sancionatoria es evidente que al momento de efectuar la graduación de la sanción se tuvo en cuenta su nivel de intervención en el sistema anticompetitivo reprochado a efectos de tasar la multa a imponer. En efecto, en el acto administrativo recurrido respecto de su grado de participación se consideró lo siguiente:

*"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."*

Como puede apreciarse, las conductas reprochadas no tuvieron como presupuesto la vinculación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** o **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** con la **CONCESIONARIA**, puesto que lo determinante a efectos de establecer su responsabilidad fue su intervención en el sistema anticompetitivo, por lo que el argumento esgrimido sobre el particular carece de pertinencia a efectos de cuestionar los fundamentos de su responsabilidad.

Así mismo, este Despacho considera completamente impertinente el argumento dirigido a señalar que las reuniones ilegales fueron después de la etapa de estructuración, cuando el pliego de condiciones y requisitos habilitantes eran definitivos y las reglas de juego estaban definidas. Sobre el particular, es menester recordar a los recurrentes que el reproche realizado en la Resolución Sancionatoria respecto del acuerdo anticompetitivo no estuvo relacionado con la existencia del direccionamiento del proceso contractual a través de los denominados "pliegos sastré", es decir, aquellos pliegos de condiciones que son elaborados a la medida de las necesidades o exigencias de determinado oferente con lo que se limita la libre competencia<sup>113</sup> o, por lo menos, la existencia de esa específica conducta no se logró determinar.

Distinto a ello, en el acto administrativo recurrido las censuras estuvieron encaminadas a reprochar un acuerdo anticompetitivo que no se limitó a que se "(...) garantizara que se cumpliera el pliego", sino que además incluía orientar la presentación de una "oferta formalmente perfecta", "influir en el

<sup>111</sup> Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosi 6 K°.pdf".

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

proceso de licitación" y "descalificar" o eliminar competidores. Por ello, en la Resolución No. 82510 de 2020 se indicó que "(...) 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 acápite 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".

Por otra parte, no es de recibo el argumento presentado por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** respecto a que no tuvo "contacto indebido" con ningún funcionario público encargado de la adjudicación o control del cumplimiento del contrato y que en los contactos con personas del **INCO**, la **ANI** o **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, no se mencionó como participe de dichas reuniones. Al respecto, es menester reiterar que dicho argumento es completamente impertinente debido a que en la Resolución Sancionatoria el reproche realizado no consistió en que tuvo contacto directo con algún funcionario público encargado de la adjudicación, sino que estuvo relacionado con su conocimiento y autorización expresa de las negociaciones, tratativas y compromisos adquiridos en las reuniones clandestinas en que se concretó el acuerdo anticompetitivo, lo que se encuentra suficientemente demostrado el acto administrativo recurrido.

Del mismo modo, no tiene mérito de prosperidad el alegato con que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** pretende excusar su responsabilidad sosteniendo que la dirección y liderazgo de la propuesta y el proyecto estaba en cabeza de **ODEBRECHT**. Dicho argumento además de infundado, solo representa un infructuoso esfuerzo por eludir su responsabilidad en el entramado ilegal y desconocer su participación.

En efecto, el recurrente olvida que, pese a la dirección y liderazgo de **ODEBRECHT** en el proyecto, dicha circunstancia no marginaba a **CORFICOLOMBIANA** del conocimiento de las actuaciones y la toma de decisiones que se adoptaban en el mismo. Precisamente, en el **MOU**<sup>114</sup> se estableció que respecto a la toma de decisiones referentes a la presentación de la propuesta y valor de la misma; inclusión de terceros a la asociación y presupuesto de gastos, siempre debía existir "unanimidad" e incluso en la toma de otras decisiones también por regla general se buscaría "unanimidad".

En similar sentido, en la Resolución Sancionatoria a partir de diferentes pruebas también se logró determinar que existía una continua y directa comunicación de manera "verbal o por email o por teléfono"<sup>115</sup> 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"<sup>116</sup>, que para **CORFICOLOMBIANA** representaba el Proyecto Ruta del Sol 2.

Por si fuera poco lo anterior, se encontraron pruebas que permitieron evidenciar que cuando se advirtieron irregularidades en determinados pagos **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** entabló comunicación con **ODEBRECHT** y posteriormente autorizó que se realizaran los respectivos giros. 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,

<sup>114</sup> Folios 8059 a 8067 del cuaderno reservado general No. 12 del Expediente.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

*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***<sup>117</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, las pruebas obrantes en el Expediente controvierten los alegatos con que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** pretende eludir su responsabilidad y, en consecuencia, se rechazan por improcedentes.

De otro lado, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** es su escrito de reposición también aclaró que no era el representante legal de las empresas que pagaron el soborno y que todos los pagos realizados a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fueron efectuados a través del área de operaciones estructuradas de ODEBRECHT. Así, alegó que la inmensa mayoría de pruebas aluden a actuaciones y operaciones realizadas por otras personas pertenecientes a otras compañías independientes a **CORFICOLOMBIANA**.

Dichos argumentos son completamente impertinentes. Es menester indicar que los reproches en su contra no tuvieron como fundamento su vinculación con ODEBRECHT y, en esa medida, se debe reiterar que diferentes pruebas permitieron 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, lo que no resulta desvirtuado con la mera afirmación de que la reunión en que se pactó el monto y oportunidad del pago de la coima fue a "sus espaldas".

Incluso, la jurisprudencia administrativa<sup>118</sup> ha ratificado que no necesariamente debe existir una prueba directa de la participación en la conducta anticompetitiva, sino que el compromiso se puede deducir del conjunto de pruebas y evidencias, debido a que es normal que se elimine cualquier rastro en estos casos.

*"En ese contexto, no es necesario que exista una prueba directa que de manera contundente demuestre la participación (...) en las prácticas anticompetitivas, sino que, **su compromiso se puede deducir del conjunto de pruebas y evidencias, que estudiadas en conjunto conducen a establecer que en efecto al aquí demandante sabía de las***

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

*prácticas contrarias a la libre competencia desarrolladas* (...), pues las reglas de la experiencia llevan a concluir que es normal que en esta clase de actuaciones se hable en clave y se intente eliminar cualquier rastro que pueda conllevar a la demostración de la existencia de la cartelización." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Por otra parte, en cuanto a que existió un error en la valoración de quienes participaron en la "celebración" del acuerdo anticompetitivo y que el Estado, a través de sus instituciones, no debe tener diferentes versiones para una misma situación fáctica y que lo confesado por **ODEBRECHT** demostró que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** "era 100% autónomo" y no necesitaba autorización para hacer pactos ilegales, debe señalarse que la autoridad administrativa es autónoma e independiente en el ejercicio de valoración de las diferentes pruebas y, por tanto, no siempre los hallazgos en otras instancias, por ejemplo, en sede judicial, serán necesariamente los mismos en sede administrativa, entre otras razones, debido a que la configuración o tipificación de las infracciones administrativas y la conductas punibles exige requisitos diferentes como consecuencia de los bienes jurídicos protegidos, además en ocasiones los medios probatorios con que se cuenta en sede judicial pueden diferir con los practicados por la autoridad administrativa.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, es menester aclarar que a partir de las pruebas valoradas en la Resolución Sancionatoria no se concluyó que **ODEBRECHT** o **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** necesitara autorización para realizar pactos ilegales, lo que se desprendió del análisis de los medios persuasivos es que existió una 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, lo cual es harto diferente, razón por la que el argumento del recurrente, además de confuso, lo único que pretende es tergiversar el verdadero alcance de la pruebas.

Respecto al argumento de que se desconocieron las pruebas favorables debido a que dos testigos directos y colombianos (**JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO**), desconocieron la existencia del acuerdo anticompetitivo, lo cual no fue suficiente para desvirtuar el dicho de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, este Despacho debe señalar que, como con acierto lo ha sostenido la doctrina especializada, y tiene dicho la Corte Suprema de Justicia<sup>119</sup>, la prueba procesal no está formada, de ordinario, por un solo elemento, sino que, por lo común, se suele utilizar diversos medios de persuasión, de naturaleza heterogénea. De esa manera, con fundamento en la ley, se impone la obligación al operador jurídico, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, de hacer la evaluación tanto individual como conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios (declaraciones, testimonios, documentos, entre otros); y no de un solo medio de prueba; ni de dos o tres declaraciones simplemente.

Además, en casos de conductas anticompetitivas, en especial sistemas restrictivos de la competencia, debe existir una valoración integral de las actividades individuales de los investigados respecto de los hechos probados de la actividad de las empresas, puesto que sus comportamientos no pueden ser valorados como conductas aisladas. Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa<sup>120</sup> ha referido que:

*"A efectos de lo anterior, las pruebas de las actividades individuales de los directivos sancionados, deben estudiarse en conjunto con los hechos probados respecto de la actividad de las empresas, con el propósito de efectuar una valoración integral y evitar de esta manera caer en interpretaciones de los hechos como si fueran conductas aisladas de los particulares sin relación alguna con la actividad de la sociedad a la cual se encontraban vinculados."* (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

<sup>119</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC21575-2017 del 15 de diciembre de 2017. Rad. No. T 050002213000 2017 00242 01.

<sup>120</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Aceptar el planteamiento del recurrente sería tanto como aplicar una especie de abolido sistema de tarifa legal o prueba tasada<sup>121</sup>, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas, o en este caso el recurrente, en atención a la cantidad de declaraciones o la nacionalidad de los testigos, y que el operador jurídico simplemente tendría una función que puede considerarse mecánica, de suerte que no podría razonar a efecto de valorar las pruebas, lo que es completamente inadmisibile. Lo anterior se contrapone al sistema de la 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, como lo dispone el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, ejercicio que se realizó con suficiencia en la Resolución Sancionatoria.

Por otra parte, respecto del argumento según el cual, a juicio del recurrente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2019 contra **PLINIO OLANO BECERRA**, es un hecho público y notorio, que evidencia que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** no necesitaba "ningún intermediario" porque tenía "contacto directo" con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, "para que no existiera ninguna otra persona involucrada", este Despacho debe señalar que, aun cuando la providencia judicial aludida se considerara como un hecho notorio —que no lo es— o incluso como prueba en el presente procedimiento administrativo —que no fue decretada como tal<sup>122</sup>—, la apreciación del recurrente de la referida sentencia es el resultado de una lectura incompleta y equivocada con el infructuoso anhelo de que se le otorgue un alcance diferente y descontextualizado que no se desprende de la misma.

Sobre el particular, en primer lugar, a efectos propedéuticos, es menester recordarle al recurrente que de conformidad con la jurisprudencia<sup>123</sup> de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, un hecho notorio es aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo. No siendo este el caso de las consideraciones vertidas en una providencia judicial cuyas conclusiones están precisamente precedidas de una valoración o análisis de otros medios probatorios.

De igual forma, debe indicarse que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que "las decisiones judiciales que se postulan como medio probatorio, en la medida que su invocación pretende imponer valoraciones realizadas por otros jueces sobre los mismos hechos, carecen de la idoneidad de ser medios de conocimiento"<sup>124</sup>. No obstante, también se ha reconocido que "[s]i las partes pretenden que ese tipo de decisiones se lleven como medio de prueba al proceso penal, deben explicar su pertinencia, lo que implica precisar si las mismas tienen una relación directa con el hecho jurídicamente relevante, o si son pertinentes en cuanto sirven de soporte a un dato o "hecho indicador" del aspecto factual que puede subsumirse en la respectiva norma penal"<sup>125</sup>.

A partir de lo anterior, y sin perjuicio de que este Despacho no decretó como prueba la sentencia aludida por el recurrente, se debe señalar que, aun cuando la invocación de la decisión judicial, no pretendiera imponer algún tipo de valoración, lo cierto es que la relación planteada en el escrito de reposición con los hechos que supuestamente demostraría, carece absolutamente de pertinencia para el objeto del presente trámite administrativo.

En esa medida, debe reiterarse que las razones planteadas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con que pretende fundamentar una supuesta relación de pertinencia entre la declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** contenida en la providencia judicial y el objeto del presente trámite, son el resultado de una lectura incompleta y equivocada de la referida sentencia con el infructuoso anhelo de que se le otorgue un alcance diferente y descontextualizado que no se desprende de la misma.

<sup>121</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-202 del 2005.

<sup>122</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7145 del 18 de febrero de 2021.

<sup>123</sup> Corte Constitucional. Auto 035 de 1997. Véase también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad. No. 250002324000 2005 01438 01.

<sup>124</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP267-2020 del 5 de febrero de 2020. Radicación No. 55955.

<sup>125</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP4135-2019 del 1 de octubre de 2019. Radicación No. 52394.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, una lectura completa de los párrafos precedentes de la declaración contenida en la providencia judicial permite apreciar que la misma tiene un contexto y alcance distinto al sugerido por el recurrente para encausar su supuesta pertinencia. Al respecto, en la sentencia, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo lo siguiente:

*"Recuérdese, además, que según la versión de García Morales, en las conversaciones sostenidas con el director superintendente de ODEBRECHT Colombia **no participó ningún otro funcionario público o empleado de la multinacional distinto a Bueno Junior**, tal y como indicó en la declaración inicial a la cual se refirió en extenso la Sala al inicio de esta decisión y ratificó en audiencia pública de juzgamiento.*

**Tal aserto** lo confirma este último en la declaración recaudada por la Sala de instrucción en Sao Pablo (Brasil). En esa oportunidad, admitió que se reunió en múltiples oportunidades con García Morales para tratar el asunto de la adjudicación de la Ruta del Sol, encuentros en los que enfáticamente advirtió que no participó ninguna otra persona. Dijo en su momento:

*Yo tenía muy claro que la única persona que tenía poder para adjudicar la Ruta del Sol era el doctor Gabriel Ignacio García Morales, por la posición de director del INCO y por ser el viceministro de transporte, y por característica mía yo no necesitaba ni ningún otro intermediario porque ya tenía logrado el contacto directo con él. Entonces, era la única persona que podía adjudicar y por esto, yo mantuve ese contacto solamente mío, para que no estuviera ninguna otra persona involucrada.*

(...)"<sup>126</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, las consideraciones previas a la declaración contenida en la providencia judicial permiten evidenciar el entendimiento equivocado del recurrente, puesto que la declaración de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en esa sede judicial se presentó para ratificar que en las "conversaciones" sostenidas con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** "**no participó ningún otro funcionario público o empleado de la multinacional distinto a Bueno Junior**", sin que de la misma se desprenda razonablemente algún elemento de juicio para excluir el nivel de participación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el acuerdo anticompetitivo, máxime cuando la valoración en conjunto de las diferentes pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria corroboran su intervención.

Sobre el particular, es importante recordar al recurrente que los diferentes niveles de participación e intervención en el acuerdo anticompetitivo durante la segunda fase del sistema restrictivo de la competencia fueron objeto de valoración en la Resolución Sancionatoria. Así, las distintas evidencias analizadas permitieron encontrar probado que, si bien es cierto que las diferentes reuniones que enmarcaron tanto el preludio como la materialización del acuerdo anticompetitivo contaron con "*contacto directo*" entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, también lo es el hecho de que esas reuniones secretas e ilegales fueron conocidas y autorizadas por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

En efecto, ese aspecto se evidenció en 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 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;**

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.<sup>127</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, la razones presentadas por el recurrente para soportar la supuesta pertinencia de la declaración contenida en la providencia judicial con el propósito de desvirtuar su responsabilidad, no solo son producto de una lectura descontextualizada y un alcance equivocado de la misma, sino que también, se insiste, únicamente demostraría que en las reuniones ilegales y secretas existió un "contacto directo" entre LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, aspecto que, además de estar plenamente reconocido en la Resolución Sancionatoria, en nada desvirtuaría el nivel o grado de participación e intervención de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA en el acuerdo anticompetitivo. De tal modo, se rechazan los argumentos presentados por los recurrentes al respecto.

Igualmente, no son de recibo para este Despacho los argumentos presentados respecto de un supuesto error en la valoración sobre el objeto de la promesa remuneratoria y el momento en que se definió el pago de una suma de dinero, debido a que se omitió la realidad afirmando que desde su nacimiento el pacto se estructuró sobre suma de dinero por seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) y era conocido por ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL.

Sobre el particular, debe advertirse que los recurrentes desfiguran y tergiversan convenientemente las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria a efectos de alegar convenientemente un supuesto error en la valoración probatoria. En efecto, es menester aclarar que este Despacho en ningún momento asumió que la retribución económica pactada en las reuniones clandestinas e ilegales fue inicialmente por valor por seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000).

Muestra de lo anterior es que en la Resolución Sancionatoria se refirió a que en las reuniones clandestinas e ilegales, además del ofrecimiento de una oportunidad laboral, también existió un planteamiento que 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"<sup>128</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Sin embargo, se logró determinar que 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 (...)*"<sup>129</sup>.

De esa forma, las probanzas analizadas en el acto administrativo recurrido permitieron determinar que en una "reunión clandestina" celebrada entre GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES y LUIZ

<sup>127</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>128</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. E:\COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY COINTERROGATORIO GARCIA 07-02.pdf. Declaración GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 7 de febrero de 2017, p. 6.

<sup>129</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ANTONIO BUENO JUNIOR**, este último concretó el ofrecimiento de una retribución de carácter económico que denominó como una "compensación". Al respecto, se encontró que:

"(...) 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 acojera lo que estaba establecido en los pliegos y que se respetara el proceso licitatorio como tal."<sup>130</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, la conclusión de que la retribución de carácter económico finalmente ascendió a la suma de seis millones quinientos mil dólares (USD 6.500.000) estuvo precedida de la valoración conjunta de las pruebas que fueron presentadas en el acápite "**12.6.3.6. Pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo**", en que se determinó 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.

Particularmente, allí se evidenció 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).

### Imagen No. 2. Transacciones en la "Banca privada D'Andora BPA".

"Constituida entonces la empresa LURION 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	683.750
16/07/2010	QUINTO ABONO	584.250
3/09/2010	SEXTO ABONO	1.300.000
	<b>TOTAL</b>	<b>6.500.000</b>

"Quedando así validado el acuerdo del pago de la comúnmente denominada cuenta 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
20/06/2010	SEGUNDO RETIRO	1.200.000
26/01/2011	TERCER RETIRO	850.000
22/12/2011	CUARTO RETIRO	130.000
	<b>TOTAL</b>	<b>6.480.000</b>

"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 2019<sup>131</sup>. (Recuadro rojo no original).

<sup>130</sup> 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.

<sup>131</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, en la Resolución Sancionatoria se encontró 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 coincidió temporalmente con la programación progresiva de pagos que "a partir de marzo a septiembre de 2010"<sup>132</sup> 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.

Adicionalmente, sin perjuicio de que se encuentra plenamente probada la suma que finalmente fue pagada a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en contraprestación por los compromisos que adquirió y ejecutó en virtud del acuerdo anticompetitivo, es menester indicar que el debate que pretenden plantear los recurrentes sobre el objeto de la promesa remuneratoria y el momento en que se definió el pago de la retribución económica, no solo es irrelevante por encontrarse completamente desvirtuado por las pruebas que reposan en el Expediente, sino que además no constituyen un argumento jurídicamente atendible a efectos de desvirtuar la ilegalidad del acuerdo anticompetitivo.

En otras palabras, a modo de ejemplo, hipotéticamente **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** bien pudo haber aceptado el ofrecimiento de una oportunidad laboral o la financiación de un emprendimiento, sin que el acuerdo anticompetitivo pierda su carácter de ilegal. Mas aún, bien podría haberse negociado simplemente el pago de una retribución de carácter económico y con posterioridad a la ejecución de los compromisos ilegales definirse el monto total, que no por ese hecho las conductas anticompetitivas dejarían de ser reprochables.

Bajo esa misma lógica, tampoco resta ilicitud el hecho de que el monto finalmente pagado fuera mayor o menor al supuestamente pactado, cuando lo cierto es que ese tipo de comportamientos incluso es propio de arreglos ilegales, en que quienes deciden infringir la ley sin importar las consecuencias, también pueden cumplir o no los compromisos ilegales adquiridos con sus co-cartelistas.

De otra parte, respecto a que el acuerdo no podía tener "un propósito de largo plazo", debido a que no podría ir más allá del tiempo que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** estuvo vinculado al **INCO** (2009 a 2010), este Despacho debe señalar que el acuerdo ilegal tan solo representó una primera fase de un sistema anticompetitivo 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, 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 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.

Los anteriores objetivos, como presupuesto para su plena ejecución, requirieron del éxito de la primera fase del sistema anticompetitivo, sin que la conducta proscrita en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 exija para su configuración necesariamente la vinculación del funcionario a la entidad pública, en especial, cuando se encontraron pruebas 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

*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 (...)*

<sup>132</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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.

En atención a lo anterior, el acto administrativo se encuentra ajustado a las pruebas aportadas y a las que se practicaron en el curso del procedimiento administrativo, sin que el mero descontento o inconformismo con las conclusiones que de su análisis se derivan sea un argumento suficiente para alegar que existió un error o indebida valoración de las pruebas.

### **5.3.1.3. Sobre los argumentos relacionados con la materialización del acuerdo anticompetitivo**

A juicio de los recurrentes no se afectó la competencia al interior del proceso de selección y, mucho menos, se generó una distribución de concursos o fijación de los términos de otras propuestas. De tal modo, las pruebas demuestran que no se vulneró el principio de selección objetiva y además que se cumplieron con las reglas del pliego de condiciones. Para lo recurrentes existen pruebas documentales y testimoniales que demuestran que las actuaciones del Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial estuvieron ajustadas a la ley y al pliego de condiciones.

En ese orden de ideas, señalaron que no existe prueba que demuestre que el soborno influyó en la adjudicación del contrato. En tal sentido, el análisis y evaluación de las propuestas estuvo a cargo del Comité Evaluador, quien contó con el acompañamiento del Comité Asesor Especial de alto nivel, por lo que tampoco hay evidencia que acredite que el soborno contaminó la decisión de los Comités y a ninguno de sus miembros se les abrió pliego de cargos. Igualmente, sostuvieron que el Comité Asesor Especial era única y exclusivamente un cuerpo consultivo, que jamás tuvo la intención ni se inmiscuyó en la evaluación de las propuestas. Añadieron que no existe prueba de que participó efectivamente en la evaluación de las ofertas, asesorando o dirimiendo las controversias que se presentaron al interior del Comité Evaluador.

Los recurrentes resaltaron que los miembros del Comité Asesor Especial eran personas con una trayectoria especialmente destacada, profesionales experimentados en diferentes materias y reconocidos en el ámbito de la contratación pública e inclusive, exfuncionarios de alto nivel **DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN** (en adelante "DNP"), **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** y del **CONSEJO DE ESTADO**.

Por otra parte, censuraron que se desconoció lo que demuestran las pruebas en relación con la acreditación del requisito de la experiencia y la exclusión de la modalidad ferroviaria de los sistemas de transporte masivo de pasajeros. En ese sentido, indicaron que el 14 de octubre de 2009 el **INCO** consideró que la experiencia en construcción de ferrocarriles y metros no correspondía con la complejidad de obras de construcción asociadas con los sectores incluidos en la definición de sector de infraestructura que se utilizó para acreditar experiencia de construcción en general. Señalaron que **VÍAS DEL SOL** fue excluida del proceso de selección en la medida en que no acreditó los requisitos de experiencia necesarios para toda propuesta bajo la fórmula de economía de escala, circunstancia totalmente ajena y desconocida por **ODEBRECHT**, quién no tenía conocimiento de qué oferentes se presentarían en ese sector y menos como lo harían.

Adicionalmente, alegaron que se incurrió en una grave contradicción en el **PBC**, debido a que se aceptaron de manera parcial las declaraciones de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como delator. En esa medida, se omitió valorar integralmente su contenido, lo que permitía concluir que: **(i)** el pago del soborno fue para que se cumplieran con los términos del pliego de condiciones y **(ii)** este no influyó o intervino en decisiones del Comité Evaluador o Comité Asesor Especial para la adjudicación.

De otra parte, señalaron que se desconoció que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en su ratificación señaló que el propósito del soborno no era distorsionar el proceso de selección. De manera que era imposible que el objeto del soborno fuere para que **ODEBRECHT** presentara una

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

propuesta perfecta, puesto que, según las pruebas, las cuales en todo caso son nulas, las reuniones en las que se empezó a discutirlo iniciaron con posterioridad a la presentación de las propuestas.

Así mismo, los recurrentes indicaron que no existió una interpretación inflexible del pliego de condiciones, debido a que **OHL** fue descalificada por el incumplimiento de los requisitos para el Sector 1, y no por falta de requisitos del Sector 2. Agregaron que se efectuó una interpretación de las reglas del pliego de condiciones del Sector 1 alejada de cualquier lógica, fijándoles un sentido y alcance que no podían tener, debido a que el requisito de ancho mínimo de sección transversal de 40 metros era un requisito adicional para los casos en los cuales las Vías Urbanas Principales tuviesen un ancho de carril menor de 3.5 metros.

También alegaron que se cometió un error al expresar que el Comité Asesor Especial fue flexible en la interpretación del pliego de condiciones del Sector 1, puesto que se trataba de reglas tan claras que no eran susceptibles de interpretación sino de aplicación, sin necesidad de mayor elucubración o análisis.

Por otra parte, anotaron que para afirmar que la calificación de la **CONCESIONARIA** de 1.000 puntos obedeció a la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se debía demostrar que participó en el proceso de evaluación ejerciendo influencia sobre el Comité Evaluador, cuestión expresamente negada por sus miembros. Además, censuraron que los ejemplos y cálculos para afirmar que la adjudicación no generó ahorro o fueron mínimos, es una comparación que tiene, al menos, dos falacias: (i) que la propuesta de **VIAS DEL SOL** era por los sectores 1 y 2, en economía de escala, por lo que su costo unitario por cada kilómetro sería menor, a que si solamente construía y operaba el Sector 2, por lo que sus valores no son directamente comparables con la propuesta de la **CONCESIONARIA** y (ii) que los pliegos de condiciones y específicamente el mecanismo de adjudicación "*DESESTIMULABAN PROPUESTAS CON PRECIOS BAJOS*".

En ese sentido, resaltaron que para el **INCO** no era necesariamente mejores las propuestas más baratas. En la sección 10.3. del pliego de condiciones se aprecia un mecanismo de hasta dos rondas para eliminar propuestas con precios muy bajos, por lo que no se puede afirmar que una presunta oferta más barata (precio menor) que la ganadora implicó que se perdió la oportunidad de tener un mejor concesionario o que hubo un perjuicio equivalente a la diferencia de precios. En ese orden de ideas, manifestaron que el Sector 1 tenía un aporte del Estado y no era un proyecto de concesión absoluto como lo era el Sector 2. La financiación del Sector 1 provenía principalmente de vigencias futuras y no de la remuneración por concepto de peajes, con lo cual el riesgo era inferior y el contrato tenía un término inferior.

Finalmente, los recurrentes precisaron que los testigos confirmaron que los proponentes que compitieron con **ODEBRECHT** cometieron errores de su exclusiva responsabilidad que los descalificaron por ausencia de cumplimiento de requisitos habilitantes y objetivos, sin injerencia de un agente del Estado.

Las censuras presentadas por los recurrentes que, a partir de una supuesta indebida valoración probatoria, en esencia, se dirigen a cuestionar las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria acerca de la materialización y verdadero alcance del acuerdo anticompetitivo desplegado en la primera fase del sistema restrictivo de la competencia, no tienen ninguna vocación de prosperidad y serán rechazadas por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es menester reiterar que las diferentes evidencias que reposan en el Expediente permitieron determinar 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**.

En esa medida, este Despacho debe 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



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 recurrentes en sus escritos de reposición con que infructuosamente intentan, nuevamente en esta sede, evadir su responsabilidad al señalar que no se afectó la competencia al interior del proceso de selección.

La anterior conclusión en el acto administrativo recurrido encontró fundamento en un análisis a partir de las máximas de la experiencia<sup>133</sup>, 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 Justicia<sup>134</sup> 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 que se estableció en la Resolución Sancionatoria para el análisis del presente caso se expresó en la siguiente forma: *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, permitió 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.

En esa medida, los argumentos presentados por recurrentes 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).

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

<sup>133</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 enero de 2014. Rad. No. 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".

<sup>134</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 octubre de 2016. Rad. No. 37175.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

estatal. En uno y otro caso, independientemente 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 (...) "<sup>135</sup>, 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"<sup>136</sup>, existirían suficientes elementos de juicio para corroborar que tiene plena capacidad para limitar la libre competencia, máxime cuando en la Resolución Sancionatoria también 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 (...) "<sup>137</sup>, 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"<sup>138</sup>, máxime cuando los costos de la propia estructuración del Proyecto Ruta del Sol a cargo de la **IFC** no superaban un millón de dólares.

### Imagen No. 3. 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 Dosecientos 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 Expediente<sup>139</sup>.

<sup>135</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 42:34.

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 31:49.

<sup>139</sup> Folio 3332 del cuaderno público No. 17 del Expediente (Caja 2, carpeta 7, pp.176 a 212).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, lo cierto es que este Despacho encontró probado 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, sino que una valoración en conjunto de diferentes pruebas, permitieron 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, lo que deja sin ningún fundamento los alegatos de los recurrentes sobre el particular.

Al respecto, en la Resolución Sancionatoria diferentes evidencias permitieron 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 (...) "<sup>140</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

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."<sup>141</sup> (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 permitió 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, tal y como se estableció en el acápite previo al desvirtuar los argumentos de los recurrentes.

En razón a lo anterior, para este Despacho no son de recibo los argumentos presentados por los recurrentes 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 y que fueron analizadas en la Resolución Sancionatoria demostraron que su eliminación se produjo como consecuencia de la plena ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo.

<sup>140</sup> Folio 144 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>141</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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:** Si, 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"<sup>142</sup>.*

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"<sup>143</sup>.*

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**.

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> 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](https://www.espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2019/10/DocRef4_Informe-Analisis-Datos.pdf).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede apreciarse, el anterior hallazgo expuesto en la Resolución Sancionatoria controvierte por completo los argumentos presentados por los recurrentes respecto a las actuaciones del Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial. En efecto, en el presente caso se encuentra plenamente probado que existió un acuerdo anticompetitivo en que a cambio de una retribución económica **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** se comprometió a ejecutar diferentes tareas, que incluían intervenir ante los referidos comités, no solo para favorecer, sino para garantizar la adjudicación en favor de la **CONCESIONARIA**.

En ese orden de ideas, los argumentos de los recurrentes según los cuales no se probó que existieron retribuciones económicas para los miembros del Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial o que sus decisiones no estuvieron contaminadas, son completamente impertinentes, cuando lo determinante es que se encuentra plenamente probada la tarea que fue encomendada a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para intervenir ante esas instancias.

Incluso, el hecho de que contra ninguno de los miembros del Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial se abrió pliego de cargos, tal y como refieren los recurrentes, obedece precisamente a que los compromisos del acuerdo anticompetitivo con el propósito de favorecer y garantizar la adjudicación a la **CONCESIONARIA** fueron pactados con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y no con Comité Evaluador y del Comité Asesor Especial, lo que ratifica que los argumentos presentados sobre el particular, además de impertinentes, son completamente infructuosos a efectos de desvirtuar la responsabilidad de los sancionados.

En esa medida, ninguna relación tiene con el reproche que se realizó en la Resolución Sancionatoria el hecho de que los miembros del Comité Asesor Especial fueran personas con una trayectoria especialmente destacada, profesionales experimentados en diferentes materias y reconocidos en el ámbito de la contratación pública o exfuncionarios públicos.

Ahora bien, sobre el particular, también debe recordarse, tal y como se reseñó en la Resolución Sancionatoria, que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 12 del Decreto 2474 del 2008, vigente para esa fecha<sup>144</sup>, 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).

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 —

<sup>144</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Sectores 1, 2 y 3— que tendría "única y exclusivamente carácter consultivo"<sup>145</sup>. 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 si hubo, no hubo controversias como tales, pero si hubo, si 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"<sup>146</sup>.

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"<sup>147</sup>.

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)

**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)<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Folio 4823 a 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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.

<sup>148</sup> Folio 4823 y 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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".

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"<sup>149</sup>.

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"<sup>150</sup>. De tal modo, no tienen ningún fundamento los argumentos de los recurrentes según los cuales el Comité Asesor Especial era única y exclusivamente un cuerpo consultivo, que jamás tuvo la intención ni se inmiscuyó en la evaluación de las propuestas o que no participó efectivamente en la evaluación de las ofertas, asesorando o dirimiendo las controversias que se presentaron al interior del Comité Evaluador.

La anterior 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. (...) "<sup>151</sup>.

Así las cosas, en la Resolución Sancionatoria se encontraron suficientes elementos de juicio para corroborar que, en el marco del sistema anticompetitivo, aun cuando la contraprestación por el

<sup>149</sup> Folio 12431 del cuaderno público No. 50 del Expediente. Declaración de **ALESSIA ISABEL ABELLO GALVIS**. 4 de septiembre de 2019. Min. 3:39:55.

<sup>150</sup> Folio 4823 a 4826 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Res. 593/2009, ANI.

<sup>151</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 16:08.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.

Por otra parte, este Despacho no encuentra ningún argumento por parte de los recurrentes con la virtualidad de controvertir los hallazgos producto del análisis comparativo que se realizó entre el pliego de condiciones para Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol, en que existe evidencia de competencia, y se caracterizó por ser flexible, a diferencia de la interpretación rigurosa respecto al pliego de condiciones para el Sector 2, en que se encontró probada la 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".

Precisamente, este Despacho en la Resolución Sancionatoria logró establecer 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 Transporte<sup>152</sup>. 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 fecha<sup>153</sup>, 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— fue 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 2009<sup>154</sup>.

En ese contexto, este Despacho realizó un análisis de la interpretación que se realizó en el pliego de condiciones para Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol, en que existe evidencia de competencia. Así, a modo de ejemplo, se logró determinar que 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)<sup>155</sup> (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

<sup>152</sup> Folio 4823 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente.

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> 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.

<sup>155</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

(iii)<sup>156</sup>. En ese sentido, el literal (iii) del numeral 1.4. del pliego de condiciones para considerar una "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."*<sup>157</sup> (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. 4. 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 Expediente<sup>158</sup>.

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)".

A partir de lo expuesto, se encuentra desestimado el argumento según el cual en el análisis de la interpretación del pliego de condiciones del Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol este Despacho fijó un sentido o alcance que no corresponde. Como lo demuestra el Acta No. 1 del 9 de noviembre de 2009, en la interpretación del pliego de condiciones del Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol, sí existió una interpretación flexible y, contrario a lo sostenido por los recurrentes, la interpretación de "Vía Urbana Principal" no era una regla clara que simplemente debía aplicarse, "sin necesidad de mayor elucubración".

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", este Despacho logró establecer que existió una interpretación sin ningún tipo de flexibilidad. En efecto, frente a asuntos tales como la experiencia que debía demostrarse, a través del Comité Asesor Especial, se realizó una aplicación

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> Folio 4839 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Acta No. 1 Reunión del Comité Asesor.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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**.

### Imagen No. 5. 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 Expediente<sup>159</sup>. (Recuadro rojo no original).

A partir de lo anterior, la evidencia valorada en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el Expediente, permitió a este Despacho 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"<sup>160</sup> lo que propició que la propuesta de **VÍAS DEL SOL** cometiera "un error hasta tonto"<sup>161</sup> y, aprovechando esa situación,

<sup>159</sup> Folio 4839 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Acta No. 1 Reunión del Comité Asesor.

<sup>160</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 2:21:14.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le sugirió directamente que "con ese error, ellos están eliminados"<sup>162</sup>.

En ese punto se reitera lo expuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que con el comportamiento evidenciado no solo se 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"<sup>163</sup>.

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. 6. 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 Económica	Aptoyo a la Industria Nacional	Oferta Técnica	
PROPUUESTAS VALIDAS								
			1		800	100	100	1000
2	VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	NO ADMISIBLE				30.00	0.00	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	ADMISIBLE	2.894.286	VALIDA	800.00	100.00	100.00	1000.00
5	UNION TEMPORAL CONCESION ROS	RECHAZO				75.00	0.00	

ORDEN DE ELEGIBILIDAD

VALOR OFERTA GANADORA=1 2 894.286.00 (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 Expediente<sup>164</sup>. (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"<sup>165</sup>, 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**,

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Folio 144 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>164</sup> Folio 3329 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Archivo "DA\_PROCESO\_09-1-41316\_124001001\_1456879.pdf".

<sup>165</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

resultado que también coincide con el compromiso de "descalificar cualquier grupo o consorcio que hubiera cometido errores"<sup>166</sup>.

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, se insiste "**una oferta formalmente perfecta**".

Adicionalmente, es menester insistir en que 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, en la Resolución Sancionatoria se tuvo en cuenta 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 futuras<sup>167</sup> máximas que el **INCO** podía comprometer de su presupuesto de inversión. Al respecto, en el acto administrativo recurrido 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. 7. 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-001-2009<sup>168</sup>.

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

<sup>166</sup> 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".

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 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. 14 y 15.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.

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**"<sup>169</sup> (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. 8. 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 ODERBRECHT S.A., ODERBRECHT INVERSIONES 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 \$	<span style="border: 1px solid black; padding: 2px;">2.094.286.000.000,00</span>
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:

<sup>169</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

2011	2012	2013	2014	2015
149.761	173.767	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	153.697	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 tomara como Oferta Económica es el valor presente neto de los Aportes INCO ofrecidos calculado con la TDI.

En caso de resultar adjudicatario se aceptan los términos y condiciones de la minuta de contrato.

Por la presente declaro que he presentado Oferta Económica con Economía de Escala.

Luis Antonio Franco Junior  
 Cédula de Identificación No. E370013  
 Representante Común

Nota: El Proponente debe diligenciar un Formulario 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 Expediente<sup>170</sup> (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 evidenció en el acápite **12.6.3.7. Otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo** de la Resolución Sancionatoria, 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, considerando que había demasiada competencia, digamos, el máximo esfuerzo en el punto

<sup>170</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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<sup>171</sup>.

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"<sup>172</sup>.

Por otra parte, este Despacho no encuentra ningún mérito de prosperidad en los argumentos presentados por los recurrentes dirigidos a cuestionar el ejercicio que se realizó con el propósito de determinar si la magnitud del ahorro percibido en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol puede considerarse propia de un escenario de competencia o, por el contrario, del escenario anticompetitivo materializado.

Al respecto, es menester recordar que los ejercicios de comparación que se presentaron en la Resolución Sancionatoria tenían "un carácter meramente ilustrativo" y que el impacto de la conducta anticompetitiva reprochada, tal y como se evidenció previamente, fue determinado a partir de un análisis propio e independiente de lo ocurrido en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol a partir de sus respectivas especificidades.

En efecto, sobre el particular se logró determinar que 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%**.

Así las cosas, este Despacho, por un lado, realizó 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 adjudicada<sup>173</sup>. 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 \$ 1.919.000.000.000, valor que representaba tan solo el **85,7%** de la disponibilidad presupuestal fijada en el Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

<sup>171</sup> Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

<sup>172</sup> 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".

<sup>173</sup> Folio 4289 a 4301 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

## Imagen No. 9. Oferta económica presentada por VIAS 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, conformado por Obracon Huarte Lain S.A., Pavimentos Colombia S.A., Ingenieros Constructores e Interventores ICEIN S.A., Conca y 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:

VPIT	\$ 3.909.000.000.000
Valor en Letras:	Un billón novecientos nueve mil millones de pesos
Porcentaje en Dólares:	0

El perfil de los Aportes INCO ofrecido es el siguiente:

Año	2011	2012	2013	2014	2015
Pesos*	149.761	373.787	210.894	569.310	660.550

VIA DEL SOL AUTOPISTA S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA  
Dirección: Avenida Carrera 9 No. 113-52 Cl. 402  
Tel: 6296369  
Fax: 6296369  
e-mail: viadelsofautopista@oh4.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 acepto 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 Expediente<sup>174</sup> (Recuadros rojos no originales).



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se logró concluir 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 14,3%, que corresponde a un valor superior a los \$ 320.320.000.000 respecto de la disponibilidad presupuestal del **INCO**.

Como puede apreciarse, el ejercicio propuesto en la Resolución Sancionatoria no realizó una comparación directa entre la propuesta de **VÍAS DEL SOL** y la **CONCESIONARIA**, como señalan los recurrentes a efectos de fundamentar sus censuras, sino que se ubicó en un supuesto, que era posible que sucediera de no existir el acuerdo anticompetitivo, en que por lo menos la propuesta de **VÍAS DEL SOL** hubiera sido admisible y, en consecuencia, objeto de evaluación junto con la propuesta de la **CONCESIONARIA**.

En tal medida, el argumento señalado por los recurrentes respecto a que las propuestas no son directamente comparable, debido a que la propuesta de **VÍAS DEL SOL** era por los Sectores 1 y 2, en economía de escala, es un aspecto que no tiene incidencia en el ejercicio realizado o en las conclusiones del mismo, puesto que con independencia de la modalidad que escogieran los oferentes para presentar su propuesta, las misma se sometían a iguales criterios de evaluación.

El segundo ejercicio relevante que se efectuó en la Resolución Sancionatoria para dimensionar el alcance del impacto de la conducta desplegada consistió 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.

Debe tenerse en cuenta que el ejercicio de comparación entre el Sector 1 y el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol constituyó únicamente una aproximación respecto a la potencial magnitud del ahorro que puede presentarse en condiciones de competencia que, contrario a lo sostenido por los recurrentes, guardó sus justas proporciones, y reconoció las especificidades y características propias de cada proceso contractual. De tal modo, el análisis comparativo se realizó respecto del Sector 1 del Proyecto Ruta del Sol no por una determinación caprichosa, sino debido a que (i) ese proceso contractual también hizo parte de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009; (ii) al igual que el Sector 2 fue objeto de adjudicación; (iii) en el mismo se realizó una interpretación flexible del pliego de condiciones y, se insiste, (iv) no existieron o, por lo menos, no se encontraron probadas conductas que afectaran la dinámica competitiva.

En esa medida, en el acto administrativo recurrido se analizó el valor de las vigencias futuras<sup>175</sup> 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.

<sup>175</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

### Imagen No. 10. 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-001-2009<sup>176</sup>.

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.

### Imagen No. 11. 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 CONCRETOS 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: (en millones de pesos)

2011	2012	2013	2014	2015	2016
631.518	375.713	184.812	24.880	17.499	307.842

<sup>176</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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. 5.190.222  
Representante Legal  
Consortio Vial Helios

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>177</sup> (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, 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.

Como se observa, en el segundo ejercicio propuesto por este Despacho en la Resolución Sancionatoria, por obvias razones, tampoco se pretendió realizar una comparación directa entre el Sector 1 y 2 del Proyecto Ruta del Sol, debido a que cada sector de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 tenía particularidades distintas. Sin embargo, el contraste entre esos procesos contractuales permitió extraer patrones entre uno y otro, por ejemplo, el comportamiento que las ofertas en el Sector 1 presentaron respecto del valor de las vigencias futuras, situación que no sucedió en el Sector 2, donde precisamente existía un acuerdo anticompetitivo, lo que permitió corroborar la distorsión de la dinámica competitiva ese último proceso contractual, por lo que las censuras de los recurrentes no tienen ningún mérito de prosperidad, máxime cuando, se insiste, el ejercicio tuvo *"un carácter meramente ilustrativo"*.

En esa medida, este Despacho debe reiterar, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, que 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 los recurrentes para cuestionar las conclusiones derivadas de la materialización del acuerdo anticompetitivo a partir de una supuesta indebida valoración probatoria 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.

<sup>177</sup> 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".

#### 5.3.1.4. Pronunciamiento sobre los argumentos relacionados con el monitoreo del acuerdo anticompetitivo

Varios recurrentes presentaron diferentes argumentos en que alegan una supuesta indebida valoración probatoria con el propósito de desvirtuar las conclusiones relativas al monitoreo del acuerdo anticompetitivo y, en especial, respecto a la consecución, elaboración, entrega e incluso pago del concepto jurídico rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**.

Al respecto, sostuvieron que para hacer participe a **CORFICOLOMBIANA** de una supuesta actividad de monitoreo del acuerdo anticompetitivo se tergiversó la historia del concepto jurídico rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**. Sobre el particular, indicaron que es absolutamente falso que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** escogió a **HUGO PALACIOS MEJÍA** de una lista entregada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en reunión del 14 de diciembre de 2009, puesto que ese nombre surgió el 15 de diciembre de 2009.

Señalaron que existen correos electrónicos y declaraciones que demuestran que la elaboración del concepto jurídico fue solicitada por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en fecha anterior al 14 de diciembre de 2009, sin conocimiento **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. En ese sentido, alegaron que el tema de conseguir el concepto jurídico lo habló **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** antes del 14 de diciembre de 2009 y, para ese momento, no se había mencionado a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** la necesidad del mismo y, mucho menos, se había considerado a **HUGO PALACIOS MEJÍA**.

Los recurrentes sostuvieron que se equivocó la Resolución Sancionatoria en cuanto al conocimiento por parte de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **CORFICOLOMBIANA** de que el concepto había sido solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Al respecto, indicaron que las razones que motivaron la consecución del concepto jurídico y que fueron expresadas a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** constan en un correo electrónico enviado por **ÁLVARO MANTILLA**.

De ese modo, resaltaron que **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** indicó que el motivo que se le expresó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para obtener el concepto era la necesidad de sustentar, con la opinión de un externo, la posición respecto a que **OHL** no había acreditado toda la experiencia y su propuesta debía ser descalificada, por lo que ni **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN** ni **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sabían que el concepto lo había solicitado **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

De otra parte, anotaron que la entrega a la mano del concepto jurídico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** obedeció a la premura con que se requería y no se habían podido expresar en forma verbal esos argumentos, debido a que la audiencia se llevaría a cabo ese mismo día en pocas horas y no se aceptarían intervenciones por parte de los proponentes. Censuraron que no existe prueba alguna que indique que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tenía conocimiento o dio instrucciones para que el concepto fuese entregado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** directamente o de manera "subrepticia".

Por su parte, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** sostuvo que no dio "vía libre" para solicitar el concepto jurídico a **HUGO PALACIOS MEJÍA** y requerido por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para inhabilitar un competidor, ni autorizó, solicitó o lideró su consecución. Alegó que se utilizaron expresiones "equivocas y generales", puesto que no es claro qué significa "dar vía libre" para solicitarlo. En ese sentido, señaló que con el concepto no se buscaba "inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la CONCESIONARIA", sino que este se presentó como argumento para solicitar la descalificación de los demás oferentes, basado únicamente en la ley, en los pliegos y las respuestas del **INCO** durante el periodo de licitación. Por ello, el concepto jurídico tenía la única finalidad de corroborar que la eliminación de los competidores —que no era culpa de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** ni de **ODEBRECHT**— fuera realmente "seria, cierta y contundente", lo que solo se podía confirmar con una opinión experta y en extremo objetiva totalmente desprovista de sesgos o intereses.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Los recurrentes resaltaron que el autor del concepto es un abogado conocido y vinculado o cercano a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **CORFICOLOMBIANA**, no a **ODEBRECHT** y el concepto fue solo un respaldo para **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en caso de que se le cuestionara algo en el futuro. De ese modo, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicó que simplemente se limitó a sugerir los temas sobre los que debería versar el concepto y verificar que se atendieran los temas críticos que se estaban discutiendo al interior de la licitación, no a autorizarlo, contratarlo o darle "vía libre". También anotó que al interactuar con un abogado que les ayudaría a aclarar dudas respecto de la eliminación de **OHL**, se comportó totalmente espontáneo, abierto y con total transparencia, como era natural ante un encargo de su jefe de corroborar y ratificar, la fuerza de los argumentos jurídicos de la eliminación de un competidor que se había equivocado.

Los recurrentes precisaron que **HUGO PALACIOS MEJÍA** reconoció que el concepto lo elaboró con un previo estudio del pliego de condiciones y no recibió presión para beneficiar a la estructura plural a la que pertenecía **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**. En ese orden de ideas, sostuvieron que existió un error en la valoración relativa a la ideación del concepto rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**, su alcance y en especial sobre el testimonio de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** al respecto, debido a que se tergiversaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su creación y solicitud.

A partir de lo anterior, concluyeron que el concepto rendido el 15 de diciembre de 2009 no era idóneo para inhabilitar a un proponente debido a que para esa fecha el Comité Evaluador había calificado las propuestas y que el concepto analizaba si la descalificación o inhabilitación se había hecho conforme a las reglas de la licitación, es decir, conforme a derecho, y tenía por objeto analizar un hecho cumplido. En esa medida, la iniciativa para la consecución del concepto jurídico provino de la firma **ARRIETA MANTILLA**, asesora jurídica de la **CONCESIONARIA**, contratada por **ODEBRECHT** antes de tener cualquier acuerdo con **CORFICOLOMBIANA**.

De tal modo, reseñaron que el 11 de diciembre de 2009 se definió el temario del concepto y se encargó a **MARTHA CEDIÉL**, y el 14 de diciembre de 2009, el equipo jurídico conoció que ella se excusó de rendirlo, lo que se demuestra en los correos electrónicos de esa época. Para los recurrentes esa prueba no ubica, ni acredita relación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con la elaboración del concepto o su temario. Adicionalmente, los recurrentes precisaron que el control final del concepto y orden de entrega no correspondieron a una iniciativa de **CORFICOLOMBIANA** o **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sino de **ODEBRECHT** y que **HUGO PALACIOS MEJÍA** ratificó que le fue solicitado el 15 de diciembre de 2009 y, de manera excepcional, aceptó rendirlo en poco tiempo.

De esta forma, sostuvieron que la declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** es contradictoria y un "embuste" debido a que la idea del concepto no nació los primeros días de diciembre, sino a partir del 10 de diciembre de 2009, por lo que la prueba objetiva, documental y testimonial demuestra que no existió una lista y que es imposible que **HUGO PALACIOS MEJÍA** estuviera en ella. Finalmente, señalaron que sin existir ninguna prueba "de manera robótica" se afirmó que se encontró probada la relación de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** frente al concepto.

Los diferentes reproches presentados por los recurrentes que, a partir de alegar una supuesta indebida valoración probatoria, se dirigen a cuestionar las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria relativas al monitoreo del acuerdo anticompetitivo y, en especial, la consecución, elaboración, entrega e incluso pago del concepto jurídico rendido por **HUGO PALACIOS MEJÍA**, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán desestimados por las razones se pasan a explicar.

En primer lugar, es menester señalar que en el acto administrativo recurrido se presentaron diferentes evidencias que permitieron 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, se logró establecer que **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 esa medida, contrario a lo que infundadamente afirman los recurrentes, las conclusiones respecto al monitoreo a la ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo fueron el resultado de la valoración en conjunto de distintas pruebas que reposan en el Expediente. Particularmente en este caso, en el acto administrativo recurrido se logró establecer que durante la ejecución del acuerdo ilegal desplegado en el marco del sistema anticompetitivo, existieron 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,**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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' (...) "<sup>178</sup>.*

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 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 evidenció que usualmente empleaba determinadas intimidaciones con el propósito de verificar o supervisar su cabal cumplimiento.

La evidencia que fue presentada en la Resolución Sancionatoria también permitió establecer la existencia de un incidente que representó para **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** un posible desvío del pacto ilegal. Sin embargo, se trató de una confusión 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", tal situación 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 se logró corroborar a través de prueba documental, esto es, 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 aprecia la situación que generó la confusión previamente referida. En dicho requerimiento, el **INCO** señaló lo siguiente: "[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**"<sup>179</sup> (Subrayas fuera de texto original).

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 posteriormente de cubrir 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**"<sup>180</sup>.*

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***

<sup>178</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 24:27.

<sup>179</sup> 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".

<sup>180</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 29:18.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*BUENO, que fue rendido posteriormente por el doctor HUGO PALACIOS. Por favor, le 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 dar"<sup>181</sup>.*

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, no resultan de recibo para este Despacho los argumentos de los recurrentes dirigidos a señalar que el concepto jurídico tenía la única finalidad de corroborar que la eliminación de los competidores fuera realmente "seria, cierta y contundente" a través de "una opinión experta y en extremo objetiva totalmente desprovista de sesgos o intereses". Semejante excusa no solo es totalmente infundada sino que además resulta completamente controvertida a través de las diferentes pruebas que se expusieron previamente en que se puede evidenciar con absoluta claridad la verdadera motivación que precedió la solicitud del concepto jurídico por parte de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

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,

<sup>181</sup> 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.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cómo se dice, yo permitía que el Comité Evaluador admitiera el otro proponente (...)"<sup>182</sup>. La referida evidencia deja sin ningún fundamento la simple afirmación de los recurrentes en relación a que con el concepto no se buscaba "inhabilitar a un proponente y realizar la adjudicación a la CONCESIONARIA" o que simplemente buscaba corroborar y ratificar, la fuerza de los argumentos jurídicos de la eliminación de un competidor que se había equivocado.

Las anteriores conclusiones concuerdan 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 que:

**"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. (...)"<sup>183</sup> (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"<sup>184</sup> (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

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> Folio 14170-CD1 del cuaderno público No. 59 del Expediente. Declaración de GABRIEL 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. 32:11.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de oferta y entregó a doctor GABRIEL GARCÍA MORALES para la adjudicación del proyecto<sup>185</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

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.

De tal modo, la evidencia presentada no solo rechaza por completo los argumentos presentados por los recurrentes en sus escritos de reposición con que pretenden desconocer la existencia de una lista de abogados que fue colocada a disposición de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, sino además deja en evidencia que el pedimento efectuado implicaba desde un inicio la activa participación de **CORFICOLOMBIANA** en la consecución del concepto jurídico.

Presuntamente, **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 él, 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"<sup>186</sup>.*

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.

Como puede apreciarse, la anterior conclusión, lejos de surgir de "manera robótica" como infundadamente afirmaron los recurrentes, se desprende del análisis en conjunto de las diferentes declaraciones que reposan en el Expediente, lo que a su vez también permitió establecer la relación entre **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** para asumir la solicitud del concepto jurídico, lo que deja sin fundamento el argumento respecto a que este último no sabía que el concepto lo había solicitado **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

En efecto, este Despacho encontró diversas pruebas documentales y testimoniales que permitieron corroborar que para la época en que se estaba ejecutando el acuerdo anticompetitivo 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**.

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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: hpalacios@palacioslleras.com; epilisa@etb.net.co  
Asunto: RV: CONCEPTO JURIDICO

Importancia: Alta

Dr. Hugo,  
Mil gracias por su colaboración.  
José Elías

De: Yesid Arocha [mailto:yesid@odebrecht.com]  
Enviado el: martes, 15 de diciembre de 2009 13:49  
Para: José Elías Melo Acosta  
CC: pedrom.valencia@gmail.com  
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.  
Asesor<sup>187</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de lo anterior, se encuentran desestimados los argumentos presentados por los recurrentes en sus escritos de reposición respecto a que en la Resolución Sancionatoria se utilizaron expresiones "equivocas y generales", debido a que no les resulta claro qué significa "dar vía libre" a un concepto. De la prueba analizada se desprende que la expresión "dar vía libre" se traduce en que **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, por parte de **ODEBRECHT**, le confirmó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que se podía solicitar el concepto jurídico a **HUGO PALACIOS MEJÍA**, por lo que el empleo de esa expresión tiene un alcance concreto y preciso en el contexto analizado, esto es, una connotación de autorización para cumplir el pedimento realizado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** como consecuencia de las amenazas e intimidaciones ejercidas por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**.

Igualmente, a partir de las diferentes pruebas que fueron analizadas en el acto administrativo recurrido, este Despacho encuentra desestimados los argumentos de los recurrentes según los cuales existió un error en la valoración relativa a la ideación del concepto jurídico, su alcance y en especial sobre el testimonio de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, debido a que se tergiversaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En efecto, se encontró corroborado en la Resolución Sancionatoria, 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 el presente procedimiento administrativo, que efectivamente los puntos específicos que serían tratados en el concepto jurídico solicitado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, una vez existió autorización por parte de

<sup>187</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

ODEBRECHT, 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 logró evidenciar que se indicaron 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 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 Morales<sup>188</sup> (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

La anterior prueba no solo controvierte los argumentos presentados por los recurrentes con el propósito de desconocer la participación de **CORFICOLOMBIANA** en el trámite del concepto jurídico, sino que además 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 más<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> Folio 14568 del cuaderno reservado general No. 24 del Expediente.

<sup>189</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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", conclusión que esta sede de reposición no ha logrado ser desvirtuada por los recurrentes.

En este punto es menester señalar que las alegaciones de los recurrentes dirigidas a sostener que **HUGO PALACIOS MEJÍA** reconoció que el concepto lo elaboró con un previo estudio del pliego de condiciones y no recibió presión para beneficiar a la estructura plural a la que pertenecía **ODEBRECHT** y **CORFICOLOMBIANA**, resultan completamente impertinentes debido a que, independientemente de las conclusiones del concepto jurídico, las particularidades que motivaron su solicitud y rodearon no solo su trámite sino también su entrega a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, entrañan una serie de actuaciones completamente irregulares que solo encuentran una explicación razonable en el contexto de la ejecución del sistema anticompetitivo reprochado.

En efecto, con la valoración conjunta de las pruebas presentadas, en la Resolución Sancionatoria se logró 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.

De tal manera, debe reiterarse a los recurrentes que 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 yo solicité para proteger eventuales reclamaciones futuras ya fuera en Contraloría o sanciones administrativas e incluso penales"<sup>190</sup>.*

Nótese que, contrario a lo sostenido por los recurrentes, 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"<sup>191</sup>.

En esa medida, es menester señalar que los argumentos presentados por algunos recurrentes respecto a que no existió ninguna infracción al pliego de condiciones no tienen ningún mérito de

<sup>190</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 34:07.

<sup>191</sup> Folio 3329 del cuaderno público No. 16. Acta de inspección página en internet <http://contratos.gov.co>. E:117-14777/DA\_PROCESO\_09-1-41316\_124001001\_1323952.pdf. Pliego de Condiciones Definitivo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, p. 120.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

prosperidad. Tal y como se ha demostrado con suficiencia, las diferentes conductas desplegadas por los sancionados en el marco del sistema anticompetitivo alteraron los principios de selección objetiva y transparencia.

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<sup>192</sup>.

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"<sup>193</sup>.

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 resultas 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.

(...)

<sup>192</sup> 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).

<sup>193</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**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<sup>194</sup>.

Sobre el particular, **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?

**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 sesión<sup>195</sup>.

Adicionalmente, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indicó precisamente que "no podía recibir extraoficialmente conceptos relacionados con el proceso de licitación en curso". Sobre el particular, 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"<sup>196</sup> (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, por lo que cualquier argumento de los recurrentes con el propósito de tratar de justificar las actuaciones irregulares en torno a la entrega del concepto se encuentran completamente rebatido por la contundencia del material probatorio que reposa en el Expediente.

<sup>194</sup> 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.

<sup>195</sup> 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.

<sup>196</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En este punto el argumento de los recurrentes según el cual no existe prueba alguna que indique que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tenía conocimiento o dio instrucciones para que el concepto fuese entregado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** directamente o de manera "subrepticia", no tiene ningún tipo de prosperidad debido a que, como lo demuestran las evidencias valoradas en conjunto en la Resolución Sancionatoria, quien realizó la entrega del concepto jurídico a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue precisamente **PEDRO MANUEL VALENCIA PINZÓN**, con quien al interior de **CORFICOLOMBIANA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** discutió los puntos que dicho concepto trataría. De manera que pretender alegar un supuesto desconocimiento de dicha actuación no solo carece de credibilidad, es contradictorio con otros argumentos, sino además se encuentra completamente refutado por las pruebas analizadas.

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, contrario a lo sostenido por los recurrentes, 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 comprobara, esto fue un concepto pagado por **CORFICOLOMBIANA**, según declaró el mismo que suscribe el concepto. (...) <sup>197</sup>.*

Como puede observarse, la evidencia presentada en la Resolución Sancionatoria permitió 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 los recurrentes 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 encontró 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"<sup>198</sup> del 15 de diciembre de 2009, el mismo día en que se realizó la adjudicación del Sector 2 de la Ruta del Sol<sup>199</sup>, **HUGO PALACIOS MEJÍA** realizó el cobro de \$11.600.000 pesos a **CORFICOLOMBIANA** por honorarios profesionales.

Adicionalmente, se encontró un comprobante de contabilidad No. 287<sup>200</sup> del 16 de diciembre de 2009, en donde se logró corroborar 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**.

A partir de las pruebas presentadas, este Despacho encontró 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" como consecuencia de 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.

Así las cosas, los diferentes argumentos presentados por los recurrentes en sus escritos de reposición sobre una supuesta indebida valoración probatoria respecto a las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria relativas al monitoreo del acuerdo anticompetitivo, además de infundados, se encuentran completamente desestimados, por lo que son rechazados por completo.

### 5.3.2. Pronunciamiento sobre los argumentos relacionados con la segunda fase del sistema anticompetitivo

#### 5.3.2.1. Sobre los argumentos relacionados con la dinámica de reembolsos y pagos irregulares

Los recurrentes presentaron diferentes argumentos relacionados con una supuesta indebida valoración probatoria respecto a los aspectos que se encontraron evidenciados en la segunda fase del sistema anticompetitivo específicamente en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares. Para tal efecto, **ODEBRECHT** señaló que no se fundamentó cómo la existencia de pagos irregulares para compensar el soborno afectó la libre competencia.

De otra parte, sostuvo que se desconoció que **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** nunca ha ostentado la calidad de miembro de **CONSOL** y, por tanto, no puede ser responsable por hechos relativos a la presunta "dinámica de reembolsos y pagos irregulares" y que el consorcio se encontraba integrado por **CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, **EPISOL** y **CCS CONSTRUCTORES**. Así, alegó que el hecho de que **ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.** hubiese sido accionista de la

<sup>198</sup> 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.

<sup>199</sup> 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".

<sup>200</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**CONCESIONARIA** no lo hace responsable por infracciones administrativas cometidas por esa sociedad. Tampoco por conductas imputables a miembros de **CONSOL**.

En forma común, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** señalaron que los pagos a contratistas relacionados en la Resolución Sancionatoria se hicieron a través del patrimonio autónomo, de acuerdo con el procedimiento establecido en el "*Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos*" suscrito el 5 de mayo de 2010 entre la **CONCESIONARIA** y **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** y que la **CONCESIONARIA** era quien instruía al patrimonio autónomo para efectuar los giros correspondientes, por lo que ni **CORFICOLOMBIANA** ni **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** los autorizaban.

En ese sentido, sostuvieron que para proceder con cualquier orden de giro, de acuerdo con las instrucciones de la **CONCESIONARIA**, la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, administradora del "*FIDEICOMISO RUTA DEL SOL SECTOR II*", debía seguir un procedimiento que estuvo vigente hasta el 22 de febrero de 2017, que incluía: (i) una orden de giro; (ii) visado de firmas; (iii) confirmación telefónica y (iv) verificación de listas cautelares.

A su vez, sostuvieron que en relación con la cuenta de **CONSOL** en el **BANCO DE BOGOTÁ**, desde la cual se hizo uno de los pagos al contratista **CONSORCIO TORROSA**, se hacían con la firma de un número de personas que implicaba que no se requiriera a ningún funcionario de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**. En consecuencia, resaltaron que debido a que para efectuar pagos no se requería la aprobación de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**, pese a la negativa de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en aprobarlos, estos finalmente se efectuaron por funcionarios de **ODEBRECHT** en **CONSOL** de manera autónoma, en incumplimiento del acuerdo consorcial.

Igualmente, indicaron que en relación con los pagos a **DCS MANAGEMENT** no se probó que esos dineros terminaron en cuentas de **ODEBRECHT**, ni que constituyeran un reembolso, ni que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** los autorizó. Añadieron que el pago a **DSC MANAGEMENT** ocurrió varios meses después de que se hubiese adjudicado el contrato, por lo que no generó la conducta antijurídica o distorsionó el resultado de la licitación. En ese sentido, concluyeron que aunque **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** hubiesen podido detectar que no existían soportes suficientes para realizar pagos a **DSC MANAGEMENT**, no podían impedirlos debido a que, pese a la negativa de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, los funcionarios de **ODEBRECHT** los hicieron.

Así mismo, censuraron que las declaraciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** son absolutamente contradictorias, no fue claro ni consistente. No tuvo precisión en relación con los pagos que le llamaron la atención. Agregaron que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** fueron engañados por **ODEBRECHT** y, en todo caso, sostener que tuvieron una conducta omisiva no les puede generar ninguna responsabilidad.

Por otra parte, alegaron que una "*prueba clarísima*" de la violación al debido proceso por desconocimiento de la presunción de inocencia es que se señaló que "*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*".

Indicaron que es "*sorprendente*" e "*inaceptable*" que se desconozca que los funcionarios de **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** fueron quienes cuestionaron contratos y pagos irregulares. Aspecto que se evidencia en las declaraciones de **ALBERTO MARIÑO SAMPER**, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y en los correos electrónicos del 7 y 9 de abril de 2015. Tanto así que con el actuar de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** se identificó que era probable que funcionarios de **ODEBRECHT** estuvieran robando a **CONSOL** y, por consiguiente, a **EPISOL**, y no como lo pretende hacer ver la declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, que también es prueba nula.

También anotaron que existe prueba de que en 2014 **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** solicitó informes a **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** sobre los pagos realizados en la **CONCESIONARIA** y en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**CONSOL**, en los que se informó que "el comportamiento de esto fue normal y sin novedad" y que se desconoció que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** respaldó a **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en su decisión de no autorizar los pagos cuestionados. Además, indicaron que ninguno de los funcionarios de **ODEBRECHT** que tuvieron incidencia en la celebración de los contratos y autorización de pagos irregulares indicaron haber hablado con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** al respecto. De tal modo, concluyeron que el *modus operandi* de la Resolución Sancionatoria no es cierto debido a que cuando se presentaron cuestionamientos y oposiciones por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** a los pagos irregulares, ningún funcionario de **ODEBRECHT** contactó a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**.

De otra parte, los recurrentes censuraron que después de que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** se fue del país no volvió a tener contacto con **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y solo hasta 2015 **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** advirtió que las facturas de los contratistas **RGQ LOGISTIC**, **CONSORCIO SION** y **CONSORCIO TORROSA** efectivamente se habían pagado por **CONSOL** y sin su autorización. Igualmente sucedió con el pago a **CONSULTORES UNIDOS**.

Los recurrentes insistieron en que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no tenían conocimiento de conductas ilegales de **ODEBRECHT** debido a que los estaban engañando. Así lo demuestra la declaración jurada de **OTTO NICOLÁS BULA BULA** del 27 de noviembre de 2018, un interrogatorio a **GABRIEL ALEJANDRO DUMAR LORA** del 8 de agosto de 2017 y un correo electrónico del 11 de noviembre de 2015. Como fundamento de lo anterior, anotaron que **ODEBRECHT** organizaba soportes bastante robustos y con firmas de diferentes personas vinculadas al proyecto para que los funcionarios de **EPISOL** autorizaran los pagos. Resaltaron que desde un principio **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** se opusieron a la contratación de **PRESOAM**, que fue contratado sin consultar a **EPISOL**. Por esa razón, en el Comité de Dirección de **CONSOL** del 30 de enero de 2015, **ALBERTO MARIÑO SAMPER** presentó objeciones a ese contrato. Igualmente, el 28 de agosto de 2015, **OSCAR HERNANDEZ** solicitó que se diera por terminado el contrato con esa empresa. Finalmente, el 30 de octubre de 2015 **ALBERTO MARIÑO SAMPER** también solicitó su liquidación.

De otra parte, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** sostuvieron que no tienen conocimiento de que los pagos a **PRESOAM** sean reembolsos de sobornos y que no existe prueba que demuestra que esos pagos hayan llegado a cuentas de **ODEBRECHT**. Adicionalmente, indicaron que el contrato con **CONSULTORES UNIDOS** fue "subrepticio" debido a que no se contó con la aprobación de la Junta Directiva de la **CONCESIONARIA** y la orden de pago obvió la firma de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**. De ese modo, se omitieron pruebas que demuestran que para la contratación de **PROFESIONALES DE BOLSA**, por considerarse innecesaria, existió oposición por parte de **ALBERTO MARIÑO SAMPER**.

Respecto de los pagos a **RGQ LOGISTIC**, **SION** y **TORROSA** indicaron que fueron realizados sin contar con la aprobación de funcionarios de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**. Dichos pagos fueron objetados por **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y fueron realizados por el patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**. Reiteraron que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ni **CORFICOLOMBIANA** fueron condescendientes ante la identificación de inconsistencias en los pagos y que se ignoró el documento "Ayuda de memoria" en que consta la postura de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y demuestra el desacuerdo con **ODEBRECHT**. Recordaron que **ODEBRECHT** presentó "un informe de auditoría" de **KPMG** y un "Informe de la Comisión Investigadora" a **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** en que argumentó que había actuado en forma transparente y se pretendió justificar los pagos irregulares lo cual llevó a que se exigiera la restitución de las sumas que no tenían justificación.

En ese sentido, **ODEBRECHT** nunca aceptó las irregularidades, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** tenían acceso limitado a la información y como el proyecto no podía quedar en el "limbo" se logró el reintegro de la mayor cantidad posible de recursos y fortalecer el sistema de control de pagos. Así que después de conocer las prácticas corruptas de **ODEBRECHT**, es fácil cuestionar las variantes que pudo tener un acuerdo de transacción, pero en la época no existían investigaciones ni acusaciones de soborno.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En línea con lo anterior, expusieron que si **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** conocían de los mecanismos de "sobornos" y "reembolsos" y los hubiesen aprobado, no habrían tenido argumentos para reclamar a su socio mayoritario, y este no hubiese aceptado restituir los recursos. Adicionalmente, indicaron que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** cuestionaron los pagos a **PRESOAM** porque no tenía la experiencia necesaria, el valor de los pagos era costoso y existía personal capacitado en el consorcio para realizar los trabajos, pero nunca tuvo conocimiento de que fuesen sobornos o reembolsos de sobornos. De ese modo, precisaron que no hay prueba que permita de manera razonable condenar a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en los hechos investigados y, en caso de que hubiese cometido un delito, tal conducta sería un "comportamiento impropio" del que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente ajenos. Por lo que su conducta es muy diferente a la de **ODEBRECHT** debido a que en su organización no tiene una "cultura mafiosa" o "ilegal" tendiente a infringir cualquier tipo de norma.

Por otra parte, señalaron que se reconoció que los controles que tenía **CORFICOLOMBIANA** impidieron que el pago del soborno se hiciera a través de esa sociedad. En ese sentido, los sistemas de control interno (SCI) pueden "fallar legítimamente" pues no está construido por "ángeles" para que sean completamente infalibles. Añadieron que la estructura organizativa de **CORFICOLOMBIANA** no favorecía ni con incentivos ni con falta de controles los pagos de sobornos.

Alegaron que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tenía antecedentes penales o disciplinarios que hiciesen dudar a **CORFICOLOMBIANA** de su comportamiento. Por el contrario, tenía una hoja de vida intachable y su designación como representante legal fue aceptada por la Superintendencia Financiera de Colombia. La conducta delictiva de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no fue generada por un riesgo creado por **CORFICOLOMBIANA** sino por la estructura organizacional de **ODEBRECHT**. Adicionalmente, indicaron que los pagos en **CONSOL** podían ser efectuados por los funcionarios de **ODEBRECHT**, aunque no hubieren sido autorizados por el funcionario de **EPISOL** y se desconoció que **MAURICIO MILLÁN DREWS** aclaró espontáneamente en su declaración que los representantes de **ODEBRECHT** eran sus jefes en **CONSOL**. Para los recurrentes los apartes de declaraciones de varias personas que indican que **MAURICIO MILLÁN DREWS** le reportaba a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no demuestran de qué hablaban. Se debió demostrar que **CORFICOLOMBIANA** sabía que los denominados reembolsos y "pagos irregulares" eran sobornos o reembolsos. Igualmente, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** nunca tuvo conocimiento de la oposición de **MAURICIO MILLÁN DREWS** a algún pago, ni que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo hubiese llamado a discutir esos temas.

Así mismo, censuraron que no se explicó por qué razón **CORFICOLOMBIANA** iba a autorizar pagar cinco (5) veces lo que supuestamente correspondía al soborno, cuando según lo acordado eran dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000). Concretamente, **EPISOL** sostuvo que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, quien era su empleado en la época del pago del soborno, no tuvo ninguna participación. No se le imputó ningún cargo y la Resolución Sancionatoria planteó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo habría convencido de que no había inconveniente en realizar los pagos a **DCS MANAGEMENT**. En el mismo sentido, alegó que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado de **EPISOL** y funcionario en misión en **CONSOL**, quien cuestionó los pagos irregulares, también supuestamente fue convencido por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** de realizarlos, pese a que existe plena prueba de su apoyo para negarse a realizar pagos injustificados.

**EPISOL** resaltó que si a quien se le indilga haber aceptado realizar pagos sin soporte es a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien nunca detentó la calidad de representante legal o empleado de **EPISOL**, atribuirle responsabilidad a dicha sociedad desconocería que la ficción jurídica actúa materialmente por conducto de las personas naturales que tienen la capacidad de representarla conforme la regulación societaria. En tal medida, indicaron que se desconocieron los "más básicos preceptos del derecho societario". No se puede desconocer la personería jurídica y autonomía de **EPISOL** para declararla responsable por actos de un tercero y reinstaurarle esa personería a efecto de sancionarla en forma adicional a **CORFICOLOMBIANA** y que **EPISOL** no manifestó su voluntad y no tiene responsabilidad o estaba sujeta a la voluntad de **CORFICOLOMBIANA** y no puede ser sancionada independientemente.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

De otra parte, aclararon que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** ocuparon el cargo de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, en calidad de trabajadores en misión, por lo que no se encontraban subordinados a **EPISOL** en cuanto al cumplimiento de órdenes, respecto del modo en que debían ejecutar sus labores y que quien ejercía el poder de subordinación era la administración del consorcio, esto es, **ODEBRECHT**.

A su juicio la tesis de la Resolución Sancionatoria es "absurda" puesto que cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** tuvieron dudas, cuestionaron y se negaron a autorizar pagos, se valoró como una actuación de la personas natural, pero cuando no pudieron detectar una anomalía, se imputó a **EPISOL** como una omisión de la persona jurídica. Insistió en que los funcionarios de **EPISOL** fueron quienes cuestionaron los pagos que **CONSOL** y la **CONCESIONARIA** hicieron exclusivamente por órdenes de **ODEBRECHT**. A partir de lo anterior, destacaron que las menciones a funcionarios de **EPISOL** en la Resolución Sancionatoria son precisamente para indicar que identificaron pagos que no estaban soportados o que se negaron a autorizarlos, por lo que las actuaciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** fueron propias de quien desconoce y desapruueba el esquema diseñado y ejecutado por **ODEBRECHT**.

Adicionalmente, señalaron que las declaraciones sobre el supuesto silencio y colaboración de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no son pruebas y no tienen valor alguno. Tampoco demuestran que él efectivamente tenía conocimiento del pago de sobornos y, mucho menos, que ello fuese atribuible a **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**. Igualmente, que el hecho de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** tuviera algún conocimiento no significa que **EPISOL** también, dado que este no era su representante legal. Incluso a **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en ningún momento se les atribuyó responsabilidad, participación o conocimiento en los hechos objeto de acusación. Por último, anotaron que para poder determinar la responsabilidad de **EPISOL** se debía demostrar que sus funcionarios sabían que los denominados "reembolsos y pagos irregulares" eran pagos de sobornos o reembolsos de los mismos y que es irrefutable que ningún funcionario de **EPISOL** fue acusado de complicidad de las actuaciones de **ODEBRECHT**.

Por su parte, la **CONCESIONARIA** indicó que no es posible considerar como parte del sistema el supuesto mecanismo de instrumentalización de diferentes contratos para el pago del acuerdo anticompetitivo. Estos no son más que efectos derivados del mismo pacto celebrado, pero no hacen parte de la conducta imputada, cuya consolidación se produjo con la adjudicación del contrato. En ese sentido, precisó que cualquier pago que se realiza con posterioridad a la adjudicación del contrato, obtenido como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo, no implica la existencia de un sistema contrario a la libre competencia; cuando estos no serían más que un efecto económico derivado del mismo.

Alegó que el ajuste de cuentas del valor pagado por el acuerdo anticompetitivo se realizó a través de **DCS MANAGEMENT**, no de la **CONCESIONARIA** y que no se describió ningún elemento que comprometa su responsabilidad, y solo se revelaron pruebas que comprometen la responsabilidad de **CONSOL**. De tal modo, reiteró que los presuntos pagos irregulares fueron autorizados por personal de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, no de la **CONCESIONARIA**. Así, anotó que los supuestos contratos, pagos y transacciones irregulares fueron puestos en conocimiento de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, por lo que la **CONCESIONARIA** no toleró ni ejecutó dichas conductas, y los supuestos pagos irregulares fueron de **CONSOL** a **DCS MANAGEMENT**.

Por otra parte, señaló que la declaración de **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** evidencia que el comportamiento de los agentes de la **CONCESIONARIA** era denunciar las presuntas irregularidades a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Así mismo, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sostuvo que no tenía ninguna responsabilidad en la gestión de la **CONCESIONARIA** y **CONSOL**. Cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** refirió que le comentó verbalmente algunas inquietudes sobre pagos, le indicó que si "estaban dentro del presupuesto y cumplían las reglas" debía aprobarlas, y jamás le indicó u ordenó incumplir ninguna norma, ni procedimiento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En ese orden de ideas, anotó que existió un error en la valoración en cuanto a su supuesta participación en los pagos irregulares. No existe prueba en su buzón de correo electrónico que demuestre la *"continúa y directa comunicación con Mauricio Millán"*. Todas las comunicaciones entre **CORFICOLOMBIANA** y sus filiales está soportada en correos electrónicos entre los diferentes funcionarios.

De otra parte, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** censuró que se desconoció una *"prueba pericial"* sobre las comunicaciones por correo electrónico con **MAURICIO MILLÁN DREWS** que arrojó una inexistencia de comunicación, en comparación con comunicaciones entre funcionarios que si dependían de él. Además, existió un error en cuanto la valoración de la conducta frente a los reportes que hizo **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**. Se desconoció su apoyo a esos reportes y su respaldo a la decisión de no autorizar los pagos, que se hicieron directamente por **ODEBRECHT** sin el permiso pertinente. También alegó que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** negó que le reportara y únicamente le consultó por la inquietud que su decisión pudiera tener en la continuidad de su puesto, por lo cual no es cierto que se recibieran reportes del Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**.

Adicionalmente, el recurrente indicó que existe una trazabilidad de documentos y correos electrónicos que indican que actuó promoviendo acciones de verificación de posibles irregularidades que debían ser constatadas para ser reclamadas ante **ODEBRECHT**, lo cual es contrario a la supuesta *"pasividad, tolerancia, permisividad"* y no es una actitud de quien conociera de actos anticompetitivos, los tolerara o permitiera. Así, el anexo del correo electrónico del 30 de junio de 2015 demuestra que la conducta de **ODEBRECHT** nunca fue revelar lo que sucedía, sino tratar de dar un parte de tranquilidad y ocultaron ante su socio toda la realidad, lo que indica que en Colombia se desconocía la corrupción. Igualmente, anotaron que en septiembre de 2015 al interior de **CORFICOLOMBIANA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** estudiaron la posibilidad legal de disolver la asociación con **ODEBRECHT**.

En esa medida, señalaron que existe un contradicción esencial debido a que si supuestamente existía un acuerdo para realizar reembolsos de pagos ilícitos, una vez se descubrieron irregularidades, en vez de ocultarlas, se procedió a investigarlas involucrando diferentes estamentos y funcionarios de toda la organización, incluido **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. Así mismo, **ODEBRECHT** además de reconocer que movilizó dineros sin soporte, aceptó restituirlos. En ese sentido, el planteamiento de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no interpuso denuncia o acción alguna es *"tendencioso, e hipotético"* y desconoce las pruebas que indican que *"no era un aliado de Odebrecht"*.

Por otra parte, sostuvieron que un manejo irregular de la caja entre socios por hacer pagos no autorizados o sin sustento, no acredita que el **GRUPO AVAL**, **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** tuvieran conocimiento de la conducta delictiva que confesó **ODEBRECHT**. De ese modo, no es posible ubicar a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** como *"una entidad omnipresente"* en todas las áreas de la relación **ODEBRECHT**, **GRUPO AVAL**, **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL**, **CONCESIONARIA** y **CONSOL**, cuando la realidad demuestra que no es así.

Los diferentes reproches presentados por los recurrentes que, a partir de alegar una supuesta indebida valoración probatoria, se dirigen a cuestionar las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria relativas a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares ejecutada en la segunda fase del sistema anticompetitivo, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se pasan a exponer.

En primer lugar, es menester advertir que los recurrentes enfilaron diferentes argumentos en tratar de escindir el vínculo o conexión que existió entre **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** y, por ende, su participación en **CONSOL**, con el infructuoso esfuerzo de excusar su participación en el entramado ilegal y atribuir la responsabilidad de la dinámica ilegal únicamente a **ODEBRECHT**.

En ese sentido, llegaron al punto de señalar que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** ocuparon el cargo de Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

calidad de trabajadores en misión, por lo que no se encontraban subordinados a **EPISOL** en cuanto al cumplimiento de órdenes, respecto del modo en que debían ejecutar sus labores y que quien ejercía el poder de subordinación era la administración del consorcio, esto es, **ODEBRECHT**.

Sin embargo, contrario a lo afirmado por los recurrentes, este Despacho en la Resolución Sancionatoria encontró diferentes elementos de juicio para establecer que 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** (...) "<sup>201</sup>. 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 **CONSOL**<sup>202</sup>. 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**.

Igualmente, se logró determinar que 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.

Lo anterior deja sin ningún fundamento los argumentos de los recurrentes respecto a que los pagos en **CONSOL** podían ser efectuados por los funcionarios de **ODEBRECHT**, aunque no hubieren sido autorizados por el funcionario de **EPISOL** y que supuestamente se desconoció que **MAURICIO MILLÁN DREWS** aclaró espontáneamente en su declaración que los representantes de **ODEBRECHT** eran sus jefes en **CONSOL**.

Particularmente, en la Resolución Sancionatoria este Despacho logró determinar que una vez constituido **CONSOL**, en febrero de 2010<sup>203</sup> 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 2010<sup>204</sup>. 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:** Si<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> Ibidem.

<sup>202</sup> Ibidem.

<sup>203</sup> Folio 2253 del cuaderno reservado general No. 2 del Expediente. Declaración de **MAURICIO MILLÁN DREWS**. 9 de febrero de 2010.

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> Ibidem.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Esa condición del Gerente de Administración Contractual de **CONSOL**, fue corroborada por **VANESSA GARAY GUZMÁN**<sup>206</sup>, quien sostuvo que a **MAURICIO MILLÁN DREWS** como "funcionario en misión" se le designaron labores para ejecutar el Proyecto Ruta del Sol 2.

**"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 (...)"<sup>207</sup>.

A partir de la anterior declaración también fue posible determinar en el acto administrativo recurrido 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"<sup>208</sup> (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**<sup>209</sup>. 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 permitieron a este Despacho concluir que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** no solo estuvieron vinculados con **EPISOL**, sino también relacionados con **CORFICOLOMBIANA**. En esa medida, comoquiera que **CORFICOLOMBIANA** tenía varios vehículos de inversión como **EPISOL**<sup>210</sup>, quien ocupara el cargo de Gerente de Administración Contractual en **CONSOL** tenía una vinculación tanto con **EPISOL** como con **CORFICOLOMBIANA**.

Por otra parte, tampoco resultan de recibo los argumentos esgrimidos respecto que los apartes de declaraciones de varias personas que indican que **MAURICIO MILLÁN DREWS** le reportaba a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no demuestran de qué hablaban o que se debió demostrar que **CORFICOLOMBIANA** sabía que los denominados reembolsos y "pagos irregulares" eran sobornos o reembolsos.

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> Folio 14643 del cuaderno público No. 61 del Expediente. Declaración de **VANESSA GARAY GUZMAN**, 15 de octubre de 2019. Min. 48:36.

<sup>208</sup> 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.

<sup>209</sup> 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.

<sup>210</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Sobre el particular, es menester recordar que en la Resolución Sancionatoria se logró establecer que **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de **CORFICOLOMBIANA**), 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, sostuvo:

**DELEGATURA:** *Ya en la vida real, ¿MAURICIO MILLÁN, mantenía comunicación con JOSÉ ELÍAS MELO? ¿Le reportaba resultados?*

**GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO:** *Si, 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 nuestra<sup>211</sup>.*

Nótese que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, 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 ese sentido, **VANESSA GARAY GUZMÁN** (analista de inversiones de **CORFICOLOMBIANA**) corroboró que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, una vez se adjudicó el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, como "personal en misión dentro del consorcio constructor", le reportaba directamente al Presidente de **CORFICOLOMBIANA**.

<sup>211</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**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 es*<sup>212</sup>.

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"*<sup>213</sup>.

Igualmente, **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 señaló 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.* (...) <sup>214</sup>.

Las evidencias presentadas controvierten plenamente las alegaciones de los recurrentes respecto a que no existe prueba en el buzón de correo electrónico de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que demuestre la "continua y directa comunicación con Mauricio Millán" y que todas las comunicaciones entre CORFICOLOMBIANA y sus filiales está soportada en correos electrónicos entre los diferentes funcionarios.

Como puede evidenciarse, las pruebas presentadas en el acto administrativo recurrido, sin lugar a discusión, demuestran que existía una continua y directa comunicación a través de canales distintos al correo electrónico, tales como vía telefónica, en forma verbal y por contacto directo con una frecuencia periódica de "casi todas las semanas", tal y como lo corroboró la declaración de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO** (Vicepresidente de Inversiones de CORFICOLOMBIANA).

<sup>212</sup> Folio 3204 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Declaración de **VANESSA GARAY GUZMÁN**. Superintendencia de Industria y Comercio. 6 de febrero de 2017. Min. 38:00.

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En esa medida, en nada cambian las conclusiones de este Despacho el hecho de que exista "*prueba pericial*" que eventualmente demostrara la supuesta inexistencia de comunicación a través de correo electrónico con **MAURICIO MILLÁN DREWS** cuando, se insiste, se encuentra plenamente probado, a través de distintos medios de prueba, la existencia de continua y directa interacción a través de otros canales de comunicación. De tal modo, se rechazan los argumentos presentados por los recurrentes al respecto.

Como puede apreciarse, este Despacho en la Resolución Sancionatoria no solo logró determinar la existencia de una relación de subordinación entre los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL** y la presidencia de **CORFICOLOMBIANA**, sino que además, contrario a lo afirmado por los recurrentes, se logró establecer que los temas que se trataban estaban directamente relacionados con la "*inversión*", que para **CORFICOLOMBIANA** representaba el Proyecto Ruta del Sol 2.

No puede olvidarse que durante la primera fase del sistema anticompetitivo, **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.

A lo anterior se suma que precisamente 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 en conocimiento sus hallazgos respecto de pagos irregulares, 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, y descarta los argumentos de los recurrentes.

En ese orden de ideas, tampoco tiene vocación de prosperidad la afirmación según la cual **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** negó que le reportara a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y únicamente le consultó por la inquietud que su decisión pudiera tener en la continuidad de su cargo. Como puede observarse, a partir de las evidencias presentadas en la Resolución Sancionatoria, lejos de una inquietud sobre su futuro laboral, los reportes del Gerente de Administración Contractual de **CONSOL** a **CORFICOLOMBIANA** estaban relacionados con el seguimiento a su inversión en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, además, con las decisiones que debían adoptar respecto de los pagos irregulares que advirtió.

Debe reiterarse 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 declaración<sup>215</sup> 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.

En esa medida, se advierte que los recurrentes asumen como estrategia en esta sede de reposición alegar un supuesto error en la valoración probatoria, sin mayor fundamento, a efectos de tergiversar el alcance de determinadas pruebas y omitir convenientemente su valoración en conjunto con los demás medios persuasivos. En razón a lo anterior, no es admisible para este Despacho la censura de un supuesto error en cuanto a la valoración de la conducta frente a los reportes que hizo **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS**, debido a que supuestamente

<sup>215</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se desconoció el apoyo de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** a los mismos y su respaldo a la decisión de no autorizar los pagos.

Sobre el particular, no puede olvidarse que en la Resolución Sancionatoria se logró establecer que en "el primer semestre de 2010"<sup>216</sup> 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"<sup>217</sup> e incluso en 2014 cuando nuevamente se le advirtió sobre irregularidades en algunos pagos simplemente le indicó "que no volviera con esos temas"<sup>218</sup>.

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 y las conductas asumidas 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, y rechaza por completo los argumentos de los recurrentes.

Así mismo, los argumentos presentados por los recurrentes respecto a que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** nunca tuvo conocimiento de la oposición de **MAURICIO MILLÁN DREWS** a algún pago, ni que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo hubiese llamado a discutir esos temas, no tienen la virtualidad de cambiar las conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, en primer lugar, debido a que, pese a los hallazgos de irregularidades por parte de los Gerentes de Administración Contractual de **CONSOL**, y aun cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** advirtió las mismas, en todo caso, este Despacho logró determinar, a partir de la evidencia contable que reposa en el Expediente, que los cuestionados pagos se efectuaron, a través de **CONSOL** o la **CONCESIONARIA**, con recursos de todos sus integrantes y, en segundo lugar, en el acto administrativo recurrido existe evidencia a partir de la cual es posible establecer que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** entabló conversaciones con **ODEBRECHT** con posterioridad a que **MAURICIO MILLÁN DREWS** le informó sobre la existencia de pagos irregulares y, pese a ello, se autorizó realizar los respectivos giros.

*"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"<sup>219</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Por otra parte, **EPISOL** con el propósito de excusar su responsabilidad en el entramado ilegal sostuvo que **MAURICIO MILLÁN DREWS**, quien era su empleado en la época del pago del soborno, no tuvo ninguna participación, no se le imputó ningún cargo y la Resolución Sancionatoria planteó que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** lo habría convencido de que no había inconveniente en realizar

<sup>216</sup> 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.

<sup>217</sup> 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.

<sup>218</sup> 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.

<sup>219</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

los pagos a **DCS MANAGEMENT**. En el mismo sentido, alegó que **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ**, empleado de **EPISOL** y funcionario en misión en **CONSOL**, quien cuestionó los pagos irregulares, también supuestamente fue convencido por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** de realizarlos, pese a que existe plena prueba de su apoyo para negarse a realizar pagos injustificados.

Sobre el particular, es menester advertir a los recurrentes que la eventual ejecución de alguna tarea por interpuesta persona en la comisión de una conducta anticompetitiva no sirve de excusa a su determinador o a quien tiene dominio de la misma a efectos de eludir su intervención o nivel de participación en la misma. Por el contrario, ese tipo de particularidades denota el grado sofisticación propio de algunos sistemas anticompetitivos, como el reprochado en el acto administrativo recurrido, que diseñan su funcionamiento valiéndose convenientemente de su estructura empresarial con el ánimo de difuminar cualquier responsabilidad o atribuirla a terceros, al ser descubiertos.

En línea con lo anterior, también se rechazan los alegatos con que se pretende excusar la responsabilidad de **EPISOL** con fundamento en que a **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en ningún momento se les atribuyó responsabilidad, participación o conocimiento en los hechos o que no se les formuló ningún cargo en su contra.

En efecto, el hecho de que **MAURICIO MILLÁN DREWS** y **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** eventualmente hubieran sido instrumentalizados a efectos de realizar determinados pagos en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, desconocieran o desaprobaban el esquema diseñado y ejecutado o, por lo menos, no existan pruebas que los vinculen directamente con la comisión de la conducta, no constituye un argumento jurídicamente atendible para exonerar de responsabilidad a **EPISOL**, máxime cuando la valoración en conjunto de diferentes evidencias que respaldan en el Expediente corrobora su participación directa en el entramado ilegal.

Por otra parte, tampoco resulta de recibo el argumento según el cual las declaraciones de **MAURICIO MILLÁN DREWS** son absolutamente contradictorias, no fue claro ni consistente y que no tuvo precisión en relación con los pagos que le llamaron la atención. Al respecto, debe advertirse que los cuestionamientos a la referida declaración, no dejan de ser meras afirmaciones sin ningún tipo de fundamento, es decir, los recurrentes no dedicaron ningún esfuerzo en sus escritos de reposición en tratar de demostrar las supuestas contradicciones o inconsistencias alegadas.

Por el contrario, este Despacho considera que las diferentes declaraciones rendidas son plenamente consistentes tanto intrínseca como extrínsecamente con otros medios probatorios que respaldan en el Expediente, incluso guardan completa concordancia con las circunstancias de tiempo, modo y lugar contenidos en prueba documental<sup>220</sup> respecto de los mismos hechos relatados por **MAURICIO MILLÁN DREWS**. Mas aún, a partir de esas pruebas, se logró corroborar que, sin lugar a dudas, los pagos irregulares advertidos por **MAURICIO MILLÁN DREWS** fueron los realizados a **DCS MANAGEMENT**, recuérdese, que las diferentes pruebas que fueron presentadas en el acto administrativo recurrido evidencian que a través de dicha empresa se realizó la división de costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, por lo que los argumentos de los recurrentes sobre el particular resultan completamente infundados y, por tal razón, se rechazan por completo.

De otra parte, se presentaron una serie de argumentos comunes por los recurrentes dirigidos a esgrimir que en relación con los pagos a **DCS MANAGEMENT** no se probó que esos dineros terminaron en cuentas de **ODEBRECHT**, ni que constituyeran un reembolso. Así mismo, censuraron que no se explicó por qué razón **CORFICOLOMBIANA** iba a autorizar pagar cinco (5) veces lo que supuestamente correspondía al soborno, cuando según lo acordado eran dos millones quinientos mil dólares (USD 2.500.000).

Al respecto, es importante advertir que las diferentes pruebas que fueron presentadas en el acto administrativo recurrido evidencian que a través de **DCS MANAGEMENT** se realizó la división de costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

<sup>220</sup> Folio 15532 del cuaderno reservado general 25 del Expediente. Archivo: 2017-01-26 ESCRITO MILLÁN.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Además, no puede olvidarse que existieron más pagos que siguieron la misma lógica que caracterizó la dinámica, en particular, los relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM y CONSULTORES UNIDOS** sobre los cuales existen evidencias que permitieron atribuirles propósitos similares, en este caso, asociados con asegurar el éxito de una adición contractual en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol.

De manera que el hecho de que este Despacho encontrara pagos irregulares por montos superiores al supuestamente pactado por los cartelistas a efectos de reembolsar el pago del acuerdo anticompetitivo, lejos de excusar la responsabilidad de los recurrentes, es tan solo una muestra del verdadero alcance y magnitud que tuvieron las conductas reprochadas que, en todo caso, encuentra explicación razonable en la estrategia de compensación que también fue ejecutada durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

Por si fuera poco, aún en esta sede de reposición ninguno de los recurrentes logra presentar argumentos jurídicamente atendibles o prueba que permitan justificar los pagos irregulares reprochados en la Resolución Sancionatoria o establecer que los mismos tenían una finalidad distinta al posterior reembolso del pago del acuerdo con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Tampoco puede olvidarse que, tal y como se evidenció a través de múltiples pruebas en el acto administrativo recurrido, 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, contrario a lo afirmado en los escritos de reposición, este Despacho confirma que 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 los aspectos que echan de menos los recurrentes, lejos de excusar la responsabilidad de las empresas involucradas, corroboró 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"<sup>221</sup>.

Y es que aceptar los argumentos de los recurrentes en cuanto a la demostración absoluta de todos y cada uno de los detalles o aspectos ejecutados en virtud de un acuerdo ilegal, no solo es un anhelo imposible de alcanzar en cualquier tipo de proceso, sino que además olvida que las máximas de la experiencia enseñan que nunca o casi nunca ese tipo de acuerdos suele celebrarse por escrito y, menos aún, sus perpetradores suelen dejar rastros que los comprometan durante su ejecución. De modo que ese tipo de detalles, por ejemplo, si el reembolso ingresó contablemente a **ODEBRECHT**, resultan excesivos o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto que demuestran su cabal cumplimiento.

Precisamente, la jurisprudencia administrativa<sup>222</sup> ha ratificado que "(...) las reglas de la experiencia llevan a concluir que es normal que en esta clase de actuaciones se hable en clave y se intente eliminar cualquier rastro que pueda conllevar a la demostración de la cartelización." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En este punto es pertinente reiterar que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** señaló que esos pagos a **DCS MANAGEMENT** se realizaron a través del **BANCO DE BOGOTÁ** y fueron aprobados por

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**MAURICIO MILLÁN DREWS**<sup>223</sup>, 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?

**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 ODEBRECHT<sup>224</sup>.

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"<sup>225</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Por otra parte, existen evidencias que permitieron 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"<sup>226</sup>, pueden apreciarse registros de movimientos en la "cuenta de bancos" referida a la cuenta "BOGOTÁ CTA.CTE. 115023491".

De esta manera, fue 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**<sup>227</sup>. En ese documento se observa que la transferencia de divisas tiene como beneficiario a "DISEÑO SERVICIO Y CONSTRUC.

<sup>223</sup> Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente.

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> 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.

<sup>226</sup> Folio 15305 del cuaderno reservado general No. 25 del Expediente. Nombre del archivo: "12. Data Contable 2010 Movi Contable".

<sup>227</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**MANAGEMENT** —**DCS MANAGEMENT**— y el intermediario es Citibank, N.A. New York y, el banco beneficiario, es la Banca Privada de Andorra<sup>228</sup>.

A partir de lo anterior, en el acto administrativo recurrido, se logró 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 estuvo relacionada con el uso de la "Banca privada D'Andora 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.

A partir del análisis de las diferentes evidencias este Despacho confirma 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 realizó 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**".

Así las cosas, los argumentos presentados por los recurrentes se encuentran desestimados a partir de la valoración en conjunto de los diferentes elementos de prueba que reposan en el Expediente y, en consecuencia, se rechazan por completo.

Por otra parte, se presentaron distintas alegaciones en torno a las actuaciones que supuestamente ejercieron funcionarios de **EPISOL**, **CORFICOLOMBIANA** y **GRUPO AVAL** al cuestionar contratos y pagos irregulares. Aspecto que, a juicio de los recurrentes, se evidencia en las declaraciones de **ALBERTO MARIÑO SAMPER**, **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** y en los correos electrónicos del 7 y 9 de abril de 2015. En ese sentido, los recurrentes arguyeron que con el actuar de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** se identificó que era probable que funcionarios de **ODEBRECHT** estuvieran robando a **CONSOL** y, por consiguiente, a **EPISOL**.

También anotaron que existe prueba de que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** solicitó informes a **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** sobre los pagos realizados en la **CONCESIONARIA** y en **CONSOL**, en los que se informó que "el comportamiento de esto fue normal y sin novedad". Señalaron que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** ni **CORFICOLOMBIANA** fueron condescendientes ante la identificación de inconsistencias en los pagos y que se ignoró el documento "Ayuda de memoria" en que consta la postura de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y demuestra el desacuerdo con **ODEBRECHT**. Recordaron que **ODEBRECHT** presentó "un informe de auditoría" de **KPMG** y un "Informe de la Comisión Investigadora" a **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** en que argumentó que había actuado en forma transparente y que en dichos informes se pretendió justificar los pagos irregulares lo cual llevó a que se exigiera la restitución de las sumas que no tenían justificación.

En esa medida, sostuvieron que **ODEBRECHT** nunca aceptó las irregularidades, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** tenían acceso limitado a la información y como el proyecto no podía quedar en el "limbo" se logró el reintegro de la mayor cantidad posible de recursos y fortalecer el sistema de control de pagos. Así que después de conocer las prácticas corruptas de **ODEBRECHT**, es fácil cuestionar las variantes que pudo tener un acuerdo de transacción, pero en la época no existían investigaciones ni acusaciones de soborno.

<sup>228</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En línea con lo anterior, expusieron que si **EPISOL** y **CORFICOLOMBIANA** conocían de los mecanismos de "sobornos" y "reembolsos" y los hubiesen aprobado, no habrían tenido argumentos para reclamar a su socio mayoritario, y este no hubiese aceptado restituir los recursos.

Sobre el particular, en primer lugar, es menester señalar que cualquier alegato planteado respecto al "acuerdo de transacción" es completamente impertinente, en razón a que en la Resolución No. 82510 de 2020 no se realizó ningún tipo de reproche sobre ese asunto en particular. De manera que exponer argumentos de defensa en esta sede de reposición sobre asuntos que no fueron censurados ni menos aún representan el fundamento de responsabilidad, tan solo denota un intento por abrir un debate absolutamente inútil y un desconocimiento del acto administrativo recurrido.

En segundo lugar, este Despacho advierte que los recurrentes en sus argumentos asumen como estrategia tratar de evidenciar que por parte de **CORFICOLOMBIANA**, **EPISOL** o **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** existieron determinados comportamientos o muestras de debida diligencia en la identificación de posibles irregularidades durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con la finalidad de sostener que fueron engañados por **ODEBRECHT** o que estuvieron en desacuerdo con sus actuaciones.

La posición asumida por los recurrentes es absolutamente contradictoria con otros argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** en que expone su amplia trayectoria y estándares éticos, y además resulta inverosímil de cara al material probatorio presentado en la Resolución Sancionatoria que una empresa durante tantos años simplemente resulte engañada por parte de uno de sus socios en el giro ordinario de sus negocios. Así, los aparentes comportamientos o muestras de debida diligencia, aun cuando tuvieran esa intención, resultan refutados por las diferentes actuaciones de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLOMBIANA** para la época de los hechos, lo que corrobora la activa participación de los recurrentes en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó través de la instrumentalización de diferentes contratos.

En efecto, tal y como se logró establecer en el acto administrativo recurrido, 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, se estableció 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. Sobre el particular, **JORGE ENRIQUE PIZANO CALLEJAS** 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, sí, 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 temble, 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"<sup>229</sup>.*

<sup>229</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Ese comportamiento de quien era el presidente de **CORFICOLMBIANA** 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, máxime cuando en "el primer semestre de 2010"<sup>230</sup> 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"<sup>231</sup> e incluso en 2014 cuando nuevamente le advirtió sobre irregularidades en algunos pagos simplemente le indicó "que no volviera con esos temas"<sup>232</sup>. 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 **CORFICOLMBIANA** 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.

**"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"**<sup>233</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En esa medida, contrario a lo afirmado por los recurrentes, 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 **CORFICOLMBIANA** 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"**<sup>234</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, los argumentos esgrimidos por los recurrentes convenientemente desconocen que en diferentes ocasiones y por parte de diferentes personas, no solo pertenecientes a **CONSOL** sino también a la **CONCESIONARIA**, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, Presidente de **CORFICOLMBIANA** para la época de los hechos, tuvo pleno conocimiento de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares ejecutada durante la segunda fase del sistema anticompetitivo, por lo que sus argumentos resultan completamente infundados.

<sup>230</sup> 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.

<sup>231</sup> 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.

<sup>232</sup> 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.

<sup>233</sup> 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](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/dir_supersoc/Documents/circular_externa_100-006_de_2008.pdf).

<sup>234</sup> *Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea*. Caso C-204/00. Sentencia Tribunal de Justicia Europeo. 7 de enero de 2004.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, los recurrentes sostuvieron que no hay prueba que permita de manera razonable condenar a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en los hechos investigados y, en caso de que hubiese cometido un delito, tal conducta sería un "*comportamiento impropio*" del que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente ajenos. Por lo que su conducta es muy diferente a la de **ODEBRECHT** debido a que en su organización no tiene una "*cultura mafiosa*" o "*ilegal*" tendiente a infringir cualquier tipo de norma.

Sobre el anterior argumento es menester señalar que previamente se presentaron diferentes pruebas que permiten evidenciar la responsabilidad de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en las conductas anticompetitivas reprochadas. Así mismo, resulta particularmente llamativo que los recurrentes, aun cuando existe en sede penal una condena en firme<sup>235</sup> contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** por las conductas punibles de interés indebido en la celebración de contratos y cohecho, insistan en sostener que tales conductas son simplemente un "*comportamiento impropio*".

En todo caso, lo cierto es que en sede administrativa al determinar la infracción de la normas que protegen la libre competencia económica existen diferentes pruebas que permiten corroborar que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, los comportamientos atribuidos a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no son ajenos y se encuentran completamente vinculados con **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**.

Precisamente, la jurisprudencia administrativa considera que si bien una empresa constituye una ficción jurídica, materialmente actúa por intermedio de las personas naturales que en ella laboran, toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

"(...) 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."<sup>236</sup> (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Obsérvese, que, la propia jurisprudencia citada rebate por completo la postura de los recurrentes debido a que aquellos sujetos con poder de decisión que participan en conductas anticompetitivas no pueden desligarse de la actividad ilícita de la empresa, máxime cuando en la Resolución Sancionatoria se presentaron diferentes pruebas que permiten corroborar la participación directa de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en la ejecución del sistema que restringió la libre competencia económica.

En ese sentido, debe indicarse que el argumento según el cual los recurrentes sostienen que la "*conducta delictiva*" de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no fue generada por un riesgo creado por **CORFICOLOMBIANA** sino por la estructura organizacional de **ODEBRECHT**, resulta impertinente en esta sede en que no se discute la comisión de conductas punibles sino anticompetitivas. De manera que el hecho de que **ODEBRECHT** sea el principal promotor de una "*conducta delictiva*" no desliga ni desvirtúa la intervención y diferentes actuaciones de **CORFICOLOMBIANA** en la conducta anticompetitiva reprochada.

Por otra parte, los recurrentes señalaron que se reconoció que los controles que tenía **CORFICOLOMBIANA** impidieron que el pago del soborno se hiciera a través de esa sociedad. En ese sentido, los sistemas de control interno (SCI) pueden "*fallar legítimamente*" pues no está

<sup>235</sup> Noticia del 6 de octubre de 2020: "*Tribunal de Bogotá confirmó la condena contra José Elías Melo por caso Odebrecht*". Disponible en: <https://www.elespectador.com/judicial/tribunal-de-bogota-confirio-la-condena-contra-jose-elias-melo-por-caso-odebrecht-article/>

<sup>236</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

construido por "ángeles" para que sean completamente infalibles. Añadieron que la estructura organizativa de **CORFICOLOMBIANA** no favorecía ni con incentivos ni con falta de controles los pagos de sobornos.

Al respecto, es menester señalar que figuras como los sistemas de control interno, creación de normas de conducta o cualquier mecanismo de verificación adoptado al interior de las empresas, si bien tienen como propósito procurar que todas sus actividades se realicen de un modo correcto, dependiendo de su adecuado diseño o rigor en su implementación, siempre tendrán el riesgo<sup>237</sup> de que se usen esas herramientas en forma perversa con el propósito de perpetrar conductas anticompetitivas con un aparente manto de conformidad normativa.

En esa medida, en la Resolución Sancionatoria se logró determinar que el funcionamiento del contrato **EPC** (*Engineering Procurement and Construction*) y la constitución de **CONSOL**, constituyeron una pieza clave en la celebración de contratos sin soportes o debida justificación para realizar reembolsos y pagos irregulares, y que dada la sistematicidad de la conducta desplegada, representaron la herramienta más idónea para que **CORFICOLOMBIANA** lograra sortear la "dificultad" que le representaba el "tema de compliance del GRUPO AVAL"<sup>238</sup> para concretar su participación en el sistema anticompetitivo y realizar su aporte económico para el pago a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Debe reiterarse que en el acto administrativo recurrido se encontró probado que **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**, lo que se materializó en la segunda fase del sistema anticompetitivo a través de la dinámica de desembolsos y encubrimiento de pagos ilícitos.

En consecuencia, **ODEBRECHT** inicialmente se encargó 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 encontró 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?"*

**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. Él 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**

<sup>237</sup> Coglianesse, Cary, Thomas J. Healey, Elizabeth K. Keating, and Michael L. Michael, "The Role of Government in Corporate Governance" Regulatory Policy Program Report RPP-08 (2004), Cambridge, MA: Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Disponible en: <https://www.innovations.harvard.edu/sites/default/files/2610009.pdf>

<sup>238</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**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 **GABRIEL**<sup>239</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

A partir de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria este Despacho encontró 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 en la continuidad que contemplada para el sistema anticompetitivo, que se perpetuó 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".

Así las cosas, los argumentos esgrimidos por los recurrentes con el propósito de eximirse de responsabilidad con el pretexto de que su estructura organizativa no favorecía ni con incentivos ni con falta de controles los pagos de sobornos no resultan de recibo y se rechazan por completo. Se insiste, la existencia de sistemas de control interno, normas de conducta o cualquier mecanismo de verificación adoptado al interior de las empresas, no descarta necesariamente la comisión de conductas anticompetitivas, máxime cuando en este caso existen múltiples evidencias que demuestran la intervención directa de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en el sistema anticompetitivo.

Finalmente, es menester señalar que las alegaciones dirigidas a evidenciar que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no tenía antecedentes penales o disciplinarios que hiciesen dudar a **CORFICOLOMBIANA** de su comportamiento y que, por el contrario, tenía una hoja de vida intachable y su designación como representante legal fue aceptada por la Superintendencia Financiera de Colombia, no puede ser un argumento jurídicamente atendible o que tenga la virtualidad de revocar los fundamentos de responsabilidad por los cuales se reprochó su conducta. Ese tipo de antecedentes es tan impertinente que tampoco es considerado como un criterio a efectos de graduar la sanción ni como una circunstancia de atenuación de la misma.

Así las cosas, este Despacho debe advertir que los diferentes argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en sus escritos de reposición sobre la supuesta indebida valoración probatoria giran únicamente en tratar de demostrar infructuosamente que supuestamente fueron engañados por **ODEBRECHT**, lo cual se encuentra plenamente rebatido a partir de las razones expuestas previamente y por la contundencia del material probatorio que fue analizado en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, ninguno de los recurrentes en esta sede de reposición ha logrado controvertir 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.

Menos aún que 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 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 esa medida, este Despacho confirma cada una de la conclusiones expuestas en la Resolución Sancionatoria respecto a que con el principal objetivo de realizar la división de los costos del pago derivado del acuerdo anticompetitivo, **ODEBRECHT**, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** idearon una

<sup>239</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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"<sup>240</sup>.

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**.

Particularmente, en el acto administrativo recurrido se presentaron diferentes evidencias que valoradas en conjunto permitieron 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.

Por otra parte, en forma común **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** señalaron que los pagos a contratistas relacionados en la Resolución Sancionatoria se hicieron a través del patrimonio autónomo, de acuerdo con el procedimiento establecido en el "Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración de Recursos" suscrito el 5 de mayo de 2010 entre la **CONCESIONARIA** y **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** y que la **CONCESIONARIA** era quien instruía al patrimonio autónomo para efectuar los giros correspondientes, por lo que ni **CORFICOLOMBIANA** ni **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.** los autorizaban.

En ese sentido, sostuvieron que para proceder con cualquier orden de giro, de acuerdo con las instrucciones de la **CONCESIONARIA**, la **FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A.**, administradora del "FIDEICOMISO RUTA DEL SOL SECTOR II", debía seguir un procedimiento que estuvo vigente hasta el 22 de febrero de 2017, que incluía: (i) una orden de giro; (ii) visado de firmas; (iii) confirmación telefónica y (iv) verificación de listas cautelares. A su vez, sostuvieron que en relación con la cuenta de **CONSOL** en el **BANCO DE BOGOTÁ**, desde la cual se hizo uno de los pagos al contratista **CONSORCIO TORROSA**, se hacían con la firma de un número de personas que implicaba que no se requiriera a ningún funcionario de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**.

En consecuencia, resaltaron que debido a que para efectuar pagos no se requería la aprobación de **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL**, pese a la negativa de **JAVIER GERMÁN MEJÍA MUÑOZ** en aprobarlos, estos finalmente se efectuaron por funcionarios de **ODEBRECHT** en **CONSOL** de manera autónoma, en incumplimiento del acuerdo consorcial.

En este punto es importante advertir que los anteriores argumentos expuestos por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** estuvieron fundamentados con diferentes pruebas documentales, algunas de ellas, especialmente dirigidas a demostrar el procedimiento que se seguía para realizar giros o pagos desde las cuentas del patrimonio autónomo del Proyecto Ruta del Sol 2 y, en particular, las firmas que se requerían para realizar giros y verificaciones. Dichas pruebas fueron decretadas como prueba en el presente trámite administrativo mediante la Resolución No. 7145 del 18 de febrero de 2021.

Así las cosas, este Despacho encuentra que los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, aun cuando se encuentren fundamentados en pruebas documentales, no tienen la virtualidad de cambiar las conclusiones vertidas en la Resolución Sancionatoria respecto de su activa participación en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo.

<sup>240</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, no puede olvidarse que en la Resolución Sancionatoria se encontró plenamente probado que durante la primera fase del sistema restrictivo de la competencia, **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 segundo lugar, es importante reiterar que en "el primer semestre de 2010"<sup>241</sup> cuando **MAURICIO MILLÁN DREWS** informó 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"<sup>242</sup> e incluso en 2014 cuando nuevamente le advirtió sobre irregularidades en algunos pagos simplemente le indicó "que no volviera con esos temas"<sup>243</sup>. Sobre el particular, este Despacho no encontró ninguna razón que justificara 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 las irregularidades advertidas 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.

En similar sentido, diferentes pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria permitieron corroborar que en 2015, una vez más, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** representante de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, tuvo el pleno conocimiento de en la dinámica de reembolsos y pagos irregulares que estaba siendo ejecutada "en la concesión de la carretera en **CONSOL**"<sup>244</sup>. 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.

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, diferentes pruebas permitieron establecer que en todo caso los cuestionados pagos fueron efectuados, lo que deja sin ningún mérito de prosperidad los argumentos presentados por recurrentes respecto a que supuestamente **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** apoyó la decisión de no aprobar pagos irregulares.

En efecto, este Despacho encontró diferentes evidencias contables que permitieron apreciar que a través de **CONSOL** y/o el patrimonio autónomo<sup>245</sup> de la **CONCESIONARIA** se causaron gastos y

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> 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.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

realizaron pagos en favor del **CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA, INVERSIONES TORROSA y PRESOAM**.

Obsérvese, que los anteriores hallazgos, que son tan solo una muestra de la responsabilidad administrativa de **CORFICOLOMBIANA y EPISOL**, durante la ejecución del sistema anticompetitivo durante su primera y segunda fase, no logran ser desvirtuados por las probanzas que se aportaron en sede de reposición.

A lo anterior se suma el hecho de que en el acto administrativo recurrido se logró establecer que 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, con independencia del procedimiento que se seguía para realizar giros o pagos desde las cuentas del patrimonio autónomo del Proyecto Ruta del Sol 2 o las firmas que se requerían para realizar giros y verificaciones, ese hecho no desvirtúa que 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, se insiste, "todos los actos que generen gastos" a través del Gerente de Administración Contractual.

Por las razones expuestas, para este Despacho no son de recibo los argumentos presentados por **CORFICOLOMBIANA y EPISOL** con que pretenden excusar su participación en la dinámica de reembolsos y pagos, alegando que supuestamente la misma fue ejecutada de manera autónoma por **ODEBRECHT** en **CONSOL**, en incumplimiento del acuerdo consorcial.

Finalmente, este Despacho rechaza los argumentos presentados por la **CONCESIONARIA** en esta sede, debido a que quedó probada su responsabilidad 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"<sup>246</sup>; 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"<sup>247</sup>.

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"<sup>248</sup> 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.

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 (...)"

<sup>246</sup> Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K".pdf.

<sup>247</sup> 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.

<sup>248</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

También se probó que la **CONCESIONARIA** celebró los contratos **EPC** con **CONSOL**<sup>249</sup>, 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, en el acto administrativo recurrido 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 contrato con **PRESOAM** fue cedido<sup>250</sup> 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**.

A partir de las razones expuestas y los distintos elementos de prueba que se expusieron en la Resolución Sancionatoria, este Despacho no encuentra ningún argumento por parte de los recurrentes que tenga la virtualidad de modificar las conclusiones relativas a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, ni mucho menos los fundamentos que determinaron la declaratoria de su responsabilidad administrativa por infringir el régimen de competencia económica.

#### 5.3.2.2. Sobre los argumentos relacionados con la estrategia de compensación a través de una adición contractual

Algunos recurrentes presentaron diferentes argumentos dirigidos a cuestionar las conclusiones que se presentaron en la Resolución Sancionatoria con ocasión de la estrategia de compensación advertida durante la ejecución de la segunda fase del sistema anticompetitivo a partir de alegar una indebida valoración probatoria en determinados aspectos. En esa medida, resaltaron que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** no tenían conocimiento de que el pago a **PRESOAM** constituyó un soborno para agilizar el otrosí del tramo Ocaña – Gamarra y que se desconoció el debido proceso y la presunción de inocencia al afirmar que por tratarse de pagos realizados "por montos significativamente altos y, además, sin los soportes necesarios para dar cuenta de su adecuada y comprensible justificación", deben tener el mismo propósito de aquellos considerados sobornos.

De otra parte, señalaron que se transcribieron apartes de sentencias proferidas contra **BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL** para afirmar que los pagos que se hicieron al **CONSORCIO SION** eran para agilizar el otrosí relacionado con Ocaña – Gamarra. También alegaron que respecto al acuerdo que celebró **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en las declaraciones de ambos partícipes no hay mención a la adición de Ocaña – Gamarra, los testigos directos del caso no ubican ese supuesto como parte del acuerdo. En ese sentido, señalaron que era requisito *sine qua non* que el funcionario sobornado tuviera un grado de participación en la gestación y aprobación de la adición, de lo contrario, el acuerdo no cumpliría los objetivos de asegurar la adjudicación de la licitación y repetir más adelante la adjudicación de la adición.

Adicionalmente, indicaron que el "testigo estrella" **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** dejó de ser funcionario público a los pocos meses de la adjudicación y que en el momento en que se gestó y aprobó la adición, no tenía ni ejercía papel alguno frente a la misma. A juicio de los recurrentes, sostener efectos anticompetitivos derivados de la adición Ocaña – Gamarra es contrario a decisiones judiciales que analizaron su génesis, debido a que la "adición no nació por iniciativa privada, sino fue propuesta por la ANI", es decir, se gestó con ocasión de una decisión estatal del **DNP**, aprobada en un **CONPES**.

Sobre el particular, anotaron que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia contra **PLINIO OLANO BECERRA** corresponde a un elemento probatorio que no fue posible alegar respecto de

<sup>249</sup> 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".

<sup>250</sup> Folio 15645 del cuaderno reservado general No. 26 del Expediente. Carpeta: "CONCESIONARIA", Carpeta: "DATOS", Carpeta: "Concesionaria 2016", Archivo "Contrato Presoam".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los cargos iniciales y demuestra que la adición Ocaña – Gamarra nunca se gestó dentro del marco de una situación de carácter anticompetitivo. En ese orden de ideas, manifestaron que se invirtió la carga de la prueba y desconoció la presunción de inocencia al sostener que todo pago que se haya realizado sin soporte, se entiende que su propósito era o reembolsar el pago del soborno o sobornar a alguien para alterar los resultados de una licitación o para que agilizara el trámite de un otrosí.

Los anteriores argumentos no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es importante anunciar que los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia respecto a los hechos reprochados sobre la estrategia de compensación a través de una adición contractual serán abordados exhaustivamente en acápite posterior del presente acto administrativo y, desde ahora, se advierte que los mismos guardan completa correspondencia con la imputación fáctica y jurídica efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación, por lo que las censuras sobre ese aspecto serán rechazadas por completo.

De tal modo, en este acápite este Despacho centrará su atención en resolver los argumentos exclusivamente dirigidos a alegar una supuesta indebida valoración probatoria en lo relativo a la estrategia de compensación advertida durante la ejecución de la segunda fase del sistema anticompetitivo.

En segundo lugar, es menester aclarar que en la Resolución Sancionatoria se identificaron más pagos que siguieron la misma lógica que caracterizó la dinámica de reembolsos y pagos irregulares —instrumentación de contratos ficticios— en particular, los relacionados con el **CONSORCIO SION, PROFESIONALES DE BOLSA, PRESOAM y CONSULTORES UNIDOS** sobre los cuales se encontraron evidencias que permitieron 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, dichos pagos también fueron realizados por montos significativamente altos y, además, sin los soportes necesarios para dar cuenta de su adecuada y comprensible justificación, aspecto que los recurrentes incluso en esta sede no logran desvirtuar.

En efecto, la valoración en conjunto de diferentes pruebas concernientes a la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, especialmente aspectos relacionados con los contratos referidos, 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"*<sup>251</sup>, permitieron a este Despacho establecer que un objetivo adicional desplegado y materializado 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, 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.

En tercer lugar, no puede olvidarse que en el acto administrativo recurrido se encontraron elementos de juicio que evidenciaron que incluso el verdadero propósito o finalidad del acuerdo anticompetitivo no se limitaría únicamente a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que diferentes pruebas permitieron 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"* en la estrategia ilegal. Al respecto, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** indicó que:

<sup>251</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

"(...) 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 (...)"<sup>252</sup>.

En esa medida, contrario a lo afirmado por los recurrentes, lo anterior es tan solo una muestra que corrobora que el sistema anticompetitivo no solo fue concebido para tener vocación de permanencia durante la ejecución del contrato de concesión, sino que también **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le anunció a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que consideraba las "adiciones" contractuales como un tema fundamental en su estrategia ilegal.

Tampoco resulta de recibo para este Despacho el argumento de los recurrentes según el cual era requisito *sine qua non* que el funcionario sobornado tuviera un grado de participación en la gestación y aprobación de la adición a efectos de sancionar la estrategia reprochada.

La primera razón para rechazar el anterior planteamiento radica en que un sistema anticompetitivo como el reprochado es una conducta de carácter continuado y, en general, son esquemas complejos que no necesariamente se agotan en un solo momento sino que se prolongan en el tiempo<sup>253</sup>. En el presente caso, su funcionamiento incluyó la celebración de un acuerdo anticompetitivo y de diferentes dinámicas y estrategias que se ejecutaron de manera concomitante y prolongada materializándose antes, durante y con posterioridad a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, máxime cuando la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** no se agotó con la adjudicación sino que se prolongó con posterioridad, incluso participó en reuniones a "mediados del 2016" en que se pretendió replicar la estrategia de instrumentalización de contratos con el propósito de camuflar el pago de la retribución económica derivada del acuerdo anticompetitivo con el propósito de mantenerlo en la absoluta clandestinidad.

La segunda razón consiste en que los recurrentes realizan una lectura convenientemente equivocada respecto a la estrategia de compensación reprochada. En efecto, las censuras realizadas no consistieron en que un funcionario público tuviera injerencia o un grado de participación en la gestación y aprobación de la adición o, por lo menos, ese aspecto no se logró determinar, puesto que el reproche realizado consistió en la estrategia implementada con la finalidad de asegurar el éxito de la adición en cuestión, lo que tuvo lugar con posterioridad a la gestación y aprobación de la modificación contractual.

En efecto, en el marco de un sistema anticompetitivo, esta Superintendencia reprochó una dinámica ilegal de suscribir contratos que carecían de soportes para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con el propósito 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"<sup>254</sup>, tal y como fue objeto de imputación<sup>255</sup>.

En esa medida, en la Resolución No. 82510 de 2020 se sostuvo que para asegurar el éxito de la referida adición se concretaron y materialización unos compromisos entre **OTTO NICOLÁS BULA BULA** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** consistentes en "influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara" a través de la inclusión de "algunas

<sup>252</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2" Min. 19:09.

<sup>253</sup> 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](http://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.

<sup>254</sup> 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".

<sup>255</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*cláusulas específicas", las cuales "serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto".*

Así las cosas, contrario a lo sostenido por los recurrentes, resulta impertinente demostrar el hecho de que la adición contractual "*no nació por iniciativa privada, sino fue propuesta por la ANI*". Mas aún, si lo que se pretende es demostrar que la adición contractual fue propuesta por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** y no por iniciativa privada, lo cierto es que en el Expediente reposan diferentes documentos contractuales que permiten apreciar los antecedentes al respecto, razón por la cual pretender demostrar ese hecho con una providencia judicial, en cualquier caso, además de impertinente, no cambia las conclusiones de este Despacho en el acto administrativo recurrido toda vez que, se insiste, el reproche no estuvo fundamentado en la gestación y aprobación de la adición, sino en posteriormente asegurar su éxito.

En esa medida, no tiene ninguna vocación de prosperidad el argumento de los recurrentes respecto a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** dejó de ser funcionario público a los pocos meses de la adjudicación y que en el momento en que se gestó y aprobó la adición, no tenía ni ejercía papel alguno frente a la misma, máxime cuando en el presente caso no se reprocharon conductas fragmentadas o aisladas sino un sistema anticompetitivo, se insiste, compuesto no solo por un acuerdo ilegal sino también por diferentes dinámicas y estrategias, algunas ejecutadas de manera concomitante y prolongadas en el tiempo.

Adicionalmente, recuérdese que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del **PBC**, también 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 otrosies*"<sup>256</sup>.

En ese orden de ideas, en la Resolución Sancionatoria se logró determinar 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 presión competitiva a la que se vieron sometidos en el proceso de licitación, pues lo querían compensar a través de modificaciones contractuales. (...)"<sup>257</sup>.*

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

<sup>256</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 7:19.

<sup>257</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 08:12.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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**.

Por otra parte, este Despacho encontró 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, permitió 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"<sup>258</sup>, finalmente participó con una "propuesta intermedia"<sup>259</sup>, 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 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*<sup>260</sup>.

Lo anterior adquiere mayor relevancia debido a que, tal y como se evidenció en el acápite **12.6.3.7. Otras estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo** del acto administrativo recurrido, **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 también presentó evidencias 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"<sup>261</sup>, e incluso antes de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

<sup>258</sup> Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

<sup>261</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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).

**Imagen No. 12. 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 4:36:46 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 Sarmiento <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!**  
 Abrazo

**De:** IVAN PINTO <ipinto@odebrecht.com>  
**Para:** Luiz Bueno  
**CC:** Marko Harasic; Amilton Hideaki Sendai; Manuel Ricardo Cabral Ximenes; Yesid Arocha; Carolina Sarmiento; 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 Sarmiento  
**Asunto:** Re: Plazo firma del Contrato de Concesión

Agradecido Ivan  
 MH, como están las cosas?  
 Abrazos

**Fuente:** Documento contenido en el Expediente<sup>262</sup> (Recuadro rojo no original).

Como puede apreciarse, en la anterior comunicación se evidenció 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*"<sup>263</sup> que no contempló "*el máximo del precio autorizado en el proyecto*"<sup>264</sup>.

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*"<sup>265</sup>.

<sup>262</sup> Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

<sup>263</sup> *Ibidem*.

<sup>264</sup> Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

<sup>265</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 33:17.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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, conclusiones que los recurrentes no logran desvirtuar en su argumentación.

Finalmente, este Despacho no comparte la posición de los recurrentes respecto a que se emplearon providencias judiciales, que corresponde a un elemento probatorio que no fue posible alegar respecto de los cargos iniciales. Al respecto, debe manifestarse que las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia que fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria no representaron ningún "*elemento probatorio*" y simplemente corroboraron las conclusiones que se derivaron de los diferentes medios de prueba que responsaban en el Expediente y que estuvieron a disposición de los investigados durante toda la actuación administrativa.

Precisamente, basta con señalar lo que se expuso en el acto administrativo recurrido sobre el particular.

*"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".*

*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**." (Subrayas fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, las providencias judiciales del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia únicamente fueron empleadas a efectos de corroborar los diferentes hallazgos que este Despacho encontró previamente a partir del análisis en conjunto de las evidencias que reposaban en el Expediente, por lo que, con o sin las referencias a las sentencias, las conclusiones del acto administrativo recurrido sobre el particular continuarían siendo exactamente iguales. De tal modo, los argumentos de los recurrentes se rechazan por improcedentes.

### **5.3.2.3. Sobre los argumentos relacionados con la estrategia implementada para ocultar las conductas desplegadas y asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo**

Algunos recurrentes presentaron argumentos sobre una supuesta indebida valoración probatoria dirigida a cuestionar las conclusiones que se presentaron en la Resolución Sancionatoria con ocasión de la estrategia implementada para ocultar las conductas desplegadas y asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo. En ese sentido, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** señalaron que a mediados de 2016 las labores de funcionarios y exempleados de **ODEBRECHT** que colaboraban con las autoridades no eran ocultar, sino recaudar elementos de prueba de las denuncias que se presentarían, que fueran verdaderas y estuvieran respaldadas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, sostuvieron que lo sucedido en 2016 no tiene relevancia en el mercado y careció de causalidad con cualquier evento restrictivo de la competencia, por lo que se incurrió en falsa motivación debido a que los fundamentos fácticos son inexistentes y alejados de la realidad e "*interpretados convenientemente*" para imponer sanciones sin fundamento.

Por su parte, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** señaló que estuvo vinculado y ejerció actividades en Colombia hasta el 31 de diciembre de 2012 y en 2016 no ejecutó acciones para "*legalizar*" pagos o pretender ocultar algún ilícito cometido siete (7) años atrás. Sostuvo que su misión en el viaje a mediados de 2016 era enterarse de cómo y dónde se hicieron los giros a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** debido a que las autorizaciones e instrucciones habían sido de "*manera informal, fragmentada, inclusive verbalmente*". Alegó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** incurrió en una inexactitud al mencionar que **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** estuvieron presentes en la reunión de 2016 y que también se invitó a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

Igualmente, sostuvo que no le resultaba útil "*legalizar*" pagos realizados seis (6) años atrás y cuyas particularidades desconocía debido al riesgo que corría y carecía de sentido que *ad portas* de celebrar un acuerdo de colaboración, aparecieran documentos contradictorios y carentes de respaldo. Por último, concluyó que transgredió el régimen de competencia únicamente entre 2009-2010 con su acuerdo ilegal con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y no volvió a tener incidencia en operaciones de pagos o contratos con Colombia. Además, no tuvo incidencia sobre pagos sospechosos en 2013 y en adelante, pues su trabajo concluyó en diciembre de 2012.

Por otra parte, **LUIZ ANTONIO MAMERI** señaló que sus actuaciones se restringieron a 2010 y 2013 y, por tanto, caducó la facultad sancionatoria. La actuación de 2016, no tiene connotación anticompetitiva, ni relevancia jurídica. Además, indicó que tuvo incidencia en los pagos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en 2009 y a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** en 2013, al impartir autorización a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** para realizarlos. Agregó que ni en 2009 ni 2013 conoció detalles sobre los beneficiarios de los pagos, cómo se harían, la modalidad e ignoró todas esas particularidades, pues no le concernían.

Igualmente, sostuvo que para 2016, su comprensión sobre operaciones de pagos, fue consecuencia de su labor como colaborador con autoridades de Estados Unidos, Brasil, Suiza y Colombia y solo hasta ese año tuvo conocimiento de si los pagos que autorizó se habían realizado; así como de detalles de operaciones durante años previos, descubriendo cómo y a través de qué vehículos se realizaron.

También alegó que transgredió el régimen de competencia en el mercado colombiano únicamente en 2010 y 2013 con autorizaciones de pagos y no volvió a tener incidencia en hechos relacionados con Colombia. Señaló que no omitió ningún deber, ni toleró algún comportamiento contrario a la competencia. Además, indicó que no conocía qué manejos se dieron en el país o en el "*Departamento de Operaciones Estructuradas*" a los pagos que autorizó y no tenía intervención en la coordinación de los mismos o sus reembolsos. Por último, manifestó que en 2016 tenía un deber legal y judicial en Brasil con estricta reserva y confidencialidad que le impedía denunciar en Colombia.

De otra parte, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** señaló que no participó ni estuvo involucrado en la reunión de "*mediados del 2016*" en las oficinas de **ODEBRECHT**. Así mismo, indicó que no existe prueba o referencia de que hubiera participado en la misma, emitido indicación o sugerencia, ni contratos o la manera como debían comportarse en algún momento, tampoco en la reunión en Cartagena, a la cual no asistió, ni conoció.

Los anteriores argumentos no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe advertirse que la estrategia común de los recurrentes simplemente se limita, sin mayor fundamento, a indicar una supuesta indebida valoración probatoria con el propósito de



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

desconocer los hechos reprochados en la Resolución Sancionatoria, sin realizar ningún tipo de esfuerzo argumentativo o probatorio para controvertir realmente las pruebas que los acreditan y, en ese escenario, alegar convenientemente que operó la caducidad de la facultad sancionatoria.

En segundo lugar, es menester señalar que contrario a lo afirmado por los recurrentes a partir del análisis en conjunto de diferentes evidencias que reposan en el Expediente, y los hallazgos de las diferentes dinámicas y estrategias ilegales ejecutadas en el marco del sistema anticompetitivo, en especial, la instrumentalización de contratos, en la Resolución Sancionatoria se encontró 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 permitieron 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.

Con ese propósito, contrario a lo afirmado por los recurrentes, **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 brasilero, 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." <sup>266</sup>*

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 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." <sup>267</sup>*

<sup>266</sup> 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.

<sup>267</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Recuérdese que dichos pagos se realizaron a través de **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR** y fueron "girados por la oficina de estructuraciones"<sup>268</sup> 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).

Para este Despacho es completamente inverosímil que se pretenda afirmar que la reunión de mediados de 2016 tuviera por finalidad recaudar elementos de prueba de las denuncias que se presentarían, máxime cuando el Acuerdo de Culpabilidad (*Plea Agreement*), celebrado con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, se suscribió muchos meses después, esto es, el 21 de diciembre de 2016, por lo que no es cierto lo afirmado por los recurrentes de que se estuviera *ad portas* de celebrar un acuerdo de colaboración o, por lo menos, no existe evidencia de alguna negociación al respecto.

Por si lo anterior fuera poco, a partir de la evidencia analizada en el acto administrativo recurrido también fue 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"<sup>269</sup>.

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"<sup>270</sup> 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"<sup>271</sup>, 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".

Nótese que, las afirmaciones de los recurrentes respecto al que sería el supuesto objeto de la reunión, además de no tener ningún soporte probatorio, se encuentran completamente refutadas

<sup>268</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017P2". Min. 44:50.

<sup>269</sup> 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.

<sup>270</sup> 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".

<sup>271</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

por las pruebas presentadas que son completamente demostrativas de que el objeto de la reunión era buscar la forma de legalizar los pagos irregulares, que en el contexto analizado se traducía en tratar de ocultar los mismos. En esa medida, deben rechazarse los argumentos según los cuales los fundamentos sobre el particular son inexistentes y alejados de la realidad e *"interpretados convenientemente"*.

Así mismo, este Despacho encontró prueba adicional que permitió 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 ODEBRECHET, 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."<sup>272</sup> (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.

Las evidencias presentadas no solo son contundentes en revelar el verdadero objeto y alcance de las reuniones desplegadas para esa época, sino también quienes estuvieron presentes o tuvieron participación en las mismas. Lo que rechaza de plano las alegaciones de los recurrentes respecto a que supuestamente existió una inexactitud al mencionar quienes estuvieron presentes o invitados.

En efecto, los recurrentes no explican, y menos demuestran, en que consiste la supuesta *"inexactitud"* de la declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. Por el contrario, este Despacho encuentra que el relato es completamente consistente al detallar circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo ocurrencia la cuestionada reunión, y la explicación concerniente a la razón por la cual tuvo conocimiento de los mismos, esto es, los percibió directamente debido a que estuvo presente en la misma, lo que permite apreciar la veracidad de su relato y que tiene el conocimiento que se atribuye, aspecto suficientes para otorgarle plena credibilidad a su declaración respecto de que otras personas asistieron ese día a la reunión.

<sup>272</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Incluso, la asistencia de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** a la referida reunión es consonante con el resto del material probatorio. En efecto, debido a que previamente había participado en la suscripción del "CONTRATO DE ASESORÍA"<sup>273</sup> suscrito 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"<sup>274</sup>, su asistencia a una reunión en que precisamente se iba a buscar la forma de legalizar los pagos que **ODEBRECHT** había realizado en contraprestación por los compromisos ejecutados por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo, a través de un contrato ficticio y similar, encuentra una razonable, aunque ilícita, explicación o justificación.

De tal modo, el argumento expuesto por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en su escrito de reposición en que señaló que no participó ni estuvo involucrado en la reunión de "mediados del 2016" y que no obra prueba o referencia de que hubiera participado en la misma, emitido indicación o sugerencia, ni contratos o la manera como debían comportarse en algún momento, debe desestimarse.

Adicionalmente, es menester señalar que el relato de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** no solo es consistente intrínsecamente, sino que también guarda correspondencia con el relato de otro testigo directo y presencial de la referida reunión. En efecto, es completamente concordante con lo relatado por **ENRIQUE JOSÉ GHISAYS MANZUR**, quien 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?"*

***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 ELUEBERTO 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,*

<sup>273</sup> 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".

<sup>274</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

*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 negué, 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 convencerme a firmar el contrato. Finalmente, nunca se firmó y hasta ahí llegó las reuniones con ellos"<sup>275</sup> (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".

Así las cosas, este Despacho confirma su conclusión expuesta en la Resolución Sancionatoria respecto a que 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.

Precisamente, el hecho de que para la época en que se efectuaron las reuniones y se desplegó la estrategia censurada aún se encontrara en ejecución el sistema anticompetitivo es razón suficiente para rechazar el argumento de los recurrentes según el cual lo sucedido en 2016 no tiene relevancia en el mercado y careció de causalidad con cualquier evento restrictivo de la competencia. No puede olvidarse que la estrategia que intentaron implementar no solo tenía por propósito ocultar las conductas desplegadas sino además asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo.

Por otra parte, respecto de los argumentos presentados por **LUIZ ANTONIO MAMERI** en su escrito de reposición, es menester señalar que de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se evidenció que 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.

<sup>275</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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**.

Las evidencias presentadas en el acto administrativo recurrido permitieron 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 encontraron elementos probatorios que permitieron determinar 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".

Es importante señalar que, contrario a lo afirmado por el recurrente, 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**.

(...)<sup>276</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

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,

<sup>276</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**CORRESPONDIENTES AL TRAMO 8 DEL SECTOR 2 DEL PROYECTO VIAL RUTA DEL SOL**<sup>277</sup>, 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 el acto administrativo recurrido 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 denunciadas<sup>278</sup> por **LUIZ ANTONIO MAMERI** hasta el 6 de enero de 2017 ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

En esa medida, este Despacho no puede aceptar los argumentos del recurrente respecto a que en 2016 supuestamente tenía un deber legal y judicial en Brasil con estricta reserva y confidencialidad que le impedía denunciar en Colombia. Ese supuesto impedimento, sobre el cual tampoco se presenta ningún fundamento distinto a una simple afirmación, en cualquier caso, no sirve de excusa o pretexto a efectos de justificar su tolerancia en la ejecución de un sistema anticompetitivo que se prolongó hasta, por lo menos, el 5 de agosto de 2016 y que tan solo fue denunciado cinco (5) meses después, propiciando no solo la extracción de rentas ilícitas de la ejecución del contrato de concesión para que se realizaran los pagos irregulares, sino, más grave aún, patrocinando que dichas conductas quedaran en la absoluta impunidad a sabiendas de la existencia de un término de caducidad de la facultad sancionatoria del Estado.

A partir de lo anterior, este Despacho confirma que el comportamiento de **LUIZ ANTONIO MAMERI** al estar vinculado con **ODEBRECHT** para esa época, 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 administrativa<sup>279</sup> 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, los argumentos presentados por el recurrente, que convenientemente pretende limitar su activa participación en el entramado ilegal, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

Así las cosas, este Despacho advierte que al encontrarse desestimados los argumentos sobre la indebida valoración probatoria relativa a la estrategia implementada para ocultar las conductas desplegadas y asegurar el funcionamiento del sistema anticompetitivo, y así mismo los argumentos presentados por **LUIZ ANTONIO MAMERI**, por sustracción de materia, la misma suerte tienen aquellos argumentos dirigidos a alegar una supuesta caducidad de la facultad sancionatoria, máxime cuando en acápite posteriores se presentaran argumentos adicionales que despejan cualquier asomo de duda al respecto y ratifican la competencia temporal de esta Superintendencia.

<sup>277</sup> 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".

<sup>278</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>279</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

### 5.3.3. Pronunciamiento sobre otros argumentos particulares presentados sobre la supuesta indebida valoración probatoria

A continuación este Despacho emitirá un pronunciamiento sobre algunos argumentos particulares presentados por **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** relacionados con una supuesta indebida valoración probatoria y que no fueron abordados en acápites previos.

Así, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** sostuvo que no participó en reuniones privadas con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con miras a alterar la licitación del Proyecto Ruta del Sol. Añadió que se realizó un análisis que careció de "sindéresis" para responsabilizarlo por intervenir o cometer actos contrarios a la competencia por supuestamente sostener una reunión con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien bajo juramento aclaró que jamás trataron algo ilegal. En ese sentido, indicó que no se probó el propósito de la reunión con **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, su alcance o asuntos tratados. Esa reunión se solicitó formalmente y no hay prueba que refiera que fue privada u oculta. La afirmación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** respecto a que "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" tiene un alcance confuso.

También precisó que el objetivo de las reuniones con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** pudo ser aclarar temas jurídicos o contractuales de prepliegos, pliegos o documentos de la licitación, especialmente, relacionados con características de la documentación del exterior, aportes sobre capacidad técnica, financiera u obligaciones contractuales, responsabilidades o régimen de riesgos.

Adicionalmente, anotó que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** y **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** expresaron no haber sostenido reuniones o conversaciones para asuntos ilegales con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** y que él no conocía de los acuerdos ilegales. Desde la denuncia penal, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** fue contundente en señalar que los únicos conocedores del ilícito eran **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**.

Por otra parte, alegó que no tuvo conocimiento de los inicios de la estrategia de compensación mediante el correo electrónico del 5 de enero de 2010, en que **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** le indicó que valdría la pena "influenciar algunos puntos del contrato de inmediato" con el propósito de "disminuir nuestros riesgos y cualificar nuestro resultado". El objetivo del correo electrónico del 5 de enero de 2010, como sucede en la adjudicación y celebración de contratos públicos, era revisar en forma exhaustiva el clausulado para confirmar que se integraron las adiciones o modificaciones convenidas públicamente, debido a centenares de adendas, modificaciones y aclaraciones al pliego en temas sensibles, lo cual no es ilegal. Es una mera especulación, "gratuita, fantasiosa", y que no atiende a ninguna lógica, señalar que se buscaba "influenciar" a algún funcionario para facilitar la modificación del contrato e incrementar las utilidades mediante "adiciones".

La expresión de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** en el correo electrónico del 5 de enero de 2010 es típica de un director a su equipo, que exige verificar la redacción del documento para minimizar riesgos, evitando asumir costos no presupuestados y optimizar el resultado esperado. De tal modo, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no tuvo conocimiento de la ejecución de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares durante la segunda fase del sistema anticompetitivo. Tampoco incidió en los pagos de **CONSOL** o la **CONCESIONARIA**, que tenían sus propios esquemas administrativos, financieros y de control interno. Igualmente, el correo emitido por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** a unos funcionarios de la **CONCESIONARIA**, con copia a otros de **EPISOL** y a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** únicamente era un "entérese" que debe haber una revisión detalladas de varios contratos.

En declaraciones se evidenció que **OTTO NICOLÁS BULA BULA** solo tuvo tratos con **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, no con **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**. Su intervención únicamente fue para la explicación del contrato de estabilidad jurídica y la formalización de contratos elaborados conforme instrucciones de **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**. El contrato de *lobby*



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para el trámite de los requisitos que le dieran viabilidad a la adición Ocaña – Gamarra, sus particularidades y celebración, fue única y exclusivamente acordado entre **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** y **OTTO NICOLÁS BULA BULA**.

Así las cosas, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** no interfería en los asuntos financieros o contractuales de **CONSOL** ni de la **CONCESIONARIA**, pues dichas empresas tenían su propia e independiente estructura operacional. Ningún testigo, ni nadie relacionado con pagos irregulares, refiere su intervención como participe. De modo que el conocimiento que adquirió de los actos ilícitos fue debido a que se le encomendó la tarea de entregar a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** solicitudes de principio de oportunidad y de colaboración en 2016 y 2017.

Los anteriores argumentos dirigidos a señalar una supuesta indebida valoración probatoria no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se explican a continuación.

En este punto es menester insistir en que las conclusiones vertidas en el acto administrativo recurrido sobre la responsabilidad de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, y cualquier otro sancionado, son el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio como sugiere el recurrente con el propósito de alegar que no existe prueba o se realizó una incorrecta valoración para determinar su responsabilidad.

En esa medida, no pueden ser de recibo argumentos que pretendan desacreditar o valorar aisladamente determinada prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios que obran en el Expediente, 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.

Advertido lo anterior, este Despacho logró determinar que de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** ejecutó y toleró las conductas anticompetitivas. 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.

El análisis realizado respecto a las anteriores reuniones en que participó **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**, lejos de carecer de "sindéresis" o resultar "confuso" como mal afirma el recurrente, tuvo en consideración una valoración en conjunto de diferentes elementos de juicio relacionados con el contexto en que se efectuaron, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y además las particularidades de quien las propició, aspectos que permitieron inferir el conocimiento de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en la ejecución del sistema anticompetitivo, incluso desde las etapas más tempranas de su primera fase.

En efecto, 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*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*manera que él asistía con mucha frecuencia a reuniones con las mismas*<sup>280</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

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**<sup>281</sup>. 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 Carare<sup>282</sup>.

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"<sup>283</sup>.

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 hacia mucho 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"*<sup>284</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto).

<sup>280</sup> 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.

<sup>281</sup> 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.

<sup>282</sup> 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.

<sup>283</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta: "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY Y CO", Archivo: "CONTRATO ODEBRECHT Y CONSULTORES".

<sup>284</sup> 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se logró establecer que la relación de **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO** con **ODEBRECHT**, era relevante en el análisis de las particularidades del sistema anticompetitivo reprochado 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 sobornos<sup>285</sup>.

La segunda razón es que, tal y como se evidenció en la acto administrativo recurrido, 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**.

A partir de lo anterior, resulta inverosímil lo señalado por el recurrente respecto a que el objetivo de las reuniones en que participó, y que fueron auspiciadas por **EDUARDO JOSÉ ZAMBRANO CAICEDO**, tuvieran como propósito supuestamente aclarar temas jurídicos o contractuales de prepliegos, pliegos o documentos de la licitación, cuando de acuerdo con la información disponible en el **SECOP**<sup>286</sup>, 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 ocasiones<sup>287</sup> hasta llegar a la versión definitiva, que fue la publicada el 22 de octubre de 2009.

Por otra parte, este Despacho no puede compartir la valoración que en el escrito de reposición se planteó frente al correo electrónico del 5 de enero de 2010 con el propósito de desconocer el abierto conocimiento de **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** en los inicios de la estrategia de compensación durante la segunda fase del sistema anticompetitivo. Contrario a ser mera especulación "gratuita, fantasiosa" como irrespetuosamente lo afirmó el recurrente, el correo electrónico fue valorado en conjunto con otros medios de prueba y elementos de juicio que permitieron determinar el verdadero alcance de las instrucciones allí contenidas.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria este Despacho encontró 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"<sup>288</sup>, e incluso antes de la celebración del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010.

Sobre el particular, se tuvo en cuenta el 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**).

<sup>285</sup> Folio 4544 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

<sup>286</sup> Folio 3335 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

<sup>287</sup> Las dos versiones posteriores fueron publicadas el 4 de Septiembre y el 22 de octubre de 2009.

<sup>288</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 13. 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 4:36:46 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 Sarmiento <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)  
 Abrazo

**De:** IVAN PINTO <ipinto@odebrecht.com>  
**Para:** Luiz Bueno  
**CC:** Marko Harasic, Amilton Hideaki Sendai, Manuel Ricardo Cabral Ximenes, Yesid Arocha, Carolina Sarmiento, 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 Sarmiento  
**Asunto:** Re: Plazo firma del Contrato de Concesión

Agradecido Ivan  
 MH, como están las cosas?  
 Abrazos

**Fuente:** Documento contenido en el Expediente<sup>289</sup> (Recuadro rojo no original).

Como puede apreciarse, contrario a ser la expresión típica de un director de equipo de trabajo para verificar la redacción de documentos como sostiene el recurrente, 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 en el acto administrativo recurrido en que se encontraba en plena ejecución un sistema anticompetitivo, el alcance de la instrucción "*influenciar*" no puede tener la connotación ni alcance ingenuamente planteado por el recurrente.

Más aún, los diferentes medios de pruebas que fueron analizados en la Resolución Sancionatoria derivaron elementos de juicio suficientes para determinar que 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*"<sup>290</sup> que no contempló "*el máximo del precio autorizado en el proyecto*"<sup>291</sup>. Aspecto corroborado con la declaración de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en el marco del PBC, en que 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*"<sup>292</sup>.

<sup>289</sup> Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

<sup>290</sup> *Ibidem*.

<sup>291</sup> Folio 4189 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "17-14777-180717". Min. 1:56:56.

<sup>292</sup> Folio 4873 del cuaderno reservado general No. 6 del Expediente. Archivo "17-3463618-201017". Min. 33:17.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De tal manera, el contexto, sentido y verdadero alcance de los correos electrónicos, no puede ser establecido a partir de un análisis desfragmentado, aislado o inconsulto de los demás medios de prueba, se insiste, patrocinar semejante postulación no solo llevaría al equivoco de considerar que tanto solo se trataban simplemente de un "entérese" como afirma el recurrente, sino que además se desconocería la obligación legal que le corresponde a la autoridad administrativa de valorar en conjunto las pruebas obrantes en el Expediente administrativo. En ese sentido, este Despacho confirma que **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**<sup>293</sup> de las irregularidades que caracterizaban los pagos a **CONSORCIO TORROSA, CONSORCIO SION** y **RGQ LOGISTIC**.

Así mismo, se debe reiterar que 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**.

Adicionalmente, en la Resolución Sancionatoria se encontró 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"<sup>294</sup>, los cuales obedecían al mismo modus operandi empleado en la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares, esto es, la estrategia de instrumentalización de contratos.

Por si fuera poco lo anterior, 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, para lo que también se contempló ejecutar la estrategia de instrumentalización de contratos.

Con fundamento en las razones expuestas previamente, y las que fueron ampliamente explicadas en la Resolución Sancionatoria, este Despacho encuentra completamente desestimados los argumentos presentados respecto a una supuesta indebida valoración probatoria y se rechazan por improcedentes.

#### **5.4. Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio de congruencia**

En forma común, los recurrentes alegaron que existió un desconocimiento del principio de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria.

Concretamente, **ODEBRECHT** señaló que se introdujeron nuevos hechos relacionados con **STRUCTURE** y el Otrosí No. 6. Además, que las estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo —desacreditar competidores y limitar la participación de competidores— no fueron objeto de imputación. En ese sentido, varios recurrentes concluyeron que se abrió investigación y formuló cargos únicamente por hechos que rodearon la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y no por su ejecución ni adiciones contractuales. En criterio de los recurrentes, esos cambios no son simples circunstancias

<sup>293</sup> Folio 14154 del cuaderno reservado general No. 23 del Expediente. Archivo: Fwd Firma Pagos Subcontratistas- Proveedores T.

<sup>294</sup> Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K°.pdf".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de modo, tiempo o lugar que *"complementan"* los cargos formulados, sino que se trata de nuevos y complejos hechos.

A juicio de **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, la Resolución de Apertura de Investigación indicó que la conducta ocurrió respecto a hechos de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, al señalar que *"las personas que tendrán la calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que participaron EPISOL y ODEBRECHT obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol"*.

Particularmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** sostuvieron que en la Resolución de Apertura de Investigación solo se mencionaron como *"pagos irregulares"* los realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA** y **CONSULTORES UNIDOS**, sin que se mencionaran a **RGQ LOGISTIC, CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA, INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**. También agregaron que la imputación jurídica se refería a un supuesto acuerdo para alterar los resultados del proceso de selección y que nunca se mencionó que el comportamiento hubiese tenido incidencia en modificaciones del contrato, en especial el Orosí No. 6, y que así lo refirió el ex Superintendente de Industria y Comercio, **PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**, en una rueda de prensa del 14 de septiembre de 2018.

De ese modo, precisaron que la imputación fáctica y jurídica a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** respecto de la infracción del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 nunca fue que habían adoptado un sistema para restringir la competencia y que una parte era el acuerdo colusorio, menos que ese sistema había logrado distorsionar la licitación o afectado las modificaciones y adiciones al contrato. De esa forma, censuraron que la modificación de la imputación fáctica, aunado a que solamente se decretan y practican las pruebas solicitadas al pronunciarse sobre la Resolución de Apertura de Investigación, desconoció su derecho de defensa y contradicción.

Por otra parte, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** arguyeron que existió una *"indeterminación"*, *"imprecisión"* y *"falta de claridad"* en la imputación jurídica debido a que, sin rigor alguno, se imputó haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado, verbos diferentes con alcances distintos, y no se señaló en concreto y con la debida discriminación, en qué consiste cada actuación para encuadrarla en la correspondiente práctica contraria a la libre competencia.

De igual manera, indicaron que se establecieron los cargos imputados de *"manera genérica"* a la supuesta violación del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Además, señalaron que en la Resolución de Apertura de la Investigación se mencionó, por lo menos, en ochenta y dos (82) ocasiones, las expresiones *"adjudicación"* y *"licitación"* y que la investigación se condujo inicialmente en el marco del denominado *"PROCESO"*, pero se terminó aduciendo responsabilidades colectivas respecto de hechos *"imprecisos, inconexos"*. Así, censuraron que se realizó un giro al alcance de ese marco temporal y conceptual del *"PROCESO"*, para afirmar que los hechos anticompetitivos y el supuesto *"sistema anticompetitivo"* se extendieron hasta 2016. Como fundamento de sus alegaciones indicaron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en una acción popular entendió que la Resolución de Apertura de Investigación, solo se ocupaba o hacía relación con los eventos relacionados con la licitación del 2009, y no con eventos posteriores.

En similar sentido, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** alegó que se modificó de facto la imputación inicial en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria, para sostener que los efectos del acuerdo se mantuvieron en el tiempo en una segunda fase con un sistema de reembolsos y pagos irregulares para dividir el costo del acuerdo anticompetitivo. En esa medida, indicó que la Resolución Sancionatoria desfiguró y desbordó el cargo inicial toda vez que terminó sancionando aspectos ajenos a los cargos imputados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De tal manera, señaló que la adición Ocaña – Gamarra no fue objeto de mención en la imputación y no fue posible hacer alegatos, ni tampoco solicitud y decreto de pruebas concretas o relativas a la misma, no se sometió a los requisitos de publicidad y contradicción, no se decretaron testimonios, ni se citaron a los involucrados. Así, alegó que la formulación de un nuevo cargo tiene un efecto "determinante" y "devastador".

Por último, censuró que los supuestos fácticos que se consideraron para la sanción no están en consonancia con la imputación fáctica contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, lo que desconoció el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. En ese sentido, concluyó que en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente como supuesto fáctico contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** que era "para favorecer a la concesionaria RUTA DEL SOL".

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, el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria serán rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

Debe comenzar este Despacho por reiterar que en la presente actuación administrativa los derechos y garantías constitucionales y legales de los recurrentes 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 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 recurrentes debe partir por observar cuáles fueron los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación, aspecto que al parecer pasan por alto convenientemente al alegar sin mayor fundamento la aludida incongruencia.

De esta forma, 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:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(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);

(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.

En esa medida, este Despacho debe llamar la atención en que el cargo formulado a los recurrentes en ningún caso se suscribió o limitó únicamente a hechos que rodearon la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 o a un acuerdo anticompetitivo, sino que además se imputó fácticamente toda 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 del Proyecto Ruta del Sol, acreditada por montos muy superiores a los del pago realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** en virtud del acuerdo anticompetitivo, y dado que esos pagos adicionales seguían la misma lógica que caracterizó el referido pago, en la Resolución de Apertura de Investigación se señaló expresamente que era posible atribuirle propósitos similares, asociados con garantizar no solo la adjudicación del contrato sino, en etapas posteriores de su ejecución, con asegurar el éxito de adiciones contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en la Resolución Sancionatoria. 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 o que se desfiguró o desbordó el cargo inicial.

Concretamente, sobre el particular, en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, 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."<sup>295</sup>*  
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

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 el acto administrativo que formuló cargos se señaló expresamente que, hasta ese momento, las pruebas

<sup>295</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018, p. 83.



\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

**sugieran la existencia de un sistema anticompetitivo**<sup>296</sup> que, como se demostró con suficiencia en Resolución Sancionatoria recurrida, fue plenamente corroborado.

Nótese que la imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación tampoco estuvo limitada a los "pagos irregulares" realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA y CONSULTORES UNIDOS**, sino que también involucró, se insiste, toda una dinámica de suscribir contratos que carecían de soportes o debida justificación para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no solo con el propósito de garantizar su adjudicación, sino en etapas posteriores con garantizar el éxito de adiciones contractuales, pagos que se encontraban relacionados con los contratos suscritos con **RGQ LOGISTIC, CONSORCIO SION, CONSORCIO TORROSA, INVERSIONES TORROSA y PRESOAM**, según se logró establecer a partir de una análisis en conjunto del material obrante en el Expediente.

Incluso, no puede olvidarse que esa dinámica de instrumentalización de contratos fue transversal a toda la ejecución del sistema anticompetitivo debido a que, por ejemplo, el contrato con **DSC MANAGEMENT** se auspició, celebró, ejecutó, cedió y liquidó, antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, lo que ratifica la sistematicidad de la conducta imputada y sancionada. De modo que este Despacho no puede patrocinar los argumentos de los recurrentes dirigidos a restringir el componente fáctico de la imputación a ciertos pagos irregulares.

De otra parte, es importante señalar que los esfuerzos de los recurrentes en tratar de limitar la imputación fáctica y jurídica a partir de las declaraciones referidas por un servidor público en un medio de comunicación también resultan completamente infructuosos en esta sede de reposición.

En primer lugar, semejante planteamiento desconoce las más elementales nociones del derecho administrativo, debido a que olvida que el acto administrativo —y no pronunciamientos en una rueda de prensa— es la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, que como expresión del *ius puniendi*, en el caso del procedimiento administrativo sancionatorio, se concreta en una resolución de apertura de investigación, a partir de la cual es que se puede establecer válidamente una relación fáctica y jurídica con la decisión final para determinar si existe o no congruencia.

En segundo lugar, la atribución de competencias prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, otorga otra razón, apenas obvia, para descartar el planteamiento de los recurrentes. En efecto, de conformidad con el procedimiento administrativo especial, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el competente para instruir la investigación y quien adopta la decisión final es el Superintendente de Industria y Comercio. En ese sentido, en la fecha de la referida rueda de prensa —14 de septiembre de 2018—, en que supuestamente el aludido Superintendente de Industria y Comercio de la época entregó declaraciones que, a juicio de los recurrentes, limitarían la imputación fáctica, quien tenía competencia sobre la investigación era el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, e incluso el aludido ex Superintendente de Industria y Comercio ni siquiera adoptó la decisión final.

Así las cosas, no resulta de recibo para este Despacho tratar de limitar la imputación a partir de las manifestaciones que una rueda de prensa realizó un servidor público, que ni siquiera avocó competencia en el trámite administrativo con posterioridad de la Resolución de Apertura de Investigación, máxime cuando, se reitera, la manifestación de la voluntad de la administración se concreta a través de actos administrativos, por lo que las particularidades de la imputación fáctica y jurídica se encuentran precisadas y definidas en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, donde la imputación fáctica nunca estuvo limitada a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, tal y como se demostró con suficiencia.

<sup>296</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 162.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otra parte, los recurrentes también indicaron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en una providencia proferida en una acción popular también entendió que supuestamente la imputación se había limitado a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Sobre el particular, en igual sentido a lo antes expuesto, se anota que una providencia judicial no tiene la virtualidad de limitar o interpretar la Resolución de Apertura de Investigación, máxime cuando el proceso constitucional —acción popular— en que se profirió, aunque se trataba del derecho colectivo de la libre competencia, no tenía el mismo objeto del presente trámite administrativo y, más aún, el acto administrativo definitivo que se profiera en esta actuación administrativa es el que podrá ser objeto de control posterior ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo —nulidad y restablecimiento del derecho—.

Bajo esa perspectiva, aun cuando las consideraciones de una providencia judicial no tienen el carácter de determinar la imputación fáctica ni jurídica realizada en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cierto es que una lectura en contexto de la referida providencia, permite apreciar que la interpretación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, no fue que la imputación estaba limitada a hechos previos a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sino que a su juicio existieron otros hechos colusorios posteriores que dieron lugar a los Otrosíes Nos. 3 y 6. Veamos:

*"En este sentido, de acuerdo con la Resolución No. 67837 de 13 de septiembre de 2018, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se advierte que tal determinación se ocupa exclusivamente de los hechos colusorios relacionados con la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, pero no de los que dieron lugar a los Otrosíes Nos. 3 y 6, con respecto a los cuales, se han acreditado en el expediente conductas irregulares.*

*En este sentido, se compulsará copia de la presente sentencia a la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de que emprenda la investigación sobre la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica; y se dispondrá que la referida autoridad administrativa indague, entre otros aspectos, por la afectación del referido derecho colectivo, debido a la circunstancia de que las conductas irregulares que se mencionan tuvieron como uno de sus cometidos eludir el procedimiento administrativo de licitación pública para el desarrollo de la vía Ocaña-Gamarra.*

*En efecto, los medios de prueba que obran en el expediente dan cuenta que uno de los impedimentos que se cernía sobre el cometido irregular de los promotores del soborno consistía, justamente, en que la vía Ocaña - Gamarra no fuera objeto de licitación pública sino que la misma recibiera el tratamiento propio de una adición al referido contrato de Concesión con el propósito de evitar la concurrencia de competidores, circunstancia que, como ha sido establecido más arriba, configura una modalidad de violación del derecho a la libre competencia."<sup>297</sup>*

Como puede apreciarse, el entendimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es que, a partir de las pruebas que tuvo la oportunidad de analizar, podrían existir conductas irregulares que tenían como propósito que la vía Ocaña - Gamarra no fuera objeto de licitación pública, sino que la misma recibiera el tratamiento propio de una adición al referido contrato de concesión para "eludir el procedimiento administrativo de licitación pública" con el propósito de evitar la concurrencia de competidores.

Teniendo claro lo anterior, es posible concluir que el reproche que realizó esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria respecto a la vía Ocaña - Gamarra es hartamente diferente a las conductas irregulares advertidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que lo llevó a compulsar copias de la sentencia a esta Entidad para que emprendiera la indagación y/o investigación sobre la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

<sup>297</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 6 de diciembre de 2018. Rad. No. 250002341000 2017 00083 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ciertamente, en la Resolución No. 82510 de 2020 el reproche no estuvo dirigido a hechos colusorios que tenían como propósito "eludir el procedimiento administrativo de licitación pública" respecto de la vía Ocaña – Gamarra para darle el trámite de una adición contractual, sino que estuvo relacionado con una estrategia para asegurar el éxito de la referida adición, lo que es plenamente concordante con la imputación fáctica en que se señaló que "(...) 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."<sup>298</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En ese sentido, en la Resolución Sancionatoria, en plena consonancia y armonía con la Resolución de Apertura de Investigación, se sostuvo lo siguiente:

*"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"<sup>299</sup>, 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.*" (Subrayas fuera de texto original).

Nótese que la estrategia para asegurar el éxito de la referida adición contractual que fue sancionada en el marco del sistema anticompetitivo, no solo fue imputada con claridad y precisión en la Resolución de Apertura de Investigación, sino que precisamente se derivó del análisis en conjunto de las pruebas que permitieron encontrar plenamente probada la ejecución de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el mismo material probatorio analizado en la Resolución Sancionatoria, permite corroborar que no se reprocharon las conductas irregulares advertidas en la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por las cuales ordenó compulsar copias para que fueran investigadas. En efecto, si bien se logró establecer que el compromiso inicialmente ofrecido por **OTTO NICOLÁS BULA BULA** consistió en "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, lo cierto es que según lo manifestado por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI** "(...) 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".

<sup>298</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

<sup>299</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, en la Resolución No. 82510 de 2020 se indicó que:

*"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"<sup>300</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

(...)"

A partir de lo anterior, es apenas obvio que este Despacho no reprochó hechos colusorios que tenían como propósito "eludir el procedimiento administrativo de licitación pública" respecto de la vía Ocaña – Gamarra para darle el trámite de una adición contractual, conductas que, en todo caso, tal y como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendrían el "propósito de evitar la concurrencia de competidores" o, como lo advirtió esta Superintendencia, restringirían "cualquier posibilidad de competencia para su adjudicación".

Distinto a la conducta irregular advertida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Resolución Sancionatoria, en el marco de la imputación fáctica, reprochó la estrategia ilegal desplegada para garantizar el éxito de la adición contractual con la intención de extraer ilegítimamente la mayor utilidad posible del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Tal y como se puede apreciar a continuación.

*"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 resultado"<sup>301</sup>.*

<sup>300</sup> Folio 3447 del cuaderno reservado general No. 4 del Expediente. Carpeta "COPIAS PARA SUPER INTENDENCIA INDUSY CO". Archivo "DECLARACION MARTORELLI DEL 27-04".

<sup>301</sup> Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 **VPIP** en los años 2023 y 2028."

De tal manera, los hechos reprochados por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria no solo son completamente diferentes a las conductas irregulares advertidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y que lo llevaron a compulsar copia de la sentencia para que se adelantaran las averiguaciones respectivas, sino que además se ubican temporalmente con posterioridad a que la vía Ocaña – Gamarra recibiera el tratamiento de una adición contractual para el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, en armonía con la imputación fáctica realizada en la Resolución de Apertura de investigación, estuvieron relacionados con la materialización de una estrategia para asegurar el éxito de la referida adición.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo que permite apreciar con mayor claridad que las conductas irregulares advertidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la vía Ocaña – Gamarra son completamente diferentes a las conductas sancionadas en la Resolución Sancionatoria respecto a la estrategia desplegada para asegurar el éxito de la adición contractual.

**Cuadro No. 1. Comparativo entre providencia judicial y acto administrativo**

<b>Tribunal Administrativo de Cundinamarca</b>	<b>Superintendencia de Industria y Comercio</b>
<b>Sentencia del 6 de diciembre de 2018</b>	<b>Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020</b>
<b>CONDUCTA ADVERTIDA</b>	<b>CONDUCTA SANCIONADA</b>
<p>"(...) el cometido irregular de los promotores del soborno consistía, justamente, en que la vía Ocaña - Gamarra no fuera objeto de licitación pública, sino que la misma recibiera el tratamiento propio de una adición al referido contrato de Concesión con el propósito de evitar la concurrencia de competidores, circunstancia que, como ha sido establecido más arriba, configura una modalidad de violación del derecho a la libre competencia".</p>	<p>"(...) los compromisos que se concretaron entre <b>OTTO NICOLÁS BULA BULA</b> y <b>ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI</b> consistieron en "influnciar para acelerar y obtener el <b>OTRO SI</b> 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 <b>LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR</b>, cualificar su resultado<sup>302</sup>".</p>
<b>UBICACIÓN TEMPORAL</b>	
<p>Antes de que a la vía Ocaña – Gamarra se le diera el tratamiento de adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.</p>	<p>Con posterioridad a que a la vía Ocaña – Gamarra se le diera el tratamiento de adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.</p>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En virtud de las razones expuestas, aun cuando las consideraciones de una providencia judicial tuvieran el carácter de condicionar los hechos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cierto es que las conductas que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca advirtió

<sup>302</sup> Folio 4501 del cuaderno reservado general No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

como irregulares no son las mismas que fueron sancionadas en la Resolución Sancionatoria, debido a que estas fueron completamente congruentes con los hechos imputados. De ese modo, no les asiste razón a los recurrentes al señalar que a partir de la compulsión de copias de la sentencia es dable inferir que la imputación fáctica se limitaba únicamente a hechos colusorios de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En igual sentido, no tiene mérito de prosperidad el argumento dirigido a señalar que la cantidad de referencias a las expresiones "adjudicación" o "licitación" empleadas en la Resolución de Apertura de la Investigación representa una razón para entender que la imputación fáctica únicamente se limitaba a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Sobre el particular, es menester señalar que semejante planteamiento resulta completamente infundado para alegar la aludida incongruencia y es completamente alejado de una lectura completa de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. Aceptar esa postulación sería tanto como olvidar que, con fundamento en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, la imputación fáctica contenida en el acto administrativo mediante el cual se formulan cargos se determina es con la indicación precisa y clara de los "hechos", y no de un conteo descontextualizado de ciertas expresiones al arbitrio de los recurrentes.

De ese modo, el particular entendimiento respecto a que el componente factual de una imputación se encuentra determinado a partir de la cantidad de ciertas expresiones o palabras sobre algún aspecto, únicamente representa una lectura en extremo desfragmentada y aislada que constituye simplemente un esfuerzo fallido en tratar de alegar una supuesta incongruencia con que convenientemente se pasa por alto que, en un sinnúmero de ocasiones, en la Resolución de Apertura de Investigación también se empleó la expresión "ejecución" para referirse a aspectos relacionados con el Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Así las cosas, la cantidad de ocasiones en que se emplearon las expresiones "adjudicación" o "licitación" no puede constituir en una razón de la cual se derive válidamente que la imputación se limitó a ciertos hechos, máxime cuando el Informe Motivado precisó, y sobre todo reiteró, que las conductas reprochadas se "materializaron antes, durante y con posterioridad a su adjudicación"<sup>303</sup>.

De otra parte, es menester señalar que los recurrentes también incurren en una lectura equivocada de la Resolución de Apertura de Investigación con el propósito de sostener que la conducta imputada estaba únicamente relacionada con hechos de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. Sobre el particular, es necesario recordar que en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 se ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos por tres (3) imputaciones fácticas y jurídicas independientes, tan así que en la Resolución Sancionatoria únicamente se sancionó la denominada como "**PAGO SOBORNO**", debido a que sobre las restantes —"**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**"— operó la caducidad de la facultad sancionatoria de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Sin embargo, **ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, en sus recursos de reposición, en forma idéntica y deliberada, citaron un aparte de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018, relacionado con las imputaciones denominadas "**APROVECHAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES**" y "**CONTACTOS PRIVADOS Y DIRECTOS EN VIOLACIÓN DE LA PROHIBICIÓN**", para fundamentar indebidamente sus argumentos dirigidos a limitar los hechos de la imputación denominada "**PAGO SOBORNO**" a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010. A continuación, se presenta un cuadro comparativo que permite apreciar la lectura convenientemente acomodada por parte de los recurrentes.

<sup>303</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado Rad. No. 17-14777, p. 238.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Cuadro No. 2. Comparativo Recursos de reposición y Resolución No. 67837 de 2018

Recurso de reposición ODEBRECHT, CORFICOLOMBIANA y EPISOL <sup>304</sup>	Resolución de Apertura de Investigación <sup>305</sup>
<p>"Como se puede concluir con fundamento en todo lo que se ha expuesto en este acto administrativo, las personas que tendrán calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que participaron EPISOL y ODEBRECHT obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol, como en efecto ocurrió."</p>	<p>"Como se puede concluir con fundamento en todo lo que se ha expuesto en este acto administrativo, las personas que tendrán la calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que participaron EPISOL y ODEBRECHT obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol, como en efecto ocurrió.</p> <p>Los comportamientos concretos que habrían configurado la conducta restrictiva de la libre competencia económica que se ha resaltado se presentan a continuación.</p> <p><b><u>El aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos (no formales) después de la iniciación del proceso de selección contractual</u></b></p>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede observarse, los recurrentes con el propósito de sostener que únicamente la "infracción se refería a la supuesta alteración del proceso de licitación pública SEA-LP-001-2009 del Sector 2 de la Ruta del Sol" realizaron una interpretación descontextualizada y una cita incompleta de la Resolución de Apertura de Investigación.

En efecto, una simple lectura integral de los párrafos posteriores, y que fueron omitidos por los recurrentes, permite evidenciar que las "prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009" estaban relacionadas con el "aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos" y no con los hechos que fueron objeto de sanción respecto de la imputación denominada "PAGO SOBORNO".

Nótese que en cuanto a la imputación jurídica de la prohibición general prevista en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, los hechos relacionados con el "aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos", fueron encuadrados bajo la caracterización de una "práctica" tendiente a limitar la libre competencia. En forma independiente y diferente, los hechos objeto de sanción en la Resolución No. 82510 de 2020 fueron imputados jurídicamente, además del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, bajo la caracterización de un "sistema" tendiente a limitar la libre competencia.

<sup>304</sup> El argumento y la transcripción se evidencia en el recurso de reposición interpuesto por ODEBRECHT (p. 53 y 54), recurso de reposición interpuesto por CORFICOLOMBIANA (p. 154) y recurso de reposición interpuesto por EPISOL (p. 97).

<sup>305</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. p. 157 y 158.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, una referencia a los párrafos omitidos por los recurrentes permite apreciar que, sin lugar a dudas, el argumento relacionado con que la imputación estuvo limitada únicamente con hechos de la adjudicación se fundamentó en una lectura incompleta de la Resolución de Apertura de Investigación. Veamos:

*"Como se puede concluir con fundamento en todo lo que se ha expuesto en este acto administrativo, las personas que tendrán la calidad de investigadas desarrollaron actividades que constituyeron prácticas orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que participaron **EPISOL** y **ODEBRECHT** obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol, como en efecto ocurrió.*

*Los comportamientos concretos que habrían configurado la conducta restrictiva de la libre competencia económica que se ha resaltado se presentan a continuación.*

**El aprovechamiento del conflicto de intereses y los contactos privados y directos (no formales) después de la iniciación del proceso de selección contractual**

*En relación con los dos comportamientos, ya se explicó ampliamente a lo largo de este documento que las personas que tendrán la calidad de investigadas aprovecharon el conflicto de intereses que existió entre **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** (Senior Investment Officers de la **CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL -IFC-**) y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** (entonces Vicepresidente de Planeación Corporativa de **GRUPO AVAL**) y, además, promovieron y consolidaron, después del inicio del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, múltiples contactos privados y directos con varias de las personas que tenían alguna relevancia en la determinación de las características del proyecto **Ruta del Sol**, el establecimiento de las reglas aplicables a la referida licitación y la adopción de decisiones relacionadas con la adjudicación del contrato correspondiente. Dichos comportamientos, como ya quedó explicado, estuvieron encaminados a favorecer a la **PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL**, integrada por **ODEBRECHT**, **EPISOL** y **CSS**, y a eliminar la probabilidad de que otros interesados pudieran participar en el proceso de selección que interesa en este caso.*

*Sobre ese particular, no cabe duda de que los comportamientos en cuestión deben ser considerados idóneos para restringir la libre competencia económica en el marco de la contratación estatal. En efecto, es innegable que las prácticas en comento tendrían la idoneidad para generar sesgos en la entidad contratante y su asesor en beneficio de las empresas que aprovecharon el conflicto de intereses y promovieron los acercamientos privados y directos. Esto es así, porque esa forma de interactuar con las autoridades, es decir, en un escenario privado y alejado de la crítica que el ordenamiento requiere en los escenarios de discusión previstos para los procesos de selección, permite que solo las opiniones de aquellos que promueven los contactos ilegítimos sean tenidas en cuenta en las decisiones de las autoridades, y adicionalmente, que se pierdan oportunidades para someter a examen esas opiniones mediante un ejercicio dialéctico propio de ese tipo de procesos." (Subrayas fuera de texto original).*

Como es apenas obvio, los comportamientos que la Resolución de Apertura de Investigación imputó jurídicamente bajo la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, en la modalidad de "prácticas" orientadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, no corresponden con la imputación denominada "**PAGO SOBORNO**", sino con los hechos relacionados con el supuesto aprovechamiento de un conflicto de intereses que existió entre **MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** y **DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA** y que habrían promovido y consolidado múltiples contactos privados y directos con varias de las personas que tenían alguna relevancia en la determinación de las características del Proyecto Ruta del Sol, el establecimiento de las reglas aplicables a la referida licitación y la adopción de decisiones relacionadas con la adjudicación del contrato correspondiente.

En esa medida, para este Despacho resulta francamente sorprendente que los recurrentes, aun en esta sede de reposición, pretendan fundamentar sus alegaciones con las imputaciones que fueron objeto de archivo en la Resolución Sancionatoria, semejante desatino lo que deja en evidencia es



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

un claro desconocimiento de la Resolución de Apertura de Investigación o una argumentación totalmente infundada que, en uno u otro caso, no pueden constituir una razón jurídicamente atendible para alegar un supuesto desconocimiento al principio de congruencia.

Incluso, lo cierto es que una lectura exhaustiva de la Resolución de Apertura de Investigación permite apreciar que ninguna de las imputaciones, incluidas las invocadas en forma impertinente para aludir una supuesta incongruencia, estuvieron limitadas exclusivamente a hechos relacionados con la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, debido a que en dicho acto administrativo como marco temporal de las conductas imputadas expresamente se señaló que sus "efectos anticompetitivos en el mercado se extienden en el tiempo hasta el día en que se liquidó o se llegase a liquidar el contrato"<sup>306</sup>.

A partir de lo expuesto, salta a la vista que los recurrentes fundamentan su reproche de la aludida incongruencia en una lectura completamente descontextualizada, equivocada e impertinente de la Resolución de Apertura de Investigación. Sobre este aspecto, debe recordarse que de conformidad con el numeral 6 del artículo 79 de la Ley 1564 de 2012 se presume que existe temeridad o mala fe cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas. Igualmente, de conformidad con el numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1123 de 2007, constituye falta disciplinaria del abogado efectuar citas inexactas o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios encargados de definir una cuestión administrativa.

Es evidente que se pretende adoptar como estrategia en el recurso de reposición, limitar convenientemente la imputación fáctica a determinados hechos, tergiversarlos e incluso mezclarlos con otras imputaciones, 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.

Por otra parte, tampoco son de recibo los argumentos presentados por **ODEBRECHT** en que señaló que supuestamente se introdujeron nuevos hechos que no fueron objeto de imputación relacionados con **STRUCTURE** y las estrategias implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo.

Al respecto, basta con señalar que los recurrentes convenientemente omiten que los referidos hechos fueron expuestos con precisión y claridad en la Resolución de Apertura de Investigación. En efecto, los relacionados con **STRUCTURE** fueron abordados al señalar los aspectos relativos al proceso de escogencia del estructurador del proyecto Ruta del Sol<sup>307</sup>.

Igualmente, en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 se expusieron con precisión y claridad, y con fundamento en las pruebas que permitían evidenciar su ocurrencia, las estrategias que fueron reprochadas en la Resolución Sancionatoria, implementadas para asegurar el funcionamiento de la primera fase del sistema anticompetitivo, tales como una estrategia mediática para difuminar información con el propósito de desacreditar competidores<sup>308</sup> y una estrategia para limitar la participación de competidores en el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol<sup>309</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no puede ser de recibo la lectura, por demás acomodada, que hacen los recurrentes de la Resolución de Apertura de Investigación para pretender señalar que se creó una "nueva teoría del caso" o un "nuevo cargo", cuando es evidente que desde un principio la imputación fáctica y jurídica fue clara, precisa y comprendió cada aspecto que fue objeto de reproche en la Resolución Sancionatoria.

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

<sup>306</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. p. 22 y 23.

<sup>307</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. p. 8 a 12.

<sup>308</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. p. 63 y 70.

<sup>309</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018. p. 151 a 154.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

y oportunamente allegadas al mismo<sup>310</sup>, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone 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 Resolución Sancionatoria 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."*<sup>311</sup> (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."*<sup>312</sup> (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". En esa medida, esta oportunidad para solicitar y aportar pruebas está prevista tanto para presentar las que consideren 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.

<sup>310</sup> Código General del Proceso. "Artículo 164. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

<sup>311</sup> 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).

<sup>312</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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.

En ese orden de ideas, 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 averiguación 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.

De esta forma, 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 recurrentes 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 deciden unos recursos de reposición"

(...)

*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. (...)*<sup>313</sup> (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"** (...)*<sup>314</sup> (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

<sup>313</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 00414.

<sup>314</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

inicialmente o que se haya vulnerado el principio de congruencia, como erradamente lo han alegado los recurrentes.

#### **5.5. Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio *non bis in idem***

En forma común, varios recurrentes alegaron que se desconoció el principio de *non bis in idem* al sancionar una misma conducta a través de dos normas diferentes. Esto en la medida en que los hechos que sustentan el llamado "*sistema anticompetitivo*" engloban lo que se denominó un acuerdo colusorio. Al respecto, sostuvieron que se sancionó dos veces una misma conducta y unos mismos hechos por considerarlos tipificados de manera simultánea en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y, en la especial, en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En ese sentido, indicaron que virtud del artículo 29 de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en los procedimientos administrativos sancionatorios existe una imposibilidad de sancionar a un mismo sujeto por unos mismos hechos a través de dos infracciones o tipificaciones. Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado señalaron que solo es factible sancionar dos veces una misma conducta cuando la presunta infracción vulnere distintos bienes jurídicos protegidos por diferentes áreas del derecho y cuando, el proceso y la sanciones, cuenten con distintas finalidades.

**ODEBRECHT** agregó que la interpretación de la prohibición general en la Sentencia C-032 de 2017 y los criterios de solución de antinomias de las Leyes 57 y 153 de 1887 impiden concluir que unos mismos hechos puedan tipificarse concurrentemente bajo la prohibición general y las prohibiciones especiales en materia de acuerdos restrictivos. Además, alegaron que las disposiciones especiales se aplican de manera excluyente y no concurrente a la norma de orden general y que los criterios definidos por el legislador para determinar las disposiciones aplicables a un caso particular son claros en indicar que toda norma de aplicación especial excluye la aplicación de una general. En razón a ello, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 3 de la Ley 153 de 1887 ante un caso particular se debe preferir y aplicar de manera excluyente las disposiciones especiales sobre las de carácter general.

También sostuvieron que se presentó una incorrecta aplicación del criterio de especialidad al analizar la interacción de la prohibición general con las demás prohibiciones, pues las mismas no pueden coexistir para sancionar su infracción por unos mismos hechos. Agregaron que si se considera que el supuesto acuerdo hace parte de un sistema, entonces realmente no hay varias conductas, sino una única que solamente infringió el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Además, si se considera que existen dos conductas se debe reconocer que respecto del acuerdo colusorio ocurrió el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Particularmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que se vulneró el principio de *non bis in idem* al juzgar dos veces a un mismo agente económico, por los mismo hechos. Al respecto, anotaron que la principal consecuencia de que una empresa ejerza un control sobre otra, desde la perspectiva del régimen de protección de la competencia, es que se entienden como un único agente en el mercado. De esa forma, señalaron que con fundamento en decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, es posible afirmar que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son un único agente en el mercado, en virtud del control competitivo positivo y el control corporativo que la primera ejerce sobre la segunda. Por ello, imponer una sanción a **CORFICOLOMBIANA** y otra a **EPISOL** vulneró el principio del *non bis in idem* al imponer dos sanciones al mismo agente económico, por los mismo hechos.

Los argumentos expuestos por los recurrentes, que en esencia se dirigen a señalar un supuesto desconocimiento del principio del *non bis in idem*, no tienen mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, es importante anotar algunas nociones y presupuestos del principio del *non bis in idem*. Dicho principio se encuentra previsto en diferentes instrumentos internacionales de derechos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

humanos<sup>315</sup> y también tiene consagración expresa en nuestra Constitución Política<sup>316</sup>. En virtud de esa garantía existe una prohibición de doble incriminación, doble juzgamiento y doble sanción por un mismo hecho o circunstancia.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Constitucional al analizar su alcances<sup>317</sup> ha considerado que esta prohibición no impide que la conducta objeto del reproche pueda dar lugar a diversas investigaciones, siempre y cuando cada una de estas atiendan a los siguientes criterios: (i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; (iv) que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad<sup>318</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la aplicación del principio del *non bis in idem* presupone identidad de sujeto, objeto y causa o fundamento, los cuales se han definido así:

*"La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*

*La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*

*(...) sobre la identidad de causa, débese señalar lo siguiente: Para la Corte, en el ámbito punitivo ese elemento, también denominado identidad de fundamento, está necesariamente vinculado con el concepto de bien jurídico tutelado, de manera que no resultará jurídicamente viable la doble incriminación por un mismo hecho, cuando las conductas punibles reprochadas lesionan o ponen en peligro idéntico interés jurídico"<sup>319</sup>.*

Así mismo, es relevante mencionar que el principio del *non bis in idem* no es exclusivo del ámbito penal sino que es extensivo a todo el universo del derecho administrativo sancionatorio<sup>320</sup>, lo que incluye los procedimientos administrativos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que ello quiera decir que el presente caso este llamado a operar.

En segundo lugar, debe recordarse a los recurrentes que la imputación jurídica respecto a los hechos que fueron objeto de sanción en la Resolución No. 82510 de 2021 no fue alternativa entre un acuerdo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o la prohibición general prevista en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 bajo la caracterización de un sistema tendiente a limitar la libre competencia.

Por el contrario, en la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018 se resolvió lo siguiente:

**"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

<sup>315</sup> Art. 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos." y el Art. 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

<sup>316</sup> Constitución Política. Artículo 29: "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a (...), y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

<sup>317</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005.

<sup>318</sup> Entre otras, Sentencia C-244 de 1996, C-060 de 1994, C-139 de 1994, C-427 de 1994 y C-526 de 2003.

<sup>319</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de septiembre de 2007, Rad. 26591. Luego se reiteró en la sentencia del 29 de octubre de 2008, Rad. 24582.

<sup>320</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-554 de 2001.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 (...)* (Subrayas fuera de texto original).

Como puede apreciarse, en la parte resolutive de la Resolución de Apertura de Investigación al referirse a las imputaciones jurídicas se empleó con absoluta claridad una conjunción copulativa — que no disyuntiva— para referir que los investigados, a partir de la imputación fáctica efectuada, podrían 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"*.

De tal modo, el artículo 1º 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).

Sobre el particular, esta Superintendencia<sup>321</sup> y la propia Corte Constitucional<sup>322</sup> han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1º 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 1º 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 mercado**<sup>323</sup>. 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 1º 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.

Incluso, 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"*<sup>324</sup>.

De esa forma, dadas las particularidades de las conductas que fueron objeto de reproche en la Resolución Sancionatoria, si bien el acuerdo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tiene su propia identidad y existencia, lo cierto es que su juicio de desvalor se encuentra subsumido en el juicio de desvalor de la conducta prevista en la prohibición general

<sup>321</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>322</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>323</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

<sup>324</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959. No puede olvidarse que los hechos sancionados desbordan en forma previa, concomitante y posterior el acuerdo anticompetitivo proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que se encontró plenamente probado en el presente caso, abriendo paso también a la configuración de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 bajo la caracterización de sistema tendiente a limitar la libre competencia económica.

Para este Despacho un "sistema" que restringe la libre competencia económica es una conducta anticompetitiva sumamente compleja que puede estar integrada por la unión de diferentes acciones u omisiones —acuerdos, dinámicas, estrategias, entre otras—, en que cada comportamiento considerado individualmente también podría resultar anticompetitivo en forma autónoma, pero que al reprocharlos en su unidad de intención, y dado su encadenamiento, en que algunos comportamientos son medio necesario para la ejecución de otros, como conducta compleja, el sistema anticompetitivo absorbe el desvalor de sus componentes. De ahí que la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no tenga un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpore.

Lo anterior no es óbice para que, en plena consonancia con la imputación fáctica y jurídica efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación, esta Superintendencia considere que algunos hechos concretos se encuadran, por ejemplo, en algún acuerdo anticompetitivo tipificado autónomamente, o incluso se reproche un acuerdo, que aun cuando no tenga la riqueza descriptiva de los previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, constituya una parte integrante o componente de un sistema anticompetitivo<sup>325</sup>.

Bajo ese contexto, se debe indicar que no les asiste razón a los recurrentes al sostener que cuando unos mismos hechos se consideran tipificados de manera simultánea en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, existe un desconocimiento del principio del *non bis in idem*. Semejante planteamiento desconoce por completo que esa posibilidad no solo es fácticamente posible, como se advirtió previamente, sino también olvida convenientemente que en materia penal, escenario más estricto de aplicación del referido principio, el que unos mismos hechos se tipifiquen de manera simultánea en diferentes normas jurídicas, no representa una doble incriminación o juzgamiento.

En efecto, el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, consagra en esos casos, la institución del "concurso de conductas punibles" relacionada con el principio de unidad de acción que tiene lugar, según define la misma norma, siempre que "con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición (...)".

Como puede apreciarse, en materia penal, es completamente admisible, y se encuentra consagrado legalmente, que unos mismos hechos se puedan tipificar en varias disposiciones de la ley penal, circunstancia que lejos de desconocer el principio del *non bis in idem*, constituye es un elemento de juicio para una agravación o aumento de la pena a imponer.

En todo caso, lo cierto es que en la Resolución Sancionatoria, pese advertir la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y aun cuando con fundamento en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia este facultada para imponer sanciones "por cada violación", se impuso una única multa, lo que descarta de plano que haya existido una doble sanción por unos mismo hechos. Es decir, las diferentes infracciones resultantes de unos mismos hechos nunca fueron sancionadas por separado, ni tampoco representaron una agravación respecto de la multa impuesta.

Por otra parte, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que se vulneró el principio de *non bis in idem* al juzgar dos veces a un mismo agente económico, por los mismos hechos. Como fundamento

<sup>325</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 del 6 de julio de 2020.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de su alegación, indicaron que a partir de decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, es posible afirmar que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son un único agente en el mercado, en virtud del control competitivo positivo y el control corporativo que la primera ejerce sobre la segunda.

Al respecto, este Despacho debe señalar que dicho planteamiento contiene la premisa equivocada de que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** fueron imputados fácticamente como un único agente en el mercado, por lo que basta con descartar ese supuesto para concluir que no existe ningún quebrantamiento del principio de *non bis in idem*.

En primer lugar, es menester aclarar que las decisiones (Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014, Resolución No. 32184 del 24 de junio de 2014 y Resolución No. 30853 del 17 de junio de 2015) referidas por los recurrentes para soportar sus argumentos respecto a que constituyen un único agente de mercado obedecen a pronunciamientos previos de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con operaciones de integraciones proyectadas que se condicionaron o aprobaron en virtud del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009.

De esta forma, si bien en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 existe una definición de control desde la perspectiva del derecho de la competencia, el análisis que se efectúa para establecer una situación de control en materia de integraciones empresariales dependerá de las particularidades que se examinan a efectos de determinar si la operación que se pretende realizar tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia —control ex ante—.

Entonces, en ese escenario, las situaciones de control competitivo, distan de las particularidades que se analizan al establecer infracciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia —control ex post—. Igual sucede, por ejemplo, al establecer un mercado relevante a efectos de adelantar el estudio de una integración empresarial, cuya metodología no necesariamente coincide con el análisis de un mercado afectado por la comisión de una conducta anticompetitiva.

De tal modo, basta con una lectura de la Resolución de Apertura de Investigación y la Resolución Sancionatoria para evidenciar que los reproches efectuados a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente escindibles y, si bien una puede ejercer control sobre la otra, lo cierto es que cada agente de mercado intervino en diferentes momentos del sistema anticompetitivo, concurrió en otros y, aun cuando su comportamiento fue plenamente coordinado, contribuyó en forma autónoma en la ejecución del sistema anticompetitivo.

Tan es así que incluso los recursos de reposición fueron interpuestos en forma independiente por cada investigado y en los mismos se pueden advertir argumentos particulares de defensa, lo que ratifica que para **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** es claro que su intervención en el sistema anticompetitivo fue reprochada por comportamientos concretos, autónomos e individualizados.

Así las cosas, es apenas obvio, que no existe una eventual vulneración al principio del *non bis in idem*, debido a que no se encuentran verificados ninguno de los requisitos para su aplicación y los argumentos planteados por los recurrentes se encuentran desvirtuados.

#### **5.6. Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio de tipicidad**

En forma común varios de los recurrentes señalaron que se desconoció el principio de tipicidad en razón a que los hechos reprochados no configuran los elementos de la descripción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En ese sentido, indicaron que sin la presencia de por lo menos dos (2) agentes del mercado no es posible aducir que exista un acuerdo contrario a la libre competencia. De tal modo, censuraron que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció su propio precedente al concluir que un acuerdo puede ser celebrado entre personas que no son agentes del mercado, como **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Agregaron que el concepto de acuerdo del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 se refiere a "*todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*", por lo que no es aplicable el criterio de interpretación del principio del efecto útil de las normas y no se debe acudir a otro tipo de interpretaciones diferentes, de conformidad con el artículo 27 del Código Civil.

Particularmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** refirieron que se realizó una interpretación "*tan absurda*" como que con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 las conductas previstas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 pueden ser realizadas por cualquier persona independientemente de su posición de dominio en el mercado. Sobre el particular, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicaron que de conformidad con la doctrina en materia de competencia, "*la norma que prohíbe la colusión en licitaciones sanciona únicamente los acuerdos de no competencia realizados entre empresas, y no los acuerdos entre funcionarios públicos y empresas privadas para determinar el destino de una licitación*".

En ese orden de ideas, señalaron que en el Proyecto de Ley 038 de 2015 se intentó realizar una cualificación del sujeto activo de la conducta al determinar que se podrá imponer sanciones pecuniarias a los "*agentes del mercado*", sean personas naturales o jurídicas, en busca de excluir el esfuerzo de una "*interpretación ampliada*" a los servidores públicos, debido a que la misma no existe. Igualmente, los recurrentes alegaron que un agente de mercado es quien realmente concurre en el mercado y no quien tenga injerencia en un proceso de licitación pública, por lo que la interpretación de la Resolución Sancionatoria es extensiva y dista de la noción de acuerdo reiterada en doctrina probable, al no darse la concurrencia, por lo menos, de dos (2) agentes de mercado.

Concretamente, **ODEBRECHT** sostuvo que no existe sinonimia entre los conceptos "*corrupción*" y "*colusión*" debido a que son supuestos distintos que afectan bienes jurídicos diferentes, mientras uno afecta la moralidad pública, el otro la libre competencia. Adicionalmente, indicó que la afirmación respecto a que aun cuando la finalidad del soborno era garantizar el cumplimiento de las reglas del proceso licitatorio "*no por ello perdería su carácter anticompetitivo*", es una suposición que no está expresamente consagrada en los supuestos fácticos previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

En similar sentido, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que no existe norma alguna que tipifique como conducta restrictiva de la competencia realizar pagos sin soporte o no impedir que un socio los realice. Agregaron que se crearon y sancionaron conductas que no afectan el bien jurídico protegido por las normas de la libre competencia.

Finalmente, alegaron que el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 no define de "*manera clara, concreta e inequívoca*" una conducta reprochable sobre la cual recae una prohibición del ordenamiento jurídico, sino que para indicar qué clase de práctica, procedimiento o sistema restringe la competencia, simplemente utiliza la expresión "*tendientes a limitar la libre competencia*".

Visto lo anterior, debe indicarse que los argumentos esgrimidos por los recurrentes 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 nuevamente por las razones que se exponen a continuación.

En primera medida, como lo ha señalado abundante jurisprudencia<sup>326</sup> 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

<sup>326</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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 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**"<sup>327</sup> (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."<sup>328</sup> (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.

<sup>327</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

<sup>328</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo anterior, la Corte Constitucional<sup>329</sup> 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).*

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. (...)"<sup>330</sup>.

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional<sup>331</sup> 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 censuró 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, es menester reiterar que esta Superintendencia<sup>332</sup> y la propia Corte Constitucional<sup>333</sup> 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.

<sup>329</sup> *Ibidem*.

<sup>330</sup> 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 (...)".

<sup>331</sup> 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."

<sup>332</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>333</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, 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 mercado<sup>334</sup>. 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.

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 nuevamente 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. Sobre el particular, en la referida providencia afirmó que no se está frente a un enunciado indeterminado o ambiguo.

*"La Corte concluye que la prohibición demandada es exequible y que por lo mismo, no es violatoria del principio de tipicidad ni del debido proceso. Para el efecto afirma que no se estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual se satisface el parámetro de control establecido por la Corte Constitucional para esa clase de enunciados."*

A partir de lo anterior, no son de recibo ninguno de los argumentos presentados por los recurrentes en torno a cuestionar la constitucionalidad de la prohibición general prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 al indicar que no define de "*manera clara, concreta e inequívoca*" una conducta reprochable. Dichos argumentos, además de reiterativos no solo representan un debate superado e impertinente en esta sede de reposición, sino que denotan un absoluto desconocimiento de la jurisprudencia constitucional.

En similar sentido, tampoco puede tener mérito de prosperidad el señalamiento de que se crearon y sancionaron conductas que no afectan el bien jurídico protegido por las normas de la libre competencia o que la prohibición general no indica qué clase de práctica, procedimiento o sistema restringe la competencia. Al respecto, precisamente la referida providencia constitucional al descartar cualquier desconocimiento del principio de legalidad y tipicidad, para el caso particular de los sistemas anticompetitivos, precisó que:

*"Respecto de las expresiones "procedimientos" y "sistemas" tendientes a limitar libre competencia, en su interpretación no debe apelarse al ingenuo expediente de acudir al diccionario de la Real Academia de la Lengua, como de continuo se hace, sino que se debe atender al uso que de esas expresiones hacen los sujetos concernidos alrededor del derecho a la libertad de competencia, entre otros, el legislador y sus normas; los productores, las empresas y los comerciantes que concurren al mercado, quienes indudablemente diseñan y ejecutan actos, acuerdos, prácticas, procedimientos y sistemas de acción; los consumidores; los jueces, especialmente los de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Corte Constitucional y los Tribunales de Arbitramento, cuando hay lugar*

<sup>334</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

a ellos; y la Superintendencia de Industria y Comercio, como máxima autoridad del sector y de la materia (...) (Subrayas fuera de texto original).

Más aún, 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"<sup>335</sup>.

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 recurrentes 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 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que lo previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia, que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, incluidos los 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".

En este punto es menester aclarar que la anterior conclusión no es de ningún modo "absurda" como lo afirman **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** y, por el contrario, representa una interpretación armónica que permite establecer el verdadero sentido y alcance del precepto analizado en relación con otras disposiciones del régimen general de competencia, como parte de un todo. De tal manera, los recurrentes al señalar que esa interpretación llevaría a que las conductas previstas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 pueden ser realizadas por cualquier persona, olvidan convenientemente que para la configuración de alguno de esos actos anticompetitivos el legislador estableció como requisito que previamente exista "posición dominante".

A diferencia de lo anterior en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 el legislador para ninguno de los acuerdos allí proscritos estableció como presupuesto la existencia de un sujeto calificado por lo que, aun cuando exista una definición en el artículo 45 *Ibidem*, la misma debe ser interpretada con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, normatividad que, se insiste, actualizó el régimen en materia de protección de la competencia para adecuarlo 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.

Precisamente, esta Superintendencia desde tiempo atrás, al interpretar los acuerdos proscritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ha sostenido lo siguiente:

<sup>335</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 73079 de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"(...) el acuerdo puede estructurarse bajo la forma de un contrato, un convenio o concertación, todos ellos bajo el denominador común de la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y de una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, independientemente de su naturaleza o formalización."<sup>336</sup>*  
(Subrayas fuera de texto original).

Incluso, al interpretar la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se ha precisado que:

### **"6.2. MARCO NORMATIVO**

*De conformidad con la Resolución No. 24536 del 2 de mayo de 2011, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que dispone:*

*"Artículo 47. [...] 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."*

### **6.3. DE LA CONDUCTA INVESTIGADA**

*De la norma transcrita en el aparte anterior, se tiene que el ordenamiento colombiano condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas. **Cabe resaltar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no sólo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal.***

*(...)"<sup>337</sup>* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Como puede apreciarse, no es cierto que exista un cambio de postura, ni que esta Superintendencia previamente haya supeditado o condicionado la configuración de la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 a que los extremos o pactantes del acuerdo anticompetitivo sean necesariamente "empresas". Por el contrario, lejos del restringido entendimiento de los recurrentes, se ha considerado que deben existir por lo menos dos sujetos que puedan acordar y de una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, "*independientemente de su naturaleza o formalización*", como también que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección contractual contraviene las normas de protección de la competencia económica, lo cual, se reitera, es plenamente consistente con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, respecto a que lo previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia, que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, incluidos los 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.

Aceptar la tesis de los recurrentes en relación con una interpretación meramente literal de la norma que no consulta su coherencia y armonía con otras disposiciones del régimen general de competencia, sería tanto como pretender sostener que la descripción típica del numeral 9 del artículo

<sup>336</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 39016 del 29 de noviembre de 2002.

<sup>337</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012. Posición reiterada en la Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

47 del Decreto 2153 de 1992 única y exclusivamente se limita a la modalidad de selección "licitaciones o concursos" y que dichos acuerdos anticompetitivos no tendrían configuración, por ejemplo, en el caso de procesos contractuales bajo la modalidad de selección abreviada o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia.

Más inaceptable, sería tanto como intentar sostener que la descripción normativa contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992<sup>338</sup> perdió vigencia al año siguiente de su promulgación como consecuencia de la posterior expedición, en ese entonces, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —Ley 80 de 1993— o que no tendría aplicación en caso de futuras legislaciones que establezca alguna modalidad de selección contractual en que deba imperar la libre competencia, lo cual es absolutamente inadmisibles.

Semejantes planteamientos son a todas luces infundados ya que la descripción típica de las infracciones administrativas, dada su textura abierta y su flexibilidad, permiten su actualización en razón de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica.

En ese sentido, aun cuando el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 tan solo refiere "licitaciones o concursos", esta Superintendencia ha entendido que no se restringe, limita o supedita a una modalidad de selección específica, sino por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la modalidad de selección de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones<sup>339</sup> esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada.

Precisamente, sobre el particular, la propia jurisprudencia administrativa, lejos de considerar que se desconoce el principio de tipicidad, ha avalado ese entendimiento, señalando lo siguiente:

*"Así, el derecho a la libre competencia y a otros derechos de carácter económico, se predica del contrato estatal y específicamente de la modalidad de selección previa a la adjudicación del mismo, sin que estas garantías sean exclusivas de la licitación pública o del concurso de méritos, puesto que en las modalidades de selección descritas en la Ley 1150 de 2007, esto es licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, participan oferentes de forma amplia o restringida, para la consecución del contrato estatal a su favor en calidad de contratistas, siendo este un espacio que permite el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa.*

(...)

*Entiende la Sala que cuando la norma se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, su sentido no debe ser interpretado en qué solo son reprochables, si los mismos se dan en el marco de los procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos, pues como se vio con antelación, en realidad la norma deber ser interpretada conforme al ordenamiento jurídico y, específicamente en cuanto a la protección de las garantías a la libre competencia y la libre concurrencia (...)"<sup>340</sup>. (Negrilla fuera de texto original).*

Puestas así las cosas, es jurídicamente válido entender que en los acuerdos proscritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, con fundamento en 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".

<sup>338</sup> Cuando se expidió el Decreto 2153 de 1992 se encontraba vigente materia de contratación estatal el Decreto 222 de 1983 "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

<sup>339</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 53991 de 2012, 40875 de 2013 y 53914 de 2013.

<sup>340</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Incluso, si de doctrina se trata, estudios sobre las diferentes perspectivas comparadas en materia de protección de la libre competencia, relacionadas con la interpretación que en Estados Unidos, en la Unión Europea y en Colombia se realiza sobre la participación de un "no competidor" en un cartel, concluyen que:

*"Por lo tanto, al amparo de la normatividad y la doctrina colombianas, pueden ser reprochados carteles conformados con personas que no hacen parte del mismo mercado que se ve afectado con la colusión. Lo cual demuestra, de consuno con lo esgrimido en las líneas anteriores, que en el sistema colombiano, al igual que en el de Estados Unidos y en el de la Unión Europea, existe una clara tendencia a privilegiar la defensa del bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia, por encima de la naturaleza, calidades y condiciones del agente o los agentes involucrados con una conducta que ponga en riesgo aquel".<sup>341</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

En ese orden de ideas, una interpretación teleológica del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 también conduce a "*privilegiar la defensa del bien jurídico protegido por la libre competencia económica, por encima de la naturaleza, calidades y condiciones del agente o los agentes involucrados*", como lo sostiene la doctrina y lo corrobora categóricamente el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

Lo anterior, por supuesto, está en línea 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:

*"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."<sup>342</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En este punto deben rechazarse los argumentos de ODEBRECHT con que pretende distinguir entre los conceptos de "corrupción" y "colusión" para sostener que solo la colusión afecta la competencia. Al respecto, este Despacho no tiene ninguna duda de que la corrupción, al igual que la colusión, tiene un claro impacto en los procesos de licitación pública y un efecto devastador en la dinámica

<sup>341</sup> Soto Pineda, J. & Pabón Almanza, C. (2019). La participación de un "no competidor" en un cartel: experiencias comparadas de Estados Unidos, la unión Europea y Colombia. *Revista Derecho del Estado*. Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5671/7573#citations>.

<sup>342</sup> OCDE, Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas; combatiendo la colusión y la corrupción. FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competitiva. De ahí que la propia OCDE respecto de la corrupción considere que también es una de las formas en que en se intenta "escapar a la presión competitiva" en esos escenarios. Incluso, para Corte Constitucional el fenómeno de la corrupción también tiene un evidente impacto de dimensión económica. Al respecto, ha sostenido que:

*"Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad. Adicionalmente, este fenómeno facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. **La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa**"<sup>343</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Así las cosas, no solo la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad de competencia económica, sino también la OCDE y, por si fuera poco, la Corte Constitucional, concluyen indubitadamente que la corrupción, al igual que la colusión, tiene como consecuencia la "eliminación de la competencia", por lo que no es un asunto que simplemente afecte la moralidad pública como convenientemente lo pretende hacer ver ODEBRECHT con el propósito de aminorar el impacto de su reprochable conducta. A esto se suma que dicho fenómeno puede adquirir diferentes modalidades, no solo acuerdos anticompetitivos, y revestir distintas particularidades dependiendo del caso concreto, lo que tampoco es óbice para que esta Superintendencia pueda reprochar ese tipo de conductas, cuando quiera que afecten las dinámicas de competencia, bajo la caracterización de "prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia" prevista en la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Además, debe tenerse en cuenta que la interpretación convenientemente restrictiva realizada por los recurrentes 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."<sup>344</sup> (Negrilla fuera de texto original).

Bajo ese entendimiento, patrocinar los argumentos de los recurrentes 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

<sup>343</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-944 de 2012.

<sup>344</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"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 competitiva". Recuérdese que en mismo sentido, bajo ningún punto de vista el legislador tampoco otorgó impunidad a cualquier tipo de acuerdo vertical, tal y como se desprende de la lectura del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992<sup>345</sup>.

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.

Con fundamento en estas razones se encuentran desestimados por completo los argumentos de los recurrentes dirigidos a señalar un supuesto desconocimiento del principio de legalidad y tipicidad en la Resolución Sancionatoria.

#### **5.7. Consideraciones del Despacho sobre la supuesta pérdida de competencia temporal por caducidad de la facultad sancionatoria**

En forma común todos los recurrentes señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia temporal debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria. Para soportar sus argumentos indicaron que no se configuraron los elementos de una conducta continuada. También sostuvieron que no existe continuidad de la conducta debido a que entre los hechos que se califican como colusión —2009 y 2010— y los denominados pagos irregulares —iniciados en 2013— existe una interrupción temporal de aproximadamente tres (3) años.

En ese sentido, manifestaron que la presunta colusión en una licitación pública y la existencia de un supuesto sistema anticompetitivo son totalmente escindibles y diferenciables, por lo que el término de caducidad para cada una de ellas debe ser independiente. Agregaron que esas conductas son totalmente diferenciadas por la tipificación normativa y participaron agentes disímiles. Agregaron que la extensión de los efectos anticompetitivos, con razón de la ejecución del contrato o de mecanismos para una "dinámica de reembolsos y pagos irregulares" se encuentra totalmente por fuera del tipo sancionatorio previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo que el supuesto acuerdo colusorio habría caducado.

Al unísono los recurrentes indicaron que la conducta no es de tracto sucesivo o continuada debido a que el soborno y su pago concluyeron en 2010, comportamiento anticompetitivo que más allá no produjo efectos respecto del derecho de la competencia. Agregaron que cualquier hecho posterior, como un mecanismo relativo a la "dinámica de reembolsos y pagos irregulares" es ajeno a la colusión y tiene una finalidad o intención distinta.

Particularmente, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** sostuvo que no existió (i) "unidad de sujetos" debido a que **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, después de concluida la licitación, dejó de ser funcionario público; (ii) "unidad de intención" debido a que la conducta de ofrecer y pagar "sobornos" a funcionarios públicos, no guarda identidad en causa, objeto y sujetos respecto del "sistema de reembolso y pagos irregulares" y (iii) "unidad de infracción" debido a que se requiere que cada una de las conductas en el tiempo resulten violatorias de un mismo precepto normativo o una misma infracción.

Por su parte, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, a partir de diferentes decisiones del Tribunal Europeo y la Comisión Europea alegaron que una infracción única y continuada "no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado" y

<sup>345</sup> Incluso la doctrina especializada tradicionalmente ha considerado de manera pacífica que "La norma colombiana es muy clara en establecer que hay una prohibición para los acuerdos verticales (...)". Miranda Londoño, Alfonso. "LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA PER SE EN EL DERECHO COLOMBIANO". CEDEC, 2017, p. 28.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que debe existir un enlace objetivo, esto es, la existencia de un objetivo general y, un enlace subjetivo, como la conciencia de la participación en una conspiración más amplia.

Adicionalmente, los recurrentes refirieron diferentes pronunciamientos judiciales. De conformidad con decisiones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señalaron que, en colusiones en licitaciones públicas, la caducidad de la facultad sancionatoria: (i) no puede iniciar su cómputo después del acto de adjudicación; (ii) tampoco resulta ajustado a la ley contar su término a partir de la liquidación del contrato y (iii) los efectos o beneficios conseguidos con el acuerdo colusorio no pueden ser equiparados a la conducta típica. Igualmente, anotaron que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en materia penal sobre la prescripción en materia de delitos continuados, la prescripción se cuenta desde el instante de la culminación del fin, es decir, desde la obtención del objetivo, que en este caso sería la adjudicación del contrato.

Así, los recurrentes concluyeron que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que transcurrieron más de tres (3) y/o cinco (5) años, si se considera la fecha en que: (i) se suscribió el contrato de concesión (14 de enero de 2010); (ii) **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** dejó de ser Gerente Encargado del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** (en adelante "INCO") (18 de enero de 2010) o Viceministro de Transporte (31 de marzo de 2010) o (iii) la última transferencia a **LURION TRADING** (septiembre de 2010).

De otra parte, los recurrentes enfilaron una serie de argumentos dirigidos a exigir la aplicación del principio de favorabilidad. Al respecto, manifestaron que se incurrió en un grave error de aplicación de normas procesales en el tiempo al indicar que la norma para contabilizar la caducidad es la Ley 1340 de 2009 y no el Decreto 01 de 1984. En ese sentido, anotaron que con fundamento en el artículo 40 y 41 de la Ley 153 de 1887, modificados por la Ley 1564 de 2012, los términos que inician a correr se rigen por las leyes vigentes en ese momento. De tal modo, en virtud del artículo 38 del Decreto 01 de 1984, el término de caducidad es de tres (3) años, debido a que la Ley 1340 de 2009 entró en vigencia con posterioridad a la ocurrencia del acuerdo anticompetitivo.

Sobre el particular, indicaron que se debe aplicar el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, con independencia del carácter continuado o no de la conducta y que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la jurisprudencia del Consejo de Estado "*los términos que comenzaron a correr en vigencia de una Ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma*". Agregaron que en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y el principio de favorabilidad, si fuera cierta la conducta continuada, el término de caducidad es de tres (3) años. De tal modo, concluyeron que la aplicación temporal de las disposiciones procesales, y el principio de favorabilidad, impiden la aplicación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y que el término de caducidad se encuentra íntegramente regido por el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, que prevé un término de tres (3) años, y no establece un cómputo diferente en materia de conductas continuadas.

**CORFICOLMBIANA** y **EPISOL** sostuvieron que el acuerdo colusorio caducó en 2012 o 2014 y los denominados pagos irregulares el 25 de septiembre de 2020 debido a que el último pago mencionado en la Resolución de Apertura de Investigación fue a **CONSORCIO SION**. Así mismo, que los últimos pagos a **PROFESIONALES DE BOLSA** y **CONSORCIO SION** fueron realizados el 14 de mayo y 25 de septiembre de 2015, respectivamente, por lo que transcurrieron más de cinco (5) años y se perdió competencia para sancionar.

Por su parte, la **CONCESIONARIA** precisó que se realizó una interpretación extensiva, que no consulta los criterios de seguridad jurídica del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, al señalar que permitió prolongar la conducta anticompetitiva hasta el 22 de febrero de 2017.

Particularmente, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** alegó que operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que para el 28 de diciembre de 2020 transcurrieron cerca de once (11) años desde el último acto vinculado al soborno realizado a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**. En similar sentido, se indicó que operó la caducidad de la facultad sancionatoria debido a que el último pago que **LUIZ ANTONIO MAMERI** autorizó fue en 2013 a **OTTO NICOLÁS BULA BULA** y en 2016

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

entendió que esa autorización se materializó entre febrero y septiembre de 2014, por lo que el 28 de diciembre de 2020 transcurrieron cerca de siete (7) años desde esa autorización.

Finalmente, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** precisó que el pago y reembolso del soborno, a través del contrato con **DCS MANAGEMENT**, ocurrieron en 2010 por lo que al abrir la investigación no se tenía facultad para sancionar y que en un esfuerzo por estructurar la tesis de la continuidad de la conducta, se arguyó que el acuerdo competitivo cobijaba la adición Ocaña – Gamarra, que más allá de su enunciación no fue corroborada con el material probatorio.

Los anteriores argumentos, que en esencia se dirigen a alegar que existe una falta de competencia temporal como consecuencia de que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, no tienen mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que se exponen a continuación.

Lo primero que debe anotarse es que cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio encaminado a definir la situación jurídica de una persona, la exigencia constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto *"la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos"*<sup>346</sup>.

En consecuencia, cuando una autoridad administrativa actúa sin competencia —material, territorial o temporal<sup>347</sup>— se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que *"la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen"*.

Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y, en consecuencia, en esta ocasión corresponde determinar si, como se afirma en los recursos de reposición, operó la caducidad de la facultad sancionatoria o, por el contrario, se contaba con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio.

De esta forma, antes de realizar el análisis propuesto, es menester referirse a las providencias judiciales señaladas por algunos recurrentes en torno a la caducidad de la facultad sancionatoria en materia de colusiones en procesos de selección contractual.

Al respecto, este Despacho puede evidenciar que se trata de diferentes sentencias proferidas en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sobre el particular, se debe llamar la atención en relación con que las consideraciones expuestas en las referidas providencias judiciales obedecen a las particularidades fácticas de los casos sometidos a control judicial y, particularmente, a los asuntos que se pretendían dilucidar en esa oportunidad. Así que realizar una lectura aislada e inconsulta del contexto fáctico en que se suscitaron los pronunciamientos judiciales para pretender su aplicación o extensión al presente caso, puede generar una interpretación errada sobre el correcto entendimiento de la configuración de la conducta y, en consecuencia, sobre caducidad de la facultad sancionatoria.

<sup>346</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 2015.

<sup>347</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. No. 250002325000 2000 02814 01. Al respecto, se consideró que *"La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)."*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A modo de ejemplo, a partir de una revisión detallada de la sentencia de primera instancia del 9 de julio de 2015<sup>348</sup>, puede advertirse que la referencia jurisprudencial citada por los recurrentes para fundamentar la supuesta configuración de la caducidad obedece a un caso con particularidades fácticas distintas al reprochado en la Resolución Sancionatoria. En dicha ocasión el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que:

*"En el asunto bajo estudio la **conducta reprochable se inició desde el mismo momento en que se realizaron las llamadas** entre los diferentes representantes de las empresas con el fin de buscar la forma de descalificar las propuestas (...) **teniendo como momento de concreción la expedición del acto de adjudicación, pues con el mismo se consumó la lesión de la libre competencia.** (...)"* (Negritas y subrayas fuera de texto original).

Como puede apreciarse en la sentencia referida, las consideraciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para determinar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria obedecen al momento de inicio y concreción de la "conducta reprochable" que fue objeto de análisis en los actos administrativos enjuiciados en esa ocasión, la cual está enmarcada en un componente factual completamente diferente de la Resolución No. 82510 de 2020 debido a que en el caso concreto los hechos que motivaron la sanción no solo se concretaron de forma previa, concomitante y posterior a la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, sino que además configuraron la infracción prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 por representar un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica.

A lo anterior debe sumarse que, tan solo meses antes, el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 23 de abril de 2015<sup>349</sup>, en las consideraciones previas a analizar otro caso de colusión en un proceso contractual, en relación con la tipificación de la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 sostuvo que:

*"(...) claramente el ordenamiento jurídico colombiano dispone herramientas tanto para su promoción, como para la prevención y sanción de prácticas que restrinjan este derecho para quienes tengan interés legítimo en la adjudicación de un negocio jurídico con una entidad pública. En efecto, el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 47 consigna como conducta reprochable los acuerdos contrarios a la libre competencia.*

*De lo anterior se desprende que **la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en i) la fijación del acuerdo colusorio, ii) el propósito de alterar el proceso de selección contractual, manifestado a través de acciones de los concordantes tendientes a obtener el fin deseado, y iii) 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.**"*<sup>350</sup>  
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, en cualquier punto de discusión, tal y como lo reconoció expresamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es evidente que, en ciertos casos, 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 y, por obvias razones, tienen "efectos lesivos que se extienden en su ejecución", como por ejemplo, en el caso de los sistemas tendientes a limitar la libre competencia proscritos en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 que incluyen acuerdos colusorios.

De tal modo, los verdaderos motivos que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la providencia judicial referida por los recurrentes, a concluir que la liquidación del contrato "resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo", no están dadas en razón a que la conducta reprochable necesariamente se agote en

<sup>348</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 9 de julio de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 02040 00.

<sup>349</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el acto de adjudicación, sino por las particularidades propias del caso analizado en esa oportunidad. Siendo esto así, no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes de extender las consideraciones de las providencias judiciales referidas, a efectos de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente caso por el hecho incontrovertible de que no resultan aplicables.

Por otra parte, los argumentos de los recurrentes a partir de los cuales pretenden desconocer el carácter continuado de la conducta sancionada no tienen ningún mérito de prosperidad en esta sede. 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 tiempo<sup>351</sup>. 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.*

*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*

<sup>351</sup> 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](http://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 deciden unos recursos de reposición"

*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 ilegal, 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 lo anterior, no pueden ser de recibo los argumentos de los recurrentes destinados a señalar que no se configuraron los elementos de una conducta continuada. Igualmente, en este punto es importante mencionar que los requisitos (enlace objetivo y subjetivo) contenidos en decisiones foráneas que exige **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** para que se pueda considerar una infracción única y continuada, no son aplicables en el presente caso debido a que no constituyen ningún precedente de obligatoria aplicación y, más importante aún, no son exigidos por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 en su descripción normativa.

En todo caso, lo cierto es que en la Resolución Sancionatoria se encontró plenamente probado 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. 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.

En ese orden de ideas, los argumentos de los recurrentes respecto a que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con competencia temporal dado que ocurrió 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 sancionada en el acto administrativo recurrido, 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



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

colusorio— y en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 —sistemas que limitan la libre competencia económica—.

En este punto es importante señalar que los argumentos expuestos por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** con que pretenden limitar la ejecución del sistema anticompetitivo hasta el momento en que se realizaron los pagos irregulares al **CONSORCIO SION** o **PROFESIONALES DE BOLSA** con el propósito de alegar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, tampoco están llamados a prosperar.

En primer lugar, tal y como se refirió en acápites previos frente al supuesto desconocimiento del principio de congruencia, debe insistirse en que la imputación fáctica en la Resolución de Apertura de Investigación no estuvo limitada a los "pagos irregulares" realizados a **PROFESIONALES DE BOLSA** o **CONSULTORES UNIDOS**. En efecto, se imputó expresamente toda una dinámica de suscribir contratos que carecían de soportes o debida justificación para desviar recursos de la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, no solo con el propósito de garantizar su adjudicación, sino en etapas posteriores con garantizar el éxito de adiciones contractuales, y bajo esa conducta se encontraban también pagos irregulares derivados de contratos suscritos con **RGQ LOGISTIC**, **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**, según se logró establecer en la Resolución Sancionatoria, a partir de una análisis en conjunto del material obrante en el Expediente.

Precisamente, este Despacho en el acto administrativo recurrido presentó evidencias contables que permitieron apreciar que a través de **CONSOL** y/o el patrimonio autónomo<sup>352</sup> de la **CONCESIONARIA** se causaron gastos y realizaron pagos en favor del **CONSORCIO SION**, **CONSORCIO TORROSA**, **INVERSIONES TORROSA** y **PRESOAM**. En esa medida, a partir de la evidencia contable se logró 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"<sup>353</sup>, perpetuando la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares en la segunda fase del sistema anticompetitivo.

Por otra parte, algunos recurrentes reiteraron nuevamente 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. Así mismo, indicaron que el Consejo de Estado con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 ha sostenido que "los términos que comenzaron a correr en vigencia de una Ley anterior, específicamente el de caducidad, deben finalizar su conteo en aplicación de tal norma".

Sobre lo anterior, lo primero que debe anotarse es que los recurrentes incurren en un desatino jurídico al interpretar las consideraciones expuestas en las providencias judiciales —autos— con que pretenden soportar su exigencia de aplicación del principio de favorabilidad. En efecto, la "caducidad" sobre la cual se pronunció el Consejo de Estado no está relacionada con el espacio o límite temporal en que la autoridad administrativa está facultada para ejercitar su potestad sancionatoria, sino con el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su

<sup>352</sup> 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 (...).

<sup>353</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción, lo cual es hartamente diferente.

Esa lamentable confusión de los recurrentes les lleva a exigir, por vía del principio de favorabilidad, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria deba ser el que estaba vigente al momento en que iniciaron la ejecución de su conducta, postulación que es a todas luces improcedente y desconoce los pronunciamientos que sobre ese aspecto particular ha proferido el Consejo de Estado.

Al respecto, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, 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:

***"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 recurrentes.

Las conductas ejecutadas por los recurrentes 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 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, por una dinámica de reembolsos y pagos irregulares, que se materializó a través de la instrumentalización de diferentes contratos, que les permitió dividir los costos derivados del pago del referido acuerdo y, en forma concomitante, implementar 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 recurrentes, 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 normatividad, 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"***.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 "Continuada o Permanente", lo que significa que 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.*

*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.* (...) <sup>354</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En el caso analizado 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 la Resolución Sancionatoria, se desarrollaron a través de varios comportamientos —acuerdo, dinámicas, estrategias— 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 del Proyecto 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 adiciones<sup>355</sup> contractuales, tal y como se encontró probado con suficiencia en la Resolución Sancionatoria recurrida. Por lo que incluso es suficiente con leer la Resolución de Apertura de Investigación para advertir que desde dicho acto administrativo, la conducta que fue objeto de reproche se imputó como permanente, continuada o de tracto sucesivo.

<sup>354</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre 2014. Rad. No. 2013 00254 01.

<sup>355</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018. p. 83.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tampoco puede olvidarse que, según se dijo en la Resolución de Apertura de Investigación, la **CONCESIONARIA**, a la cual pertenencia **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 anticompetitivo<sup>356</sup>, tal y como fue plenamente corroborado en la Resolución Sancionatoria.

Para este Despacho no puede ser de recibo que se alegue nuevamente por parte de los recurrentes que simplemente se trataba de algunos eventos aislados, inconexos, separados o que existió una supuesta "*interrupción temporal*" con el propósito de segmentar la conducta anticompetitiva, desconocer su sistematicidad y, en ese escenario, valerse convenientemente de una caducidad de la facultad sancionatoria inexistente. 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.

En esa medida, resulta inaudito que se alegue la configuración 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 a lo largo de la Resolución Sancionatoria 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 representó una fase dentro del sistema anticompetitivo, sin que ello signifique que la conducta anticompetitiva de los investigados se limite o circunscriba 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 acto administrativo recurrido.

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 una muestra adicional de la continuidad y prolongación de la conducta, máxime cuando la última reunión realizada en julio de 2016 con esa finalidad fue concomitante con el último pago del que se tiene registro efectuado el 5 de agosto de 2016 a **PRESOAM** a través del patrimonio autónomo de la **CONCESIONARIA**, durante la materialización de la dinámica de reembolsos y pagos irregulares.

Incluso, se insiste, 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

<sup>356</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 67837 de 2018, p. 162.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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, 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, sin que ello implique una "interpretación extensiva" del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

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"<sup>357</sup>.

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 perpetrada por los investigados no ocurrió instantáneamente, sino de manera continuada durante la ejecución del contrato de concesión, lo 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)<sup>358</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

<sup>357</sup> 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: [\[http://static.iris.net.co/dinero/upload/documents/180806-laudo-final-2-1.pdf\]](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 (...)"

<sup>358</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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 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.**"<sup>359</sup> (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** (...)"<sup>360</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

En consecuencia, no pueden ser de recibo para este Despacho los argumentos de los recurrentes 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

<sup>359</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01(8340).

<sup>360</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01(8340).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 recurrentes.

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 a los recurrentes 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 jurisprudencia<sup>361</sup> 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 continuamente implican una interpretación diferente, en razón 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 continuamente 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**"<sup>362</sup> (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 nuestra Constitución 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.

<sup>361</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1087 de 2005.

<sup>362</sup> Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2009. Rad. No. 31401.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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, continuarán 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.

Así las cosas, se rechazan por completo los argumentos presentados por los recurrentes respecto de la supuesta falta de competencia temporal como consecuencia de que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### **5.8. Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad**

Varios recurrentes presentaron argumentos dirigidos a señalar que se desconoció el principio de imparcialidad en la actuación administrativa. Particularmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** alegaron que la función de decidir estas investigaciones comporta la responsabilidad de juzgar la conducta de las personas y empresas investigadas, para lo cual se requiere imparcialidad, neutralidad y distancia del funcionario que investiga y acusa, así como de los investigados y terceros. Además, señalaron que debe evitarse cualquier comportamiento que pueda "*reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio*" y que la decisión no fue objetiva debido a que no hizo referencia, ni analizó las razones que las demás partes presentaron para controvertir las acusaciones.

Por otra parte, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicaron que se desconoció el principio de imparcialidad y "*pululan*" ejemplos de cómo se obvió que la finalidad de los procedimientos es asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración "*factores de afecto o de interés*" y, en general, "*cualquier clase de motivación subjetiva*". En ese sentido, sostuvieron que algunas expresiones utilizadas por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** "*seguramente permeó la psiquis*" de los funcionarios responsables de la investigación, que como "*seres humanos impresionables, permeables a la información que reciben durante todo el proceso*" vieron afectado su juicio.

Por otra parte, señalaron que se desconoció el principio de presunción de inocencia debido a que "*sin querer prejuzgar*" se habían anunciado las más altas sanciones contra las empresas investigadas, pese a que el Superintendente de Industria y Comercio afirmó que no se emitió un "*concepto*" al respecto.

De lo anterior, se advierte que el motivo principal de inconformidad de los recurrentes consiste en el supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad en la actuación administrativa.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre el particular, es importante mencionar que el derecho sancionador habilita al Estado para ejercer su *ius puniendi* con la finalidad de reprimir comportamientos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico como contrarios a bienes jurídicamente protegidos, como en el caso de las conductas que contrarían las normas sobre protección de la competencia económica y, en ese contexto, es indiscutible que el principio de imparcialidad tiene plena aplicación y, sin dudar, es exigible en cualquier trámite administrativo de carácter sancionatorio, sin que ello quiera decir que en el presente caso fue desconocido.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 establece que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo, entre otros, al principio de imparcialidad, sin ser la excepción las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Precisamente, en virtud del referido principio, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Desde esa perspectiva, este Despacho puede evidenciar que los argumentos de los recurrentes, en especial, los expuestos por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, no dejan de ser simples insinuaciones infundadas que se circunscriben a sugerir que, a su juicio, se debe evitar cualquier comportamiento que pueda "*reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio*", sin presentar ningún tipo de fundamentación fáctica o probatoria al respecto.

En esa medida, debe recordarse a los recurrentes que a efectos de analizar el supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad resulta indispensable que los argumentos no se limiten a efectuar afirmaciones de carácter subjetivo, sino que se requiere la identificación precisa de circunstancias fácticas, y la prueba de su ocurrencia, que permita inferir su trasgresión y demuestren que el servidor público tuvo algún interés particular, personal, cierto y actual, con alguna relación, al menos mediata, que impidiera la adopción de una decisión objetiva o imparcial en el caso concreto.

A partir de lo expuesto, no es posible realizar ningún análisis y, más importante aún, tampoco se advierte que la condición de imparcialidad en el presente trámite haya sido desconocida en algún momento. Por el contrario, **ODEBRECHT**, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI**, **LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** presentaron solicitudes 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 y, surtido el trámite previsto en el artículo 12 *ibidem*, el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, mediante Resolución No. 0944 del 10 de septiembre de 2020<sup>363</sup> resolvió declarar improcedente la recusación formulada.

De igual forma, es importante destacar que **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, pese a actuar activamente en toda la actuación, en ningún momento formularon ninguna causal de recusación, siendo esa la figura legal, idónea y procedente si se advierte alguna situación que afecte la transparencia del servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, y que eventualmente tenga comprometida su independencia en el trámite administrativo.

Por otra parte, respecto a que algunas expresiones utilizadas por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** afectaron el juicio de los funcionarios responsables de la investigación, debe señalarse que, además de ser un argumento que carece de soporte probatorio, la Resolución Sancionatoria nunca se fundamentó en apreciaciones subjetivas de los referidos funcionarios, sino en una valoración en conjunto de las pruebas que reposaban en el Expediente administrativo y sobre las cuales los recurrentes tuvieron la oportunidad de ejercer ampliamente su derecho de defensa y contradicción.

<sup>363</sup> Radicado SIC 17-14777-1267.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por los motivos expuestos, es claro que no existió ninguna situación que afectara el criterio de los funcionarios públicos encargados de instruir la investigación o adoptar las decisiones correspondientes, que llevara a comprometer su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el presente caso.

Así las cosas, la imparcialidad e independencia, como objetivos superiores, orientados a garantizar que las actuaciones se ajusten a los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública conforme al artículo 209 de la Constitución Política, siempre estuvieron salvaguardados en la presente actuación administrativa.

#### **5.9. Consideraciones del Despacho sobre la supuesta existencia de un régimen de responsabilidad objetiva**

Varios recurrentes presentaron argumentos dirigidos a señalar que se aplicó indebidamente un régimen de responsabilidad objetiva. Al respecto, indicaron que según la Corte Constitucional los reproches de responsabilidad administrativa sancionatoria son personalísimos.

Igualmente, señalaron que de conformidad con la jurisprudencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "*toda forma de responsabilidad objetiva se encuentra proscrita*" y "*se requiere un conocimiento consciente del agente de la conducta para que sea jurídicamente reprochable*". En ese sentido, los recurrentes anotaron que la responsabilidad en materia de prácticas restrictivas de la competencia es subjetiva y en el caso de las personas jurídicas la culpabilidad se verifica cuando la empresa ha tenido un defecto estructural que genera o posibilita el actuar ilegal de la persona natural vinculada a ella.

De otra parte, indicaron que para que pueda generarse responsabilidad por un conducta omisiva es necesario que: (i) la norma considere que puede infringirse por inactividad o abstención; (ii) el resultado antijurídico se produzca como consecuencia de la omisión y (iii) exista relación de causalidad entre la omisión y el resultado antijurídico. Agregaron que las conductas tipificadas son de acción (acordar con un tercero o tener una práctica, procedimiento o sistema) y no de omisión.

Particularmente, ODEBRECHT alegó que la responsabilidad debe recaer en la **CONCESIONARIA**, que fue quien se aduce efectuó los pagos que se estiman irregulares y parte del sistema anticompetitivo. De igual forma, EPISOL indicó que se aplicó un régimen de responsabilidad objetiva proscrito en materia administrativa sancionatoria al hacerle responsable por actos de terceros, porque un trabajador que se encontraba en misión en otra empresa, bajo otra subordinación, no se hubiese negado a autorizar unos determinados pagos.

Los argumentos expuestos por los recurrentes que, en esencia, se dirigen a sugerir la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia no tienen mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, debe señalarse que la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones, en relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado ha reclamado la presunción de inocencia y, en consecuencia, el principio de culpabilidad como elemento necesario que debe concurrir para la imposición de una sanción. Así, ha sostenido, en principio, que "[e]stá proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora"<sup>364</sup>.

No obstante, el anterior planteamiento no es absoluto y dependiendo del tipo de infracción administrativa en diversos preceptos jurisprudenciales ha existido un desarrollo diferente. En unos, aceptando la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, en otros, matizando o atenuado el ámbito de la responsabilidad subjetiva en materia administrativa sancionatoria.

<sup>364</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-597 de 1996.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional sobre la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, ha señalado que "[e]n efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)."<sup>365</sup>

De otra parte, la Corte Constitucional<sup>366</sup> sobre la atenuación del ámbito de la responsabilidad subjetiva ha considerado que:

"(...) la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva). (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, en el derecho administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia no tiene el mismo alcance y contenido que en materia penal, por cuanto se trata de ámbitos jurídicos con especificidades propias, en cuanto sus finalidades difieren sustancialmente.

En segundo lugar, es pertinente señalar que sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de prácticas restrictivas de la competencia económica, la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativo tuvo la oportunidad de dilucidar unos alegatos similares a los presentados por los recurrentes. Sobre el particular, el propio Consejo de Estado señaló que:

"Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

**Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.**

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

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

<sup>365</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

<sup>366</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

*Lo dicho además **descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios».***<sup>367</sup> (Negrilla fuera de texto original).

A partir de lo expuesto, el régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa– de los infractores. El anterior entendimiento resulta corroborado por el propio Consejo de Estado al considerar que:

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad **y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas***"<sup>368</sup> (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, el Consejo de Estado ha manifestado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, en ocasiones admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración estricta de los factores subjetivos de responsabilidad:

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, **pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes***"<sup>369</sup> (Subrayado fuera de texto original).

En tercer lugar, y en línea con lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones<sup>370</sup>, que en materia de derecho administrativo sancionador no es necesaria la determinación de factores subjetivos para efectos de la atribución de responsabilidad, por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida.

De este modo, se ha considerado que *"no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, **independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto.** Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica*"<sup>371</sup>. (Negrillas fuera de texto original).

<sup>367</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 28 de enero de 2010. Rad. No. 250002324000 2001 00364 01.

<sup>368</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 26 de junio de 1987. Rad. No. 1028. Posición jurisprudencial adoptada también, entre otras, en las Sentencias del 28 de febrero de 1992, Rad. 3622 y del 30 septiembre de 1994, Rad. 5658.

<sup>369</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 25 de marzo de 2004. Rad. 13495.

<sup>370</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004, Resolución No. 37033 de 2011, Resolución No. 46111 de 2011 y Resolución No. 70736 de 2011.

<sup>371</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En esa medida, aceptar una interpretación diferente como lo pretenden los recurrentes, equivaldría a exonerar de responsabilidad a aquella persona que realiza un acuerdo colusorio con la simple intención de beneficiar unas empresas que se encuentran pasando por un momento económico difícil o exonerar a aquella persona que prefiere obtener una adjudicación de un contrato estatal mediante un acuerdo colusorio, antes que se fracase el proceso de selección contractual (declaratoria de desierta), lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia económica.

Así las cosas, este Despacho advierte que el argumento dirigido a señalar que en el caso de la personas jurídicas la culpabilidad se verifica cuando la empresa ha tenido un defecto estructural que genera o posibilita el actuar ilegal de la persona natural vinculada a ella, no es más que un anhelo de los recurrentes por trasladar un componente propio del derecho penal —culpabilidad— al ámbito administrativo, que no puede ser patrocinado en esta sede. Los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que echan de menos, son exigencias propias para la configuración de una "conducta punible", según lo previsto en el artículo 9<sup>372</sup> de la Ley 599 de 2000 - Código Penal Colombiano. Por tal razón, el argumento analizado carece de fundamento y es a todas luces improcedente, pues la configuración de la falta administrativa y la atribución de responsabilidad en materia de infracciones al régimen de protección a la competencia económica son diferentes, como se ha explicado y demostrado con suficiencia.

En ese orden de ideas, no está de más señalar que esta Superintendencia hace énfasis en el hecho de que la sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado y, por el contrario, tiene que existir algún elemento adicional que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión<sup>373</sup>.

Sin embargo, para este Despacho no resulta suficiente para desligarse de responsabilidad en el régimen de protección de la libre competencia económica las simples afirmaciones de que únicamente se trataba de un trabajador que se encontraba en misión en otra empresa, bajo otra subordinación, máxime cuando quien ostentaba la condición de representante legal tuvo pleno conocimiento de cada uno de los pagos irregulares.

En efecto, esta Superintendencia ha señalado que es posible declarar la responsabilidad de las personas naturales cuando dentro de las investigaciones administrativas encuentre: **(i) prueba sobre una conducta activa; (ii) prueba sobre una conducta pasiva cuando existe evidencia directa del conocimiento de la infracción o (iii) prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o, por lo menos, debió haber conocido la comisión de la conducta de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, y a pesar de ello no adoptó medida alguna para evitar o cesar la conducta.**

Concretamente, al tratarse de comisión de conductas pasivas o por omisión por parte de las personas naturales, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución, como también, a aquella persona que, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

Particularmente, la jurisprudencia administrativa ha indicado que "(...) la norma [numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992] considera como infracción desde las conductas activas, como **ejecutar o autorizar**, pasando por aquellas tangenciales, como **facilitar o colaborar** y llegando

<sup>372</sup> "Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado."

<sup>373</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, p. 93 y 94; Resolución No. 23521 del 12 de mayo de 2015, p. 47 y 48; Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, p. 54.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

hasta las meramente permissivas, como **tolerar**<sup>374</sup>. Es así como, para determinar el estándar probatorio que permite establecer la responsabilidad de las personas naturales, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza de su participación (a través de conductas activas o pasivas), sino, además, el modo en el que opera la conducta anticompetitiva. Al respecto se pone de presente lo señalado en la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015<sup>375</sup>, en la cual se indicó:

*"De esta manera, al entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo (...)". (Subrayado fuera de texto original).*

Es importante aclarar que la valoración probatoria en los casos de comisión de conductas pasivas o por omisión, no se lleva a cabo simplemente por el cargo que ocupan las personas naturales – como erróneamente lo sugieren los recurrentes– sino que está determinado por las funciones ejercidas por los investigados, las cuales al estar relacionadas con la representación legal de la empresa, como es el caso de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, tienen una relevancia especial y constituyen un aspecto determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertas funciones que repercuten de manera directa en el funcionamiento del agente de mercado y, con fundamento en ellas, se puede facilitar o tolerar la ejecución de conductas anticompetitivas.

Sobre el particular, la jurisprudencia administrativa<sup>376</sup> 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).*

A partir de lo expuesto, este Despacho considera importante detenerse en el desarrollo conceptual de uno de los principios que debe gobernar el actuar y la gestión de los representantes legales (administradores, miembros de junta directiva, entre otros), cual es, actuar "*con la diligencia de un buen hombre de negocios*". Al respecto, la Corte Constitucional en su jurisprudencia<sup>377</sup> ha señalado que:

*"Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad.*

*Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, **impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenía, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios**, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad.*

<sup>374</sup> Juzgado Cuarto (4) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2019. Rad. No. 110013334004 2017 00176 00.

<sup>375</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Sanción No. 80847 del 7 de octubre de 2015, p. 151.

<sup>376</sup> Juzgado Cuarto (4) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá. Sentencia del 7 de mayo de 2019. Rad. No. 110013334004 2017 00176 00.

<sup>377</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2006.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*(...) ha sido la propia ley la que le fija a los administradores el marco general de su actuación, obrar de buena fe, de manera leal y con la diligencia de "un buen hombre de negocios", lo cual no puede más que denotar la profesionalidad, **diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores en bienestar de los intereses de la sociedad y de sus asociados**, atendiendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

Como puede observarse, a la luz del precedente constitucional, la diligencia y rectitud con la que deben actuar los administradores tiene como propósito asegurar no únicamente los intereses de sus asociados, sino también el bienestar de la sociedad. Esto es así, en razón a que precisamente la Constitución, en su artículo 333, dispone que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y, a su vez, consagra que el libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada debe enmarcarse dentro de los límites del bien común.

Por otra parte, sobre el concepto de la diligencia de un buen hombre de negocios, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES<sup>378</sup> ha considerado que:

*"2.1.3. La diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que **su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa**. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

A partir de lo expuesto, no puede ser de recibo el argumento según el cual la responsabilidad de un representante legal únicamente se limita a las facultades expresas de los estatutos de cada organización. Todo lo contrario, en sus diferentes actividades, su gestión siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada no solo a los estatutos sino también a la ley, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia.

De esta forma, en virtud de la exigencia que tiene un representante legal de una empresa de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, este debe procurar informarse suficientemente antes de tomar decisiones y, a su vez, verificar que esas decisiones estén ajustadas a la ley. A partir de lo anterior, para este Despacho no son de recibo los argumentos de algunos recurrentes tendientes a señalar que se castigó a unas compañías cuyo único "pecado" fue haber escogido un "mal socio", máxime cuando el caso analizado en esta oportunidad no se trató de una conducta aislada de ciertos investigados sino de un sistema anticompetitivo altamente sofisticado con el ilegítimo propósito de falsear la libre competencia económica.

Aceptar semejantes excusas, significaría patrocinar que un representante legal sea instrumentalizado para infringir las normas que protegen la libre competencia económica, bajo el ingenuo pretexto de que tiene un rol simplemente automática en la toma de decisiones, sin reparar en el alcance de las mismas, desconociendo la importancia y relevancia del papel que cumplen en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asumen por la gestión profesional que se les encomienda, lo que implica, entre otras cuestiones, velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales que, para el caso que nos ocupa, se traduce en el respeto por las normas que protegen la libre competencia económica.

En virtud de las razones expuestas, cualquier argumento presentado por los recurrentes dirigido a cuestionar la determinación de responsabilidad se encuentra plenamente descartado y no tiene ninguna vocación de prosperidad.

<sup>378</sup> Superintendencia de Sociedades. Circular Externa No. 100- 006 de 2008, Diario Oficial 46.941 del 26 de marzo del 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

#### 5.10. Consideraciones del Despacho sobre la existencia de otros tipos de responsabilidad

**ODEBRECHT** sostuvo que no existió un sistema anticompetitivo toda vez que los hechos sancionados no son reprochables desde la libre competencia y fueron objeto de sanción por las autoridades competentes. También indicó que no existía competencia para reprochar hechos que se relacionan con el pago de la contraprestación del acuerdo anticompetitivo.

Así mismo, señaló que la denominada "*dinámica de reembolsos y pagos irregulares*" constituyen circunstancias que, pese a resultar reprochables desde distintos puntos de vista del derecho sancionatorio —penal o administrativo—, no tienen relación teleológica con la infracción de las normas de protección de la competencia. Igualmente, los recurrentes sostuvieron que en contradicción con las sentencias de la jurisdicción penal se resolvió afirmar que el soborno era para alterar el resultado del proceso licitatorio. Sin embargo, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** fue condenado por el delito de cohecho impropio y no propio, y por interés indebido en la celebración de contratos, es decir, no se cuestionó la licitud de la adjudicación a la **CONCESIONARIA**. Igualmente afirmaron que a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** se le condenó por cohecho por dar u ofrecer, que no supone ilicitud de la adjudicación.

En ese sentido, también anotaron que no se extrae de la condena penal de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** que por sus delitos se haya adjudicado ilegalmente el contrato y que la jurisdicción penal no encontró reproche alguno en la adjudicación, es decir, esas decisiones implican que no existió afectación de los bienes protegidos por las normas de protección de la competencia y, en consecuencia, no existió antijuridicidad.

Por otra parte, **EPISOL** indicó que la tesis según la cual su conducta omisiva la hace partícipe de las conductas ilegales de **ODEBRECHT**, desconoce la "*teoría de prohibición de regreso*", que afirma que cuando una persona realiza una conducta inclusive dolosa, irrelevante o inocua para el derecho penal y, con ella, facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites de riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra.

Particularmente, **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicó que la sentencia penal contra **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** hace evidente su falta de participación y conocimiento en asuntos ilegales debido a que no fue considerada una investigación en su contra o compulsada de copias, pues no tuvo participación y nunca se probó su intervención o conocimiento. Agregó que él presentó las denuncias en representación de **ODEBRECHT** con todo el soporte probatorio y acompañó al apoderado de las personas naturales a presentar las denuncias y pruebas correspondientes.

Por otra parte, los recurrentes sostuvieron que no pueden existir dos versiones diferentes del acuerdo de "*soborno*", que es la infracción anticompetitiva, y que desde el punto de vista penal coinciden con un cohecho impropio confesado por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

En ese sentido, anotaron que la eventual desviación de recursos destinados a la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 es reprochable desde el derecho penal o desde la perspectiva del derecho administrativo sancionatorio de los profesionales de la contabilidad o de los administradores, o desde la responsabilidad fiscal y, en ningún caso, pueden relacionarse como un mecanismo para limitar la concurrencia de competidores al mercado.

Finalmente, los recurrentes precisaron que en 2016 la justicia penal colombiana contó con el apoyo de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** y **LUIZ ANTONIO MAMERI**, por lo que se puede concluir que cometieron infracciones a la libre competencia y poner en riesgo sus compromisos, con consecuencias personales y patrimoniales gravísimas.

Los argumentos presentados por los recurrentes que en esencia se dirigen a tratar de excusar su responsabilidad alegando una supuesta falta de competencia para reprochar las conductas



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

anticompetitivas a partir de la determinación de responsabilidad realizada ante otras instancias administrativas o judiciales, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por completo.

En primer lugar, es relevante comprender 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. 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*).

Es importante además aclarar que una misma conducta puede dar lugar a distintos tipos de responsabilidad. Así, el desconocimiento de determinadas normas, puede generar responsabilidad civil, penal, contractual, fiscal, patrimonial, administrativa y/o disciplinaria. Siendo cada tipo de responsabilidad independiente, y cada uno de estos tipos de responsabilidad se analiza de conformidad con las normas vulneradas.

Es decir, una misma conducta puede derivar en responsabilidad penal o administrativa por afectar simultáneamente diferentes bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el cual ampara la independencia de las distintas responsabilidades, sin que ello signifique un doble juzgamiento o una doble sanción, debido a la necesidad de proteger valores y principios diferentes en cada caso. Así, la determinación de responsabilidad en instancias penales, no es óbice para por los mismos hechos se determine la responsabilidad ante instancias administrativas, por ejemplo, por la infracción de las normas que protegen la libre competencia económica.

Ese entendimiento ha sido avalado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo al precisar con suficiente claridad que una conducta no solo puede dar lugar a sanción penal sino también a una sanción administrativa.

*"(...) en cuanto a que la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho, a que alude el artículo 29 de la Constitución Política, **no implica considerar que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, de distinta naturaleza, como ocurre, por ejemplo, cuando un funcionario público incurre en el delito de peculado, conducta esta que no solo puede dar lugar a una sanción penal, sino a una disciplinaria (destitución) y a una administrativa (responsabilidad fiscal), sino que la prohibición opera frente a sanciones de una misma naturaleza. (...)**"<sup>379</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto original).*

De otra parte, este Despacho advierte que los argumentos de los recurrentes dirigidos a solicitar la aplicación de la "teoría de prohibición de regreso" constituye un anhelo infundado por trasladar un componente propio del derecho penal al ámbito administrativo, que no puede ser patrocinado en esta sede de reposición y, que aun cuando se considerara su análisis, lo cierto es que no tendría ninguna prosperidad para excusar la responsabilidad de EPISOL. Por tal razón, resultan a todas luces improcedentes dichas postulaciones, pues la configuración de la falta administrativa y la atribución de responsabilidad en materia de infracciones al régimen de protección a la competencia económica es diferente al ámbito penal, como se ha explicado y demostrado con suficiencia.

A partir de lo anterior, es evidente la improcedencia de los argumentos presentados por los recurrentes debido a que la invocación de consideraciones realizadas en instancias penales, aun cuando pudieran coincidir con algunos aspectos analizados en el presente caso, pretenden imponer valoraciones realizadas por jueces sobre los mismos hechos, desconociendo la autonomía e independencia de la autoridad administrativa en el análisis de conductas anticompetitivas, más aún cuando en aquellos escenarios se ventilaban asuntos relativos a la afectación de otros bienes jurídicamente tutelados —administración pública o moralidad administrativa—, en tanto que en éste,

<sup>379</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002. Rad. No. 2500023240001999022801(5863).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

lo que se protege por mandato del artículo 333 de la Constitución Política es la libre competencia económica.

### 5.11. Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio de proporcionalidad y la dosificación de las sanciones impuestas

Antes de entrar a resolver cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes respecto a la dosificación de las multas, es importante anotar que la facultad administrativa que permite a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de protección del régimen de libre competencia económica, imponer sanciones para la protección del derecho colectivo a la libre competencia, se fundamenta en las disposiciones contenidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 88, 150 numeral 8, 189 numerales 21, 22, 24 y 26, 209, 333, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política<sup>380</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normativa anterior.

El legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de protección de la libre competencia económica. El legislador también hizo mención a que internacionalmente las multas buscan en ocasiones disuadir a los que incurren en conductas contrarias a la libre competencia económica<sup>381</sup>.

Respecto del efecto disuasivo, el legislador se pronunció en los siguientes términos:

*"El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son considerables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considero suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país; **es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia**"<sup>382</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

En línea con lo expuesto, la International Competition Network - ICN (Red Internacional de Autoridades de Competencia) ha identificado tres (3) objetivos principales que siguen las sanciones en materia de protección a la libre competencia económica en el mundo: (i) objetivo disuasivo: la multa debe ser efectiva para desincentivar la participación en futuras prácticas anticompetitivas, tanto por parte del infractor como por parte de otros agentes del mercado; (ii) objetivo punitivo: la multa debe tener un efecto punitivo y funcionar como represión al infractor; y (iii) privar de beneficio: la

<sup>380</sup> Corte Constitucional. Sentencia C - 595 de 2010.

<sup>381</sup> Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007. p. 5.

<sup>382</sup> Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 340 del 10 de junio de 2008 y Gaceta del Congreso No. 490 del 30 de julio de 2008. Acta de Comisión 21 del Senado del 6 de mayo de 2008. Sobre el objetivo de disuasión perseguido con el incremento de las multas: "(...) De tal manera que 47 mil, lo que hace es prevenir para que no incurra en prácticas restrictivas de comercio, intimidar tal vez y en el caso de las sanciones individuales de los funcionarios o de los revisores fiscales o gerentes que estimulen a sabiendas ese tipo de prácticas restrictivas, en la actual legislación, las sanciones no son significativas, no exceden sino a 300 salarios mínimos, nosotros proponemos que sea 2.000 para que un gerente o un revisor fiscal le tiemble el pulso para no impetrar su firma si es contador público o dar un concepto si es revisor fiscal, para que su empresa intente hacer prácticas restrictivas de comercio" (Subrayado fuera de texto).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

multa debe privar al infractor del beneficio económico ilícito obtenido a partir de la conducta infractora<sup>383</sup>.

Descendiendo al caso concreto, varios recurrentes sostuvieron que debido a que no es jurídicamente viable calificar unos mismos hechos bajo la prohibición general y un acuerdo restrictivo de la competencia, por infringir el principio del *non bis in idem*, la tasación de la sanción debe reflejar la infracción de un único tipo sancionatorio. Al respecto, resulta suficiente con remitirse a las razones expuestas en acápites previos al rechazar los argumentos sobre el supuesto desconocimiento del principio del *non bis in idem* en el presente caso, en que se explicó con suficiente que se impuso una única multa por los comportamientos reprochados, lo que descarta de plano que haya existido una doble sanción por unos mismo hechos, convirtiendo en improcedente el pedimento de los recurrentes sobre el particular.

De otra parte, en forma común, los recurrentes indicaron que en virtud de los principios de legalidad de las faltas y favorabilidad, que establecen que las sanciones impuestas sean las vigentes al momento de la comisión de la infracción y no las establecidas al momento de su imposición, se debe emplear el salario mínimo legal mensual vigente para 2016 en la tasación y, en consecuencia, las multas deben ser redosificadas. Sobre el particular, considera este Despacho que el argumento esgrimido por los recurrentes en su escrito de reposición, constituye una interpretación que resulta inaceptable y es a todas luces improcedente. La simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción.

De hecho, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto indicando que se aplica el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción y no el vigente al momento de la infracción. Veamos:

*"(...) Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (...), **debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.***

(...)

*Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, **es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción** (...) pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub iudice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante. (...)"<sup>384</sup> (Negritas y subrayas fuera de texto).*

Conforme con la jurisprudencia anteriormente citada, resulta claro para este Despacho que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción. De esta manera, el monto de la sanción impuesta a los recurrentes se encuentra dentro del límite establecido en la ley y en el presente caso se aplicó, además, lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, según el cual "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 (smmiv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT)".

<sup>383</sup> International Competition Network - Cartels Working Group. SETTING OF FINES FOR CARTELS IN ICN JURISDICTIONS. Office for Official Publications of the European Communities. Luxembourg. 2008.

<sup>384</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2014. Rad. No. 440012331000 2008 00124 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, obsérvese que la propia Ley 1340 de 2009, al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, se refiere expresamente a "*salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción*", lo que obviamente dentro de una interpretación armónica y sistemática de la normatividad obliga a concluir que tratándose de personas jurídicas o agentes de mercado también son salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Sostener lo contrario, como lo hacen algunos sancionados, no hace sentido alguno.

Pero si lo anterior fuese poco, recientemente en Sentencia C-394 de 2019, la Corte Constitucional declaró exequible la referencia a una sanción en salarios mínimos mensuales legales vigentes "*al momento de la imposición de la sanción*" contenida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 e incluso resaltó que ello "*no posibilita la imposición de una sanción arbitraria*", lo que descarta de plano cualquier alegato al respecto presentado por parte de los recurrentes.

Por otra parte, **ODEBRECHT** sostuvo que la sanción impuesta es completamente desproporcional, que no se hizo una verdadera graduación de la sanción que tenga en cuenta los criterios utilizados para determinar su valor y tampoco existió motivación que permita concluir que se debe imponer la máxima multa. Además, indicó que la sanción no atiende a criterios de proporcionalidad de las sanciones, al principio de legalidad de las faltas, ni a la regulación de las competencias discrecionales de las autoridades administrativas.

En el mismo sentido, la **CONCESIONARIA** censuró que la aplicación y correcta valoración de los criterios de dosificación debe realizarse en bloque, es decir, todos los criterios deben impactar la motivación, por lo tanto, sería impreciso fundamentar la sanción en solo algunos de los criterios establecidos.

Igualmente, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** precisaron que el principio de proporcionalidad exige una ponderación en que corresponda la gravedad de la sanción con el comportamiento del infractor y cuando se trata de múltiples sancionados las sanciones deben corresponder a la gravedad de sus actuaciones, extensión de las mismas y una tasación justa entre unas y otras.

Por último, indicaron que se debe realizar una reducción significativa de la sanción impuesta teniendo en consideración la reconocida y "*correcta conducta procesal*" de los sancionados y se debe reducir significativamente el monto de la sanción impuesta teniendo en cuenta la permanente disposición de colaborar, las declaraciones rendidas durante la fase inicial de la investigación y la comparecencia a la audiencia de ratificación en 2019.

Sobre los anteriores reproches, en primer lugar, es menester advertir que los recurrentes, en sus escritos de reposición, no presentaron ningún fundamento, sustento o esfuerzo argumentativo que permita demostrar o realizar un verdadero análisis respecto de la supuesta falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas, siendo importante recordar que el Consejo de Estado ha reconocido que "*(...) la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento (...)*"<sup>385</sup> (Negrilla fuera de texto original).

En ese sentido, la jurisprudencia<sup>386</sup> del Consejo de Estado ha sostenido que una vez realizada la ponderación para sustentar el quantum de la sanción por parte de la autoridad administrativa, la carga de demostrar que la sanción aplicada no corresponde a la que ameritan la gravedad de los hechos y, por ende, es desproporcionada, está a cargo del administrado.

<sup>385</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de julio de 2019. Rad. No. 250002324000 2010 00161 01 y 050012331000 2010 00487 01 (acumulados).

<sup>386</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. No. 680012315000 1997 02933 01(7826).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que los recurrentes convenientemente olvidan que las conductas anticompetitivas cometidas en un proceso de contratación pública, y particularmente las que se reprocharon en el marco del sistema anticompetitivo sancionado, con el ilícito propósito de 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, 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 ese orden de ideas, este Despacho debe precisar que las máximas sanciones impuestas en este caso, atienden al tope máximo que permite el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, lo cual evidencia que las mismas se enmarcan dentro de lo permitido por la ley y que las variaciones en los porcentajes respecto de las multas impuestas entre los recurrentes atiende a la discrecionalidad que al respecto tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de aplicar los distintos criterios establecidos en la ley para tasar la sanción y del análisis en concreto de las condiciones particulares de cada infractor, en virtud de que todos los agentes no tienen las mismas participaciones y, por ende, los mismos ingresos operacionales o las mismas ventas, como tampoco los mismos patrimonios.

Así las cosas, la razón por la cual, frente al tope máximo legal permitido, las multas impuestas a cada sancionado tienen un porcentaje diferente, se debe precisamente a que se encuentra preservada la proporcionalidad en relación con cada infractor individualmente considerado, debido a que si las sanciones fueran iguales en valor y en porcentaje para todos los infractores en relación con el máximo legal, eventualmente podrían ser catalogadas de confiscatorias o expropiatorias.

A continuación se presenta un cuadro comparativo que permite apreciar el porcentaje que representa la multa impuesta a cada agente de mercado respecto de la multa máxima potencialmente aplicable, lo que representa una razón adicional para descartar cualquier desproporcionalidad en su imposición, como mal lo alude ODEBRECHT.

**Tabla No. 3. Porcentajes respecto del tope máximo legal permitido**

Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009			
	SANCIONADOS	MONTO DE LA MULTA	%
1	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	\$ 87.780.299.178	100%
2	ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.	\$ 87.780.299.178	100%
3	CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.	\$ 55.564.723.500	63%
4	ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.	\$ 33.826.650.000	39%
5	CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN	\$ 221.475.540	0.25%
6	GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES	\$ 26.349.180.000	30%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>387</sup>.

<sup>387</sup> Con información expuesta en la Resolución No. 82510 de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, en un sistema anticompetitivo como el reprochado en la Resolución Sancionatoria, las multas que impone la autoridad de competencia no pueden ser idénticas para todos los involucrados, entre otras razones, como consecuencia de su nivel de intervención en el esquema ilegal y debido a que se debe evitar, entre otras cosas, que ellas resulten irrisorias para unos agentes de mercado y expropiatorias o confiscatorias para otros. Ahora bien, obsérvese que, en todo caso, para ningún recurrente la multa está por encima del tope máximo legal permitido, y las máximas sanciones que se impusieron estuvieron supeditadas al grado de participación en el conducta o persistencia en la infracción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual el principio de legalidad de la sanción y proporcionalidad estuvo debidamente garantizado.

De otra parte, en relación con la aplicación de los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 es pertinente reiterar lo señalado por esta Entidad en anteriores decisiones<sup>388</sup>, al precisar que estos criterios, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, debido a que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso y/o investigado permiten o no su aplicación<sup>389</sup>. Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa<sup>390</sup> al analizar un alegato similar al presentado por los recurrentes en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

*"De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] se deriva que **para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios**, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora; y (vii) el patrimonio del infractor, **lo que no implica que necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado.**"*

(...)" (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Como puede apreciarse, si bien de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 existen siete (7) criterios a efectos de graduar la multa a imponer a un infractor, no necesariamente todos deben concurrir en un caso determinado, a partir de lo anterior se rechazan los argumentos presentados por los recurrentes respecto a que la aplicación y correcta valoración de los criterios de dosificación "*debe realizarse en bloque*". En efecto, recientemente la jurisprudencia administrativa ha reiterado que:

*"En este punto es menester señalar que si bien la norma ut supra exige que en el acto administrativo en el que se imponga sanción se deberán valorar los precitados criterios, **no significa que en el caso concreto deba existir una concurrencia de todos los criterios**" (...)"<sup>391</sup> (Negrillas y subrayado fuera de texto original).*

En el mismo sentido, varios recurrentes sostuvieron que en la graduación de la sanción la inexistencia de aspectos negativos en la conducta procesal, contrario a dar lugar a una valoración "*neutra*", representa una circunstancia positiva para tasar la multa, lo que debe dar lugar a una reducción.

El anterior argumento no es de recibo para este Despacho debido a que en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 la "*conducta procesal*" de los investigados constituye un criterio a efectos de graduar la multa de los infractores y no una "*circunstancia de atenuación de la sanción*", como sí lo es la "*colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta*", aspecto que no se evidenció por parte de ninguno de los recurrentes.

<sup>388</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 de 2013.

<sup>389</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

<sup>390</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

<sup>391</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B. Sentencia No. 2021-04-54 NYRD del 22 de abril de 2021. Rad. No. 250002341000 2015 00825 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En esa medida, cuando quiera que en el transcurso de un procedimiento administrativo para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas no se encuentre ningún reparo sobre la conducta procesal de un investigado, dicha circunstancia deberá ser valorada en forma neutra a efectos de la graduación de la sanción, es decir, sin tener ningún tipo de incidencia como atenuante o agravante en la tasación de la multa a imponer.

En efecto, la presencia de una correcta conducta procesal durante la investigación no puede ser considerado como un criterio de atenuación de la multa a imponer, entre otras razones, porque tal circunstancia representa es el cumplimiento de diferentes deberes y responsabilidades previstos en el artículo 6 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 78 y 79 de la Ley 1564 de 2012. A modo de ejemplo, abstenerse de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, reiterar solicitudes evidentemente improcedentes, obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias o usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, entre otras.

Aceptar el planteamiento de los recurrentes implicaría generar un incentivo perverso que acarrearía el incumplimiento de los diferentes deberes y responsabilidades que les atañe por obligación legal, a los investigados y sus apoderados, durante la actuación administrativa y, en consecuencia, se generaría el otorgamiento de un beneficio completamente inmerecido, máxime cuando el legislador no dispuso que la *"inexistencia de aspectos negativos en la conducta procesal"* constituyera una circunstancia de atenuación de la multa a imponer.

Por otra parte, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que en la graduación de la multa respecto al criterio del grado de participación debe tenerse en cuenta que **CORFICOLOMBIANA** en treinta (30) años no ha estado involucrada en escándalos de corrupción, está comprometida con el cumplimiento de la normatividad, fue *"una víctima"* y se rige bajo estrictos estándares éticos. Lo mismo sucede con la conducta de **EPISOL**.

Sobre el particular, es menester señalar que el criterio previsto en el numeral 4 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en cuanto al grado de participación, implica un análisis respecto de la intervención del infractor en la conducta anticompetitiva que es objeto de sanción, sin que en esa valoración tenga algún tipo de incidencia los antecedentes relacionados con la trayectoria de una empresa en el mercado, no haber estado involucrada en *"escándalos de corrupción"* o regirse por *"estrictos estándares éticos"*, que de ser así, en este caso fueron flagrantemente desconocidos por **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** al incurrir en el sistema restrictivo de la competencia reprochado.

De manera que el hecho de que una empresa no haya incurrido previamente en conductas ilegales no le hace merecedor de ningún beneficio en la graduación de la multa. Por el contrario, lo que sí dispuso expresamente el legislador como circunstancia de agravación a efectos de la graduación de la sanción es la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia, de conformidad con el párrafo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo anterior, este Despacho debe confirmar el análisis en torno al grado de participación de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** en el sistema anticompetitivo reprochado realizado al momento de graduar la multa que se impuso en el acto administrativo recurrido.

Adicionalmente, **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** indicaron que la sanción no solamente tiene una función de desincentivo de las conductas anticompetitivas, sino además debe medir la responsabilidad de los investigados en la comisión de una infracción. A partir de ello, manifestaron que únicamente la **CONCESIONARIA** se benefició con las conductas, quien estaba controlada por **ODEBRECHT** y contaba con una participación minoritaria de **EPISOL**, por lo que resulta curioso, es *"difícil de entender"* y *"no tiene parangón"*, que con una conducta adelantada por un solo agente se termine multando a cinco (5) personas jurídicas diferentes.

En ese sentido, anotaron que resulta *"curioso (por decir lo menos)"* que en el presente caso *"el afán de la multa ha obnubilado un análisis profundo de los alcances y topes de la multa"* y que se llegaría

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

al absurdo de decir que si **CORFICOLOMBIANA** hubiera creado once (11) empresas para participar con el 33%, se hubieran impuesto doce (12) multas diferentes, una multa a cada accionista y otra a **CORFICOLOMBIANA**.

Particularmente, **CORFICOLOMBIANA** señaló que no es accionista de la **CONCESIONARIA** ni mucho menos miembro de **CONSOL** y que existió una "aplicación abusiva" del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 porque no se determinó si el infractor fue **CORFICOLOMBIANA** o **EPISOL** por lo que se les impuso dos sanciones distintas, cuando el beneficio es uno solo.

Los anteriores argumentos no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es menester reiterar que tanto en el acto administrativo recurrido, como en acápites previos, quedó en evidencia que los reproches efectuados a **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL** son completamente escindibles debido a que cada agente de mercado intervino en diferentes momentos de la ejecución del sistema anticompetitivo reprochado y a través de actuaciones independientes, y aun cuando estuvieran plenamente coordinados, cada empresa contribuyó en forma autónoma en las conductas anticompetitivas sancionadas.

En segundo lugar, es importante recordar que la **CONCESIONARIA** estaba 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%). A su vez, tampoco se puede olvidar que de conformidad con las pruebas que reposan en el Expediente<sup>392</sup>, **EPISOL** era una sociedad que estaba controlada por **CORFICOLOMBIANA** y se dedica a la estructuración y participación en proyectos de infraestructura, cuya principal función era servir como vehículo de inversión de su matriz.

Precisamente, el anterior aspecto fue reconocido por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, quien manifestó que:

*"**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 los 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 llegaré 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**."<sup>393</sup> (Subrayas fuera de texto original).*

A partir de lo anterior, resulta completamente infundado el argumento según el cual únicamente la **CONCESIONARIA** se benefició con las conductas, cuando lo cierto es que **CORFICOLOMBIANA** tenía participación a través de su vehículo de inversión que era **EPISOL**.

En tercer lugar, los recurrentes olvidan que con fundamento en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia está facultada para imponer, por cada violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y a cada infractor multas hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

<sup>392</sup> 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".

<sup>393</sup> Folio 1589 del cuaderno público No. 66 del Expediente. Carpeta: "17-14777-061219P1", Min: 1:03:30.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, cuando quiera que la autoridad de competencia encuentra demostrada la responsabilidad de los diferentes agentes de mercado, que a través de su comportamiento en forma autónoma e independiente concurren o contribuyen en la ejecución de conductas anticompetitivas, por obligación legal, está llamada a sancionar a cada infractor independientemente de su forma o naturaleza jurídica, como lo dispone el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adicionó el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

Aceptar lo contrario, implicaría patrocinar que un agente de mercado creara cualquier cantidad de empresas, o tuviera participación en las mismas, con el ilegal propósito de concurrir a un determinado mercado a alterar las condiciones de competencia y, en caso de ser descubierto, se haría acreedor a una única multa, pese a la intervención de otros agentes económicos, que existen en el mundo jurídico e intervinieron autónomamente.

Semejante interpretación desconocería la obligación legal de sancionar a cada infractor, cuando se encuentre demostrada su responsabilidad, como lo dispone el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y, en el caso de las empresas que pese a haber participado o intervenido en las conductas anticompetitivas queden impunes, sus comportamientos no solo quedarían sin ningún tipo de reproche, sino además no se les privaría del beneficio económico ilícito eventualmente obtenido a partir de la conducta infractora, lo cual desconocería una de las finalidades que se persigue con la imposición de una multa.

En esa medida, la multa impuesta a **CORFICOLMBIANA** no estuvo supeditada a que fuera accionista directa de la **CONCESIONARIA**, ni mucho menos miembro de **CONSOL**, sino a su nivel de participación o intervención en el sistema anticompetitivo reprochado, por lo que tratar de presentarse con **EPISOL** como un único agente de mercado, solo constituye un esfuerzo infructuoso en esta sede de reposición por aminorar infructuosamente su responsabilidad, lo que resulta completamente rebatido por la contundencia del material probatorio que reposa en el Expediente.

De otra parte, los recurrentes enfilaron argumentos para sostener que se consideró de manera errónea el impacto del mercado y su dimensión, pues no se afectó el 100% del mismo debido a que la licitación comprendía tres (3) sectores o tramos. En tal sentido, la infracción solamente impactó el 33% del mercado determinado, por lo que debe recalcularse la sanción.

Es evidente que los recurrentes adoptan como estrategia ampliar infundadamente el mercado afectado a todo el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, con el propósito de incluir los demás tramos o sectores que no resultaron afectados y, en ese escenario, desconocer el verdadero impacto que tuvo su conducta anticompetitiva, a efecto de solicitar una reducción en el monto de la multa impuesta, lo que no tiene ningún mérito de prosperidad.

Al respecto, debe aclararse que si bien en la Resolución Sancionatoria se realizó una caracterización del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, debido a que el mismo estuvo segmentado en tres (3) sectores o tramos, lo cierto es que el mercado afectado en la presente actuación administrativa siempre estuvo limitado a conductas cometidas "antes, durante y después de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010", el cual era exclusivo del Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol. Sobre el particular en el acto administrativo recurrido se precisó que:

*"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." (Subrayas fuera de texto original).*

En esa medida, aun cuando los tres (3) sectores o tramos del Proyecto Ruta del Sol estuvieran contenidos en el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, cada sector o tramo constituyó un mercado diferente, con especificaciones distintas, según el pliego de condiciones, y a los que concurren distintos competidores.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, este Despacho confirma respecto de la dimensión del mercado afectado, que se afectó el 100% del mismo, el cual estuvo determinado al "Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol", pues producto del esquema desplegado por los investigados, se distorsionó la dinámica competitiva que se esperaba en ese específico sector y durante la ejecución del contrato adjudicado en el mismo, incluyendo sus adiciones.

En igual sentido, los recurrentes sostuvieron que debe tenerse en cuenta que quien participó como miembro de **CONSOL**, y accionista, fue **EPISOL**, y solamente con un 33%, y no **CORFICOLOMBIANA**, razón por la que la sanción no podría ser más del 33% de la multa autorizada por la Ley, puesto que era el porcentaje que **EPISOL** tenía en **CONSOL** y la **CONCESIONARIA**.

Sobre el particular, basta con señalar que, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el tope máximo de la multa a imponer no está supeditado o limitado a la participación accionaria que tenga un infractor en determinada empresa como lo pretenden los recurrentes. Por el contrario, el tope máximo autorizado por el legislador es hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Por otra parte, la **CONCESIONARIA** anotó que el juicio de responsabilidad debe realizarse respecto de las dos (2) conductas imputadas. Así, teniendo en cuenta que no tuvo participación alguna en el acto colusivo debe archivarse la conducta del numeral 9 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y, en consecuencia, el valor de la sanción debe disminuir, por lo menos, en la mitad. Al respecto, se debe reiterar que en el presente caso se reprochó un sistema restrictivo de la libre competencia económica que en una primera fase incluyó la ideación, celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo, por lo que no es posible escindir las conductas sancionadas a efectos de pretender su archivo, máxime cuando la participación de la **CONCESIONARIA** para la celebración del contrato de concesión, 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, como se explicó con suficiencia en el acto administrativo recurrido.

Igualmente, la **CONCESIONARIA** alegó que existirá una ineficacia del acto administrativo — Resolución Sancionatoria— debido a que se encuentra en liquidación judicial, lo que implica la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. En ese sentido, sostuvo que no se cumplirá con el principio de eficacia previsto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, en razón a que es probable que no existan los recursos suficientes para el pago de la multa impuesta; al ser este un crédito de quinta (5) clase.

Añadió que desde la misma expedición del acto administrativo, carece de eficacia respecto de la **CONCESIONARIA**, debido a que la sanción no podrá ser recaudada al no contarse con los recursos suficientes para dichos efectos por existir acreedores de mejor derecho, por ejemplo los laborales, y los recursos existentes serán destinados a satisfacer dichas acreencias. En ese sentido, solicitó que se debe revocar la sanción administrativa en su integridad o, en su defecto, por ejemplo, sustituirla por la imposición de una amonestación; figura que si bien no está prevista expresamente por la Ley 1340 de 2009, si respondería a su realidad.

Adicionalmente, indicó que se ejerció de manera arbitraria la facultad prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 al imponer sanciones de contenido económico y, para el caso en concreto, además de la protección del interés general, esta debió moderar su arbitrio en contexto del proceso de liquidación judicial para satisfacer los intereses de los acreedores.

También, señaló que la motivación de los criterios de dosimetría debe consultar las prerrogativas de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia que favorecen la posición de la **CONCESIONARIA**. Además, anotó que la conducta imputada no afectó el funcionamiento del mercado, toda vez que no involucró cambiar los términos de la licitación, no determinó la adjudicación del contrato, ni realizó pago alguno para que esta, como promesa de sociedad, fuera adjudicataria.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así mismo, indicó que los criterios relacionados con la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor y el grado de participación del implicado no corresponden con la conducta, participación o actuaciones desplegadas por la **CONCESIONARIA** debido a que no intervino en el desarrollo, ejecución o concepción del acuerdo anticompetitivo, por lo que estos criterios deben ser tomados como atenuantes o, cuando menos, de manera neutra, teniendo en cuenta que no tuvo injerencia alguna sobre la dimensión o afectación del mercado.

En el mismo sentido, la **CONCESIONARIA** indicó que el impacto que la conducta tenga sobre el mercado se encuentra completamente equivocado, debe ser modificado, valorado como atenuante, y el monto de la sanción disminuido. De tal modo, señaló que no se puede tener en cuenta la pérdida de recursos por el menor ahorro que tuvo la entidad contratante, el costo de oportunidad del uso de dichos recursos y la pérdida de confianza de la ciudadanía como consecuencia de la participación de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, cuando la **CONCESIONARIA** no tuvo participación alguna en la configuración, elaboración, celebración o ejecución del acuerdo anticompetitivo, que dio lugar a la imposición de la sanción.

En ese orden de ideas, sostuvo que en cuanto al criterio del patrimonio del infractor se deben tener en cuenta los Estados Financieros a enero de 2020, y que de conformidad con la información suministrada a la Superintendencia de Sociedades, distintos acreedores se han hecho parte del proceso de liquidación judicial, entre ellos, bancos cuyas acreencias están respaldadas con garantías mobiliarias que ascienden a un billón de pesos (aproximadamente).

Los anteriores argumentos no tienen ninguna vocación de prosperidad y serán rechazados por las razones que se explican a continuación.

En primer lugar, es menester anotar que según la jurisprudencia constitucional<sup>394</sup> el principio de legalidad de las sanciones exige que estas estén determinadas en el momento de cometer la infracción. Quien lleva a cabo una conducta legalmente prohibida bajo apremio de sanción penal o administrativa debe conocer previamente cuál es el castigo que acarrea su comportamiento. Este castigo no puede quedar a la definición ulterior de quien lo impone, pues tal posibilidad desconocería el principio en comento.

Así pues, las sanciones deben estar legalmente determinadas taxativa e inequívocamente en el momento de comisión del ilícito, sin que la autoridad administrativa pueda hacer diseños de sanciones por sugerencia del infractor con posterioridad a la verificación de la conducta reprimida, como mal pretende la recurrente. Esa posibilidad de determinación posterior, que ciertamente pretende dejar su señalamiento en manos de quien impone o recibe la sanción, contraviene el mandato superior según el cual es el legislador quien debe definir previamente la sanción. De manera que la solicitud del recurrente respecto a sustituir la imposición de la multa por una "amonestación" no tiene ningún mérito de prosperidad y se rechaza por improcedente.

En igual sentido, no son de recibo para este Despacho los argumentos según los cuales debe revocarse la sanción impuesta debido a que existiría una ineficacia del acto administrativo — Resolución Sancionatoria— como consecuencia de su liquidación judicial o que la multa no podrá ser recaudada al no contarse con los recursos suficientes por existir acreedores de mejor derecho.

Al respecto, es menester señalar que si bien un proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor, no se constituye en una excusa o pretexto para sustraerse de la imposición de una sanción, en razón a que la **CONCESIONARIA** aún es sujeto de derechos y obligaciones hasta el momento que desaparezca como persona jurídica. Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que:

*"(...) la sociedad es una persona jurídica con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, por consiguiente, para ser parte en un proceso, atributo que conserva hasta*

<sup>394</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 2004.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*tanto se liquide el ente y se apruebe la cuenta final de su liquidación, que es el momento en el cual desaparece o muere la persona jurídica.*<sup>395</sup>

En razón a lo anterior, resulta improcedente que en sede de reposición esta Superintendencia declare ineficaz un acto administrativo sancionatorio que le es plenamente oponible a la **CONCESIONARIA** debido a que existe en el mundo jurídico hasta tanto no se extinga definitivamente.

Igualmente, es necesario aclarar al recurrente que ninguno de los criterios previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a efectos de la graduación de la multa a imponer a un infractor, contempla algún tipo de moderación como consecuencia de la satisfacción de intereses con otros acreedores. Aceptar semejante postulación implicaría patrocinar que cualquier agente económico ante la inminencia de una sanción propicie la insolvencia de su patrimonio o adquiera acreencias con terceros con el indebido propósito de disminuir el monto de la eventual multa a imponer y dejar inanes los efectos de la sanción. De manera que la prueba documental aportada, en sede de reposición, respecto al acta de conciliación No. 8, de 15 de octubre de 2020, no tiene ninguna eficacia probatoria con el propósito de recalcular el monto de la multa impuesta.

Por otra parte, este Despacho puede apreciar que las diferentes censuras presentadas por los recurrentes, dirigidas a señalar que supuestamente se desconoció el principio de proporcionalidad, se encuentran fundamentadas en la inaplicabilidad de determinados criterios de graduación en razón a que no son responsables de las conductas anticompetitivas, sin que se realice ningún tipo de argumentación o se aporte alguna prueba con el propósito de evidenciar algún error en la graduación de las respectivas multas. En tal medida, debe advertirse que los argumentos dirigidos a señalar que no participaron en las conductas anticompetitivas se encuentran totalmente desestimados a través de las diferentes pruebas que fueron presentadas no solo en el acto administrativo recurrido sino también en acápites previos.

De tal modo, es menester anotar que las prerrogativas de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia que, a juicio de la **CONCESIONARIA**, deben consultar la motivación de los criterios de dosimetría, no solo resultan improcedentes en el presente caso por haberse desvirtuado plenamente la presunción de inocencia de la **CONCESIONARIA** y declarado su responsabilidad administrativa, sino además por el hecho de que en la graduación de la sanción se tuvo en cuenta su nivel de intervención en el sistema anticompetitivo reprochado a efectos de tasar la multa a imponer. En efecto, en la Resolución Sancionatoria respecto de su grado de participación se consideró lo siguiente:

*"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."*

Como puede observarse, la graduación de la sanción que se impuso a la recurrente consultó su específico nivel de intervención en la conducta infractora, a diferencia de otros infractores que tuvieron un mayor grado de participación. A modo de ejemplo, **ODEBRECHT** fue considerada como "artífice" del entramado ilegal o **CORFICOLOMBIANA** respecto de la cual se tuvo en cuenta que "desde un inicio auspició y determinó, junto con **ODEBRECHT**, el despliegue del sistema anticompetitivo reprochado". De ahí que el monto de la multa para estos últimos resultara tasado con mayor severidad en comparación con la multa impuesta a la **CONCESIONARIA**, lo cual es respetuoso del principio de proporcionalidad.

Finalmente, es importante recordar que si bien la **CONCESIONARIA** no intervino directamente en la concepción o concreción del acuerdo anticompetitivo, debido a que aún no existía en el mundo

<sup>395</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2009. Rad. No.: 080012331000 2004 02214 01(16319).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

jurídico, lo cierto es que no solo estuvo constituida por **ODEBRECHT** y **EPISOL**, vehículo de inversión de **CORFICOLOMBIANA**, sino que su creación y participación fue indispensable para la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, que precisamente fue adjudicado como consecuencia de la plena ejecución de los compromisos adquiridos en virtud del acuerdo anticompetitivo. En esa medida, todos los partícipes del sistema anticompetitivo contribuyeron en su cabal funcionamiento, aunque concurrieran en distintos momentos, con diferentes roles y a partir de contribuciones específicas, su participación terminó confluyendo en la consecución de un 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.

Se insiste, 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"<sup>396</sup>; 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 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"<sup>397</sup>.

A partir de lo anterior, no es posible valorar ciertos criterios como atenuantes o de manera neutra en favor de la **CONCESIONARIA** o fraccionar la dimensión y el impacto de una conducta anticompetitiva que se caracterizó por su sistematicidad para afectar la libre competencia económica.

Como puede apreciarse, esta Superintendencia a efectos de la graduación de la multa a imponer a **CONCESIONARIA** utilizó los criterios que de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, necesariamente debían concurrir a efectos de dosificar la sanción y teniendo en cuenta el alcance y las particularidades de su participación en la conducta infractora. Al respecto, debe anotarse que la multa que se le impuso equivale únicamente al 6,3% de la multa máxima potencialmente aplicable, lo que significa un argumento adicional para considerar que no existe ninguna desproporcionalidad en su imposición.

En este punto es importante indicar que el efecto disuasorio que debe caracterizar una sanción, esto es, asegurar las finalidades de prevención general y prevención especial de la sanción para que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley, no puede ser utilizado válidamente para alegar que una multa tiene carácter desproporcionado, máxime cuando la relación de las multas que se impusieron en el presente caso con todos los umbrales expuestos previamente permite evidenciar que es completamente proporcional y razonable entre la gravedad de los hechos constitutivos de la infracción y las sanciones aplicadas.

En virtud de las razones expuestas, los argumentos presentados por la **CONCESIONARIA** respecto a que los criterios empleados para tasar la multa que se le impuso no corresponden con su conducta, participación o actuaciones desplegadas, resultan completamente infundados y, por tanto, se rechazan por improcedentes.

De otra parte, la **CONCESIONARIA** alegó que, contrario a algún beneficio, las conductas reprochadas alteraron su utilidad esperada y provocaron la inejecución del contrato; como consecuencia de las actuaciones surtidas en sede cautelar y en la decisión adoptada por el Tribunal

<sup>396</sup> Folio 2436 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Archivo "2.6 Otrosí 6 K".pdf.

<sup>397</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

de Arbitramento. Resaltó que mediante la Resolución No. 5216 de 2017 se ordenó a la ANI la terminación inmediata del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Al respecto, en primer lugar, es importante señalar que la supuesta alteración de la "utilidad esperada" o la "inejecución del contrato", son consecuencia del reproche de las conductas ilegales perpetradas, no solo por parte de la autoridad de competencia en sede administrativa, sino por otras instancias en sede jurisdiccional (i.e. Tribunal Administrativo de Cundinamarca). De manera que los infractores deben asumir las consecuencias negativas que genera su participación en conductas anticompetitivas, sin que estas sean atribuibles a las autoridades administrativas o jurisdiccionales que, en el marco de sus funciones, adoptan las medidas necesarias para su reproche, suspensión o terminación.

Sostener lo contrario, significaría que la autoridad de competencia una vez advierta la comisión de conductas anticompetitivas no podría hacerlas cesar, so pretexto de alterar la "utilidad esperada" de los infractores, lo cual resulta a todas luces improcedente, pues sería tanto como incentivar o patrocinar que esas conductas se perpetúen en el tiempo.

Con ello, se desconocería que las disposiciones legales previstas en el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio a suspender inmediatamente las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia económica o que de conformidad con el numeral 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 se puede ordenar a los infractores la modificación o terminación de las mismas.

Por si fuera poco, implicaría desconocer que el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 también faculta al juez de la acción popular para adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, como la libre competencia, o como lo ha precisado el Consejo de Estado "(...) nada impide, que una decisión judicial, tenga el alcance de declarar fuera del mundo jurídico una estipulación o un contrato si estos constituyen la causa de la afectación de los derechos colectivos"<sup>398</sup>.

Así las cosas, un individuo en la sociedad, así sea este un agente económico, está obligado a soportar las consecuencias negativas derivadas de sus actuaciones ilícitas, sin que ello sea un argumento jurídicamente atendible para considerar una sanción como desproporcional ni mucho menos para pretender disminuir la multa impuesta en este caso.

Por otra parte, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ ANTONIO MAMERI y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** indicaron que se desconoció el principio de proporcionalidad al imponer la sanción y se impuso la máxima multa posible, sin motivar suficiente y razonadamente el parámetro con base en el cual se liquidó la sanción. Así mismo, alegaron que se cometió un error al fijar la sanción sin referente distinto que el máximo que podría imponer conforme la norma y se ignoró cualquier otro elemento de juicio, como que gracias a la denuncia instaurada por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR y LUIZ ANTONIO MAMERI** resultó involucrado **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para reconocer los ilícitos en que incurrió en 2009. Finalmente, añadieron que no se tuvo en cuenta, como en el caso "cementos", la capacidad económica del investigado conforme su patrimonio, con la finalidad de no constituirse en una sanción que lo liquida.

Los anteriores argumentos no tienen ninguna vocación de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación. En primer lugar, debe anotarse que varios de los argumentos presentados por los recurrentes son absolutamente improcedentes y no contienen ninguna fundamentación que permita a este Despacho entrar a analizar si eventualmente la tasación de la multa es errónea o desproporcional, así mismo tampoco se precisa en relación con qué tipo de información o prueba que repose en el Expediente podría considerarse como desproporcional la multa impuesta. En efecto, cuando se alega que una sanción es desproporcional o excesiva esto

<sup>398</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Rad. No. 080012331000 2000 02599 01 (AP).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

exige o, por lo menos, implica un ejercicio que permita establecer un carácter relacional con algún criterio o medida, debido a que una sanción no puede ser desproporcional en si misma considerada, argumentación que precisamente brilla por su ausencia en los escritos de reposición.

En todo caso, a continuación se presenta un cuadro comparativo que permite apreciar el porcentaje que representa la multa impuesta a cada persona natural respecto de la multa máxima potencialmente aplicable de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, lo que representa una razón adicional para descartar cualquier desproporcionalidad en su imposición.

**Tabla No. 4. Porcentaje respecto del tope máximo legal permitido**

Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009			
	SANCIONADOS	MONTO DE LA MULTA	%
1	LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR	\$ 1.755.603.135	100%
2	LUIZ ANTONIO MAMERI	\$ 1.228.975.605	70%
3	YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN	\$ 185.512.470	10,57%
4	JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA	\$ 393.991.455	22,44%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>399</sup>.

Como puede observarse, la única multa a personas naturales que, una vez realizada la graduación respectiva, alcanzó el tope máximo permitido de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 fue la impuesta a **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, quien desempeñó un papel protagónico y determinante durante el 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.

Del mismo modo, puede advertirse que la siguiente sanción más alta en la Resolución Sancionatoria fue impuesta a **LUIZ ANTONIO MAMERI** y tan solo correspondió a un 70% respecto de la multa máxima potencialmente aplicable. Incluso, se evidencia que la sanción impuesta a **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** tan solo representó un 10,57%.

Por otra parte, no es de recibo para este Despacho el argumento según el cual debía tenerse en cuenta a efectos de graduar la multa el hecho de que algunos recurrentes instauraron una denuncia penal que llevó a involucrar a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Al respecto, es menester indicar que, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 906 de 2004, toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. De ese modo, el comportamiento de los recurrentes simplemente representó el simple cumplimiento de un deber legal, máxime cuando las conductas ilegales perpetradas en Colombia únicamente fueron denunciadas<sup>400</sup> hasta el 6 de enero de 2017 ante la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, después de cerca de nueve (9) años de plena ejecución de un sistema restrictivo de la libre competencia económica, y sin que pueda verificarse que por parte de los recurrentes existió algún tipo de colaboración con la autoridad de competencia en el conocimiento o investigación de las conductas anticompetitivas, por lo que es a todas luces improcedente que tal circunstancia pudiera significar una atenuación a efectos de la graduación de la multa.

Por último, este Despacho no comparte el argumento de los recurrentes dirigido a comparar la graduación de las multas con las impuestas en el caso "cementos". Con el propósito de desvirtuarlo, debe indicarse que el supuesto desconocimiento del principio de igualdad se limita a ser una simple afirmación sin mayor fundamentación.

<sup>399</sup> Con información expuesta en la Resolución No. 82510 de 2020.

<sup>400</sup> Folios 196 y 197 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, una de las principales características del derecho a la igualdad es su carácter relacional y, en consecuencia, la más somera metodología para determinar su posible desconocimiento exige, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, (i) establecer un criterio de comparación o patrón de igualdad, lo que se traduce en precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se trata de sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente.

A partir de lo expuesto, se puede advertir que la afirmación de los recurrentes se limita a señalar que, a su juicio, en otro caso (Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017) las sanciones tuvieron otro criterio determinante para la graduación, a partir de una simple comparación entre los montos de las multas impuestas, cuestión que no puede entenderse como un verdadero criterio de comparación que permita determinar si los supuestos de hecho del aludido caso son susceptibles de compararse con la situación de los recurrentes, ni tampoco definir si realmente en el plano fáctico o jurídico existió un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, que implique una trasgresión al derecho a la igualdad.

Aceptar la tesis de los recurrentes, a partir de la cual una simple comparación de las sanciones impuestas con las de otro caso es suficiente para determinar un trato desigual en la graduación de una multa, sería tanto como desconocer que precisamente a efectos de dosificar una multa pueden concurrir todos o algunos de los diferentes criterios previstos en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, que por obvias razones puede variar o ser diferente de un investigado a otro y se aplican dependiendo de la particularidades de cada caso.

Adicionalmente, este Despacho puede evidenciar que las conductas sancionadas a través de la Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017 ni siquiera coinciden fáctica o jurídicamente con las que fueron objeto de reproche en el acto administrativo recurrido, lo que conduce a la conclusión de que cualquier diferencia de trato en la dosificación de la multa está constitucionalmente justificada, en razón a que las situaciones objeto de comparación son completamente diferentes, por lo menos en lo que se refiere a la conducta que motivó la sanción.

Conforme las anteriores circunstancias, resulta apenas obvio concluir que las afirmaciones de los recurrentes en que sugieren un trato desigual son totalmente alejadas a la realidad y no resultan suficientes para determinar una trasgresión al principio de igualdad y, en consecuencia, se rechazan por infundadas.

Por su parte, **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** indicó que la multa impuesta admite revisión teniendo en cuenta la información financiera reciente relativa a su situación económica actual, pues no continuó desarrollando actividades económicas al interior de las empresas vinculadas a la práctica anticompetitiva o en el mismo sector y en 2017 la investigación penal en su contra significó su desvinculación automática del empleo que tenía. Añadió que en los últimos 22 años, se desempeñó en altos cargos de administración de entidades sujetas al control de la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**, siendo ese el sector en el que desarrolló su actividad laboral y económica (fuente de ingresos) y que cuando cumpla su condena penal no tendrá edad laboral y estará imposibilitado de trabajar en el sector financiero donde desarrolló su vida laboral y tiene su experticia.

Adicionalmente, sostuvo que la idea de la empresa de asesoría económica y financiera que pretendía desarrollar no llegó a consolidarse debido a que el 23 de agosto de 2017 se dictó en su contra medida cautelar de detención preventiva intramural. Además, se le privó de la libertad el 29 de abril de 2019 con ocasión del fallo penal de primera instancia. También resaltó que lleva casi cuatro (4) años sin generar ingresos de su actividad laboral lo que implica un cambio sustancial en su situación financiera, como se evidencia con su declaración de renta.

De otra parte, señaló que la conducta anticompetitiva que se le imputó corresponde con la misma conducta penal por la que se le condenó previamente a pagar una multa de \$136.328.082, adicional a la pena privativa de la libertad. En ese sentido, anotó que una persona privada de la libertad está



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en incapacidad de generar ingresos y en 2016 reportó ingresos principalmente de vinculación laboral por \$ [REDACTED] y, en 2019, con la privación de la libertad, solo reportó \$ [REDACTED], siendo cero (\$) sus ingresos laborales.

De tal modo, censuró que la multa de \$393.991.455 analizada respecto del patrimonio líquido, que con base en la declaración de renta del año gravable 2019 era \$ [REDACTED], constituye el [REDACTED]% de su patrimonio y en el caso de **CORFICOLOMBIANA**, por ejemplo, es apenas del 0,066% de su patrimonio y 3.63% de las utilidades reportadas en 2019. En esa medida, concluyó que la condena es patrimonialmente desproporcionada si se tiene en cuenta que no era beneficiario del contrato, no era socio de los resultados de la **CONCESIONARIA**, ni obtenía utilidad alguna del negocio. Así mismo, reprochó que la multa sobre el patrimonio de la persona natural, conforme a la declaración de renta, es del [REDACTED]% y que en el caso "azúcar" la multa sobre patrimonio más alta no llegó al 6.7%, y en otros casos de colusión, sin incluir el **GRUPO NULE**, representaron en promedio el 9.95% del patrimonio de los sancionados.

Los argumentos expuestos por el recurrente en relación con la dosificación de la multa impuesta y su supuesta desproporcionalidad no tienen mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, es menester reiterar que cualquier individuo en la sociedad está obligado a soportar las consecuencias negativas derivadas de sus actuaciones ilícitas. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado que:

*"Como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, la licitud o ilicitud no se predica de la conducta de sus agentes, sino sólo del daño. Por consiguiente, cuando el daño no puede reputarse como antijurídico, en razón de que es el resultado del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, no está obligado a indemnizarlo, **dado que en este evento todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o una carga.** Se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia que el daño antijurídico es aquél que la víctima no está en el deber jurídico de soportar, **razón por la cual deviene en una lesión injusta a su patrimonio.**"<sup>401</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, la jurisprudencia constitucional sostiene que la lesión ocasionada al patrimonio de quien es sujeto del ejercicio legítimo de los poderes del Estado, por ejemplo, a causa de la privación de su libertad como consecuencia de una condena penal, se constituye en un daño que no puede reputarse como antijurídico y que "todas las personas están obligadas a asumirlo como una obligación o carga", por lo que ello no puede ser un argumento jurídicamente atendible para considerar una sanción como desproporcional, ni mucho menos para pretender disminuir la multa impuesta en este caso.

En tal virtud, las condiciones económicas que enfrenta una persona que es privada de su libertad como consecuencia de cometer un delito no se constituye en un fundamento válido para exonerarse de la imposición de una multa en sede administrativa. Pretender lo contrario sería desconocer que en materia penal aun cuando se imponga una pena principal como la privativa de la libertad de prisión, esta puede coincidir con la pecuniaria de multa, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 599 de 2000.

En este punto debe señalarse que tampoco es de recibo para este Despacho el argumento tendiente a confundir los fundamentos de responsabilidad administrativa y penal. En efecto, la estructuración y exigencias de las conductas punibles son absolutamente independientes de las infracciones administrativas y protegen bienes jurídicos distintos, razón por la que sus sanciones son completamente autónomas y no tienen ningún tipo de interdependencia. En esa medida, la imposición de la pena principal pecuniaria de multa por \$136.328.082 a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en sede penal no es un argumento que tenga prosperidad para pretender una exoneración o disminución de la multa en sede administrativa, máxime cuando no existe prueba

<sup>401</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 2000.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

siquiera sumaria de la satisfacción de esa acreencia que demuestre una disminución de su patrimonio.

A lo anterior se suma el hecho de que la pena privativa de la libertad de prisión referida por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no es perpetua sino limitada en el tiempo, razón por la cual alegar que cuando cumpla su condena no tendrá edad para laborar o estará imposibilitado para hacerlo, no pasa de ser una afirmación sin sustento alguno, y simplemente representa un supuesto futuro cuya ocurrencia es completamente incierta y deviene en un criterio impertinente a efectos de la graduación de la multa.

Aceptar semejante argumento sería tanto como sostener que la autoridad de competencia debe abstenerse de imponer una multa a una persona natural teniendo como fundamento que en cualquier momento podría acontecer el hecho de su muerte y las consecuencias jurídicas que se derivarían harían imposible la satisfacción de esa obligación por parte del infractor, lo cual es a todas luces improcedente.

Igualmente, es menester señalar que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 la eventual "incapacidad de generar ingresos" laborales no es un criterio determinante a efectos de la graduación de la multa. Si esto fuera así, bastaría con que un infractor ante la inminencia de la imposición de una sanción renunciara a la generación de ingresos laborales con el propósito de obtener una reducción o exonerarse de la multa.

Por otra parte, respecto a la supuesta diferencia de trato en relación con **CORFICOLOMBIANA** es menester anotar que el "patrimonio" o las "utilidades" de ese agente de mercado no son susceptibles de comparación con el "patrimonio líquido" o la situación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**. En efecto, se trata de sujetos de diferente naturaleza, lo que amerita un trato diferente, constitucionalmente justificado. Incluso, ese tipo de argumentos ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Despacho en otras oportunidades. Al respecto, en la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015 se sostuvo que:

*"Por otra parte, no existe ninguna lógica en el argumento, según el cual, la multa impuesta a las personas naturales no puede representar para ellas un porcentaje superior de sus ingresos o patrimonio, del que representa para las personas jurídicas el valor de la multa respecto de su propio patrimonio o ingresos. El planteamiento de los recurrentes en este particular es caprichoso y desconoce que hace toda lógica que las personas vinculadas con el agente económico infractor soporten, en proporción, más severas consecuencias, si se tiene en cuenta que son ellas quienes resultan determinantes para la concreción de la práctica anticompetitiva." (Subrayas fuera de texto original).*

A lo anterior se suma que si el diseño institucional de la política pública sobre la protección de la libre competencia económica en Colombia tiene prevista la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas que colaboran, facilitan, autorizan, ejecutan o toleran prácticas restrictivas de la competencia en su condición de administradores o vinculados con el agente económico infractor, es precisamente porque las sanciones que por esta causa se les pueden imponer cumplen de manera más efectiva con el propósito de generar efectos disuasorios tanto sobre la empresa declarada responsable, como sobre el propio individuo infractor para evitar su reincidencia y sobre la sociedad como un todo. En virtud de lo expuesto, al no existir ningún criterio de comparación que habilite un trato igual entre **CORFICOLOMBIANA** y **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** los argumentos presentados se rechazan por infundados.

Igual de improcedentes son los argumentos dirigidos a tratar de comparar el monto de la multa impuesta a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** con los montos impuestos a personas naturales en otro caso (Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015), se insiste, una simple comparación de su sanción con la de otro caso es completamente insuficiente para determinar un trato desigual en la graduación de una multa, y sería tanto como desconocer que precisamente a efectos de su dosificación pueden concurrir todos o algunos de los diferentes criterios previstos artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que por obvias razones puede variar o ser diferente de un investigado a otro y se aplican dependiendo de la particularidades de cada caso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Incluso, la argumentación planteada convenientemente obvia mencionar que la máxima multa impuesta en la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015, aun cuando representó tan solo un 12% aprox. del patrimonio registrado por el infractor, ascendió a la suma de \$ 733.914.650, que en comparación con la multa que le fue impuesta a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** en el presente caso por valor de \$ 393.991.455, tan solo significa un 53,3 %.

De manera que aceptar el supuesto patrón de igualdad o comparación sugerido por el recurrente conduciría, contrario a disminuir la sanción, a aumentarla, lo cual también sería improcedente, no solo por el principio constitucional *non reformatio in pejus*, que alude a la prohibición de reformar en perjuicio del impugnante único, sino además porque respecto a las particularidades de la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015 no existe un supuesto de hecho susceptible de compararse con la situación de **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, que lleve a exigir válidamente el mismo tratamiento en el ejercicio de dosificación de la multa.

Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, este Despacho debe precisar que con el fin de garantizar que la sanción a imponer, o la impuesta, no resulte expropiatoria o confiscatoria frente a la persona natural, en algunas oportunidades<sup>402</sup>, cuando se logra acceder a información relacionada tanto con los ingresos como el patrimonio del infractor, o la misma es aportada por los investigados, dicho insumo se emplea como un elemento de juicio adicional a efectos de la dosificación de la multa, sin importar que dichos criterios auxiliares no estén previstos expresamente en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, pero sí entre los principios constitucionales (norma superior) que inspiran el derecho sancionatorio y que prohíben las multas confiscatorias (artículo 34 de la Constitución Política).

Con fundamento en lo anterior, es posible advertir a partir de las declaraciones de renta aportadas en el escrito de reposición presentado por **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**, en especial la correspondiente al año 2019 que, aun cuando no generó ingresos laborales, su patrimonio líquido asciende a \$ [REDACTED]. En esa medida, este Despacho considera que la sanción que le fue impuesta en la Resolución Sancionatoria por valor de \$ 393.991.455, que corresponde a un [REDACTED] % aproximadamente de su patrimonio líquido y un **22,44** % de la multa máxima potencialmente aplicable de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no sobrepasa el límite legal permitido, y tan solo significa menos de su cuarta parte, lo que representa porcentajes razonables frente a su patrimonio líquido, sin que sea posible catalogar la sanción como desproporcionada y, menos aún, confiscatoria.

A partir de lo expuesto, este Despacho, en relación a la proporcionalidad de la sanción impuesta a **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** y su dosimetría punitiva, la encuentra ajustada a la magnitud o alcance de los hechos reprochados, e incluso favorable, en la medida en que de haber reportado ingresos laborales en su declaración de renta, muy seguramente la multa impuesta hubiera sido mayor al monto que le fue tasado.

En ese sentido, tampoco es posible aceptar el argumento según el cual la multa es patrimonialmente desproporcionada, si se tiene en cuenta que **JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA** no era beneficiario del contrato, no era socio de los resultados de la **CONCESIONARIA**, ni obtenía utilidad alguna del negocio. Al respecto, debe resaltarse que en los casos de infracciones de la libre competencia económica, los administradores y demás sujetos vinculados con los agentes económicos son en últimas quienes hacen posible su consumación, por lo que también deben soportar las consecuencias previstas en la ley con toda severidad, y no podrían ser ajenos al reproche de los beneficios indebidos que genera la conducta ilegal que se reprime, máxime cuando con sus diferentes actuaciones generaron su materialización.

En cualquier caso, no es menester que, con miras a realizar la graduación de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia pruebe que una persona natural necesariamente tuvo un beneficio o utilidad con la conducta anticompetitiva, puesto que tal exigencia no responde al tenor literal de la norma ni a su finalidad, debido a que dicho criterio se encuentra

<sup>402</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

previsto es a efectos de graduar la multa a los agentes de mercado, de conformidad con el numeral 3 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Así las cosas, no se encuentra ninguna razón válida o elemento de juicio adicional que permita modificar las sanciones que fueron impuestas en la Resolución Sancionatoria, por lo que, además de rechazar todos los argumentos presentados por los recurrentes sobre el particular, se confirma integralmente el monto de las multas impuestas.

#### **5.12. Pronunciamiento sobre los argumentos relacionados con la supuesta afectación al buen nombre de GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO y ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**

Los recurrentes solicitaron en forma común que se elimine de la Resolución No. 82510 de 2020 cualquier afirmación o análisis de responsabilidad efectuado por la Delegatura respecto de la imputación relacionada con el aprovechamiento del conflicto de intereses por cuanto existía caducidad de la facultad sancionatoria y los pronunciamientos son ilegales y afectan su buen nombre.

En ese sentido, sostuvieron que se realizaron afirmaciones frente a un cargo para el cual no le estaba permitido a la Delegatura ni a la Superintendencia de Industria y Comercio adelantar actuación alguna. De tal modo, una vez la Delegatura concluyó que carecía de competencia por haberse configurado la caducidad de la facultad sancionatoria, lo procedente era archivar la investigación y no continuar con su trámite. Censuraron que, en vez de declarar la nulidad de lo actuado por la Delegatura, en la Resolución No. 82510 de 2020 se incluyeron afirmaciones que afectan el buen nombre de unas personas que no fueron declaradas responsables de realizar una conducta restrictiva de la competencia.

Los anteriores argumentos dirigidos a alegar una supuesta afectación al buen nombre de **GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO y ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** como consecuencia de la investigación que por prácticas restrictivas de la competencia se adelantó en su contra no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es menester recordar que, con fundamento en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales. En ese sentido, se encuentra facultada legalmente para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico, de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

En ese escenario, las actuaciones que adelanta esta Superintendencia tiene como propósito velar 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, tal y como lo dispone el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

Bajo ese contexto, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, faculta a la autoridad de competencia para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, lo que incluye la expedición de diferentes actos administrativos; desde una resolución de apertura de investigación, un informe motivado y un acto administrativo que determine que existió o no una infracción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En segundo lugar, es importante señalar que la anterior actuación administrativa goza de publicidad de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que obliga a esta Superintendencia a publicar en su página web las actuaciones administrativas, entre ellas, la apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia.

Lo anterior encuentra también sustento en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia que determina que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento, entre otros, del principio publicidad. De igual forma el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 señala la publicidad como un principio para desarrollar las actuaciones administrativas, las cuales se darán a conocer mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenen la ley.

En esa medida, la publicidad es uno de los principios del Estado Social de Derecho y hace referencia a la divulgación de los actos administrativos proferidos por una autoridad pública, con el fin de que, no solo intervinientes dentro del procedimiento administrativo o los terceros afectados conozcan de las decisiones, sino la comunidad en general, con el fin de garantizar el debido proceso y los principios que rigen la función pública. Precisamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha resaltado que desde el punto de vista constitucional se repudian las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados.

*"El ordenamiento constitucional Colombiano repudia la idea de las actuaciones administrativas secretas u ocultas a los administrados, como así lo dio a entender el constituyente al haber consagrado en el artículo 209 Superior, como principio fundamental de la Función Administrativa, el de la publicidad, altamente necesario para que los asociados se enteren oportunamente de la forma como despliega su actividad la administración, y si así lo deciden, activen su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (Art. 40 C.P.), interponiendo las acciones legales en su contra, para la defensa del ordenamiento jurídico. Todo ello, sin duda, contribuye a hacer más transparente el proceder de la administración."<sup>403</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Marcado el derrotero anterior, los argumentos de los recurrentes según los cuales la actuación administrativa que adelantó esta Superintendencia implicó una afectación a su buen nombre no son de recibo para este Despacho, no solo por las razones expuestas previamente en que, sin lugar a dudas, existe desde el punto de vista constitucional y legal un principio de publicidad que orienta el procedimiento administrativo sancionatorio, sino además debido a que con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política la presunción de inocencia irradia toda la actuación, máxime cuando en el acto administrativo recurrido se dispuso el respectivo archivo, es decir, no se declaró la existencia de ningún tipo de responsabilidad administrativa.

En tercer lugar, es pertinente señalar que la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha ocupado de aclarar que el derecho a la honra y buen nombre no son absolutos y, por tanto, no pueden impedir el inicio de investigaciones administrativas e incluso penales. Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>404</sup> ha señalado que:

*"En este sentido, la honra, el buen nombre y el habeas data tampoco son derechos absolutos, pues a pesar de su protección, la persona no puede basarse en ellos para impedir la circulación y manejo del dato cierto (cuando es de interés general<sup>27</sup> o ha sido previamente autorizado<sup>28</sup>), o la iniciación de investigaciones penales o administrativas dirigidas a verificar su conducta." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Obsérvese, que, desde el punto de vista jurisprudencial, ningún derecho puede entenderse completamente desligado del conjunto de normas constitucionales, del ordenamiento jurídico en

<sup>403</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 7 de marzo de 2011. Rad. No.: 110010328000 2010 00006 00.

<sup>404</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad. No.: 250002326000 1999 0225 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

general, por lo que la honra o el buen nombre no puede ser un pretexto para evitar el inicio y, por ende, desarrollo de un procedimiento administrativo de carácter sancionatorio con el propósito de verificar la conducta de una persona en sociedad o, en este caso, para determinar si existe una infracción a las normas de protección a la competencia económica.

Aceptar lo contrario, implicaría que ninguna autoridad administrativa podría adelantar una actuación administrativa con el pretexto de no lesionar el derecho a la honra o buen nombre de quienes investigaría, por lo que patrocinar las postulaciones de los recurrentes no solo desconocería el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, sino que además desquiciaría cualquier régimen sancionatorio.

En todo caso, sin perjuicio de lo anterior, y en cualquier punto de discusión, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional exige a efecto de considerar una lesión al derecho fundamental al buen nombre que se genere un daño moral tangible<sup>405</sup> cuando, sin justificación ni causa cierta y real<sup>406</sup>, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público informaciones falsas o erróneas.

De manera que el Consejo de Estado en su jurisprudencia<sup>407</sup> ha concluido que no toda información o, dicho de otra manera, la sola manifestación al público de información u opinión respecto de una persona no produce *per se* la vulneración del derecho a la honra y al buen nombre, en la medida en que dichas expresiones deben ser de tal entidad que generen un perjuicio moral demostrable y, en todo caso, su acreditación no dependerá de la impresión subjetiva o interpretación personal del supuesto ofendido, sino del "*margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho*".

Por último, como si lo anterior no fuera suficiente, la jurisprudencia administrativa recientemente tuvo la oportunidad de dilucidar argumentos similares a los expuestos, sin mayor fundamento, en esta sede por los recurrentes, en que se alegaba una vulneración al derecho fundamental al buen nombre y la honra como consecuencia de la publicación de un acto administrativo que sancionó una conducta anticompetitiva.

"(...)

- (i) *De conformidad con la normatividad vigente para la época en que se expidió el mencionado boletín, las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva;*
- (ii) *La expedición del mencionado boletín se dio en ejercicio del derecho fundamental a informar como componente de la libertad de expresión;*
- (iii) *No es cierto que el ejercicio de la libertad de información a cargo de la autoridad de competencia entró en tensión con los derechos fundamentales al buen nombre y la honra, pues el mencionado boletín no contiene informaciones falsas, ofensivas e inexactas en contra de los accionantes que comprometan la posible responsabilidad social de la Superintendencia de Industria y Comercio;*
- (iv) *La información consignada resulta clara, veraz e imparcial. Vale la pena reiterar que la misma decisión comunica que contra la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio procede el recurso de reposición. (...)"<sup>408</sup>*  
(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que en el presente caso tampoco existe ninguna tensión entre los derechos fundamentales al buen nombre y la honra de **GUSTAVO ANTONIO**

<sup>405</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 2010.

<sup>406</sup> *Ibidem*.

<sup>407</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 21 de marzo de 2012. Rad. No.: 250002326000 1999 0225 01.

<sup>408</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. Rad. No. 250002324000 2012 00790 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**RAMÍREZ GALINDO** y **ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA** y las actuaciones desplegadas por la autoridad de competencia, máxime cuando estuvieron orientadas por el principio de publicidad que tiene fundamento constitucional y legal, como se explicó con suficiencia previamente.

A partir de lo expuesto, se encuentran desestimados los argumentos presentados por los recurrentes, razón por que no se accederá a su pedimento de eliminar afirmaciones o análisis de la Resolución No. 82510 de 2020 y, por el contrario, se confirmará integralmente su contenido.

### **5.13. Consideraciones relacionadas con presuntas faltas disciplinarias cometidas en el trámite administrativo**

En la presente actuación administrativa, especialmente, en la interposición de los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, se advierte, en primer lugar, que por parte de algunos abogados se acudió al empleo de diferentes expresiones, afirmaciones e insinuaciones destinadas a descalificar las actuaciones administrativas y/o referirse indebidamente a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que, además de merecer completo rechazo por parte de este Despacho, podrían presuntamente ser constitutivas de faltas disciplinarias a luz de lo dispuesto en el Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 del 2007.

Sobre el particular, se evidenció que el abogado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, apoderado de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, empleó las siguientes insinuaciones, expresiones y afirmaciones en su recurso de reposición.

*"(...) Es preciso recordarle al señor Superintendente que la función de decidir estas investigaciones comporta la responsabilidad de juzgar la conducta de las personas y empresas investigadas, para lo cual se requiere imparcialidad, neutralidad y distancia del funcionario que investiga y acusa, así como de los investigados y de los terceros."<sup>409</sup>*

*"Señor Superintendente, al ejercer la función de juzgamiento que le corresponde de conformidad con la ley, debe usted demostrar imparcialidad, esto es, perseguir con objetividad y con fundamento en las pruebas, la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso neutralidad y una actitud equidistante respecto a las partes y de sus abogados. Es decir, que debe usted evitar cualquier comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio."<sup>410</sup>*

*"La SIC utiliza, como único sustento para afirmar que José Elías Melo autorizó ese pago y que, por lo tanto, **CORFICOLOMBIANA** participó en esa conducta, la declaración no ratificada (y por lo tanto, insistimos, **NULA**) de Mauricio Millán, la cual, además, es absolutamente contradictoria con otras declaraciones que el mismo Millán ha dado en diferentes momentos y con lo (sic) había señalado en esa misma declaración, y que en todo caso se obtuvo mediante preguntas claramente ilegales de los funcionarios de la SIC."<sup>411</sup>*

*"(...) En relación con la anterior declaración, nótese como la Delegatura hizo preguntas repetitivas para forzar las respuestas del declarante, así como preguntas inductivas con el propósito de que las respuestas del declarante se ajustaran a toda costa a la teoría del caso de la SIC."<sup>412</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto original).*

Por otra parte, se evidenció que **JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**, apoderado de **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, **LUIZ ANTONIO MAMERI** y **YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN** también empleó ciertas insinuaciones, expresiones y afirmaciones en su recurso de reposición.

<sup>409</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01375-0001 del 28 de enero de 2021. Recurso de reposición interpuesto por **CORFICOLOMBIANA**. p. 7.

<sup>410</sup> Ibidem. p. 14.

<sup>411</sup> Ibidem. p. 68.

<sup>412</sup> Ibidem. p. 82.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) *interpretar las normas y ajustar sus actuaciones a la Constitución, la Parte Primera del CPACA y a las leyes especiales que regulen la materia (Decreto 2153 de 1992), pero el examen no lo pasan al revisar **la manera como la SIC ha decidido interpretar, en forma acomodaticia y conveniente a muy particulares intereses**, disposiciones como la relativa a la caducidad, o aquellas que prevén la tipicidad y legalidad de las conductas sancionables.*"<sup>413</sup>

"*Todo esto demuestra que la posición de la SIC para rechazar mis argumentos ante defender la razón de defensa de mi representado solo confirma el sesgo y la posición de la entidad que asumí, **con una respuesta que bien podría denominarse "de cajón"*** (...)"<sup>414</sup>

"*En forma contraria a derecho, **arbitraria, abusiva, acude a interpretaciones amañadas para encuadrar ciertos comportamientos en "tipos administrativos sancionables"** contrarios a la libre competencia, con una ambigüedad y tal despropósito que pone en evidencia la flaqueza de los cargos imputados a los investigados.*"<sup>415</sup>

"(...) ***Es una especulación, por decir lo menos, gratuita, fantasiosa, que no se desprende del correo electrónico, el cual, más bien, corresponde a una típica expresión de un director a su equipo en el que exige verificar la redacción del documento para minimizar los riesgos, evitando asumir costos que no se había presupuestado y así, ahí sí, optimizar el resultado esperado.***"<sup>416</sup>

(Negritas y subrayas fuera de texto original).

Dichas expresiones e insinuaciones lejos de representar una fundamentación fáctica o jurídica de su recurso de reposición, en criterio de este Despacho, constituyen afirmaciones temerarias y un trato irrespetuoso con los servidores públicos, en desconocimiento de los deberes que, de conformidad con lo previsto en los numerales 2 y 4 del artículo 6 de la Ley 1437 de 2011, deben observar en sus actuaciones ante las autoridades administrativas los referidos apoderados. En armonía con ese mandato, el numeral 4 del artículo 78 de la Ley 1564 de 2012 también les exige como un deber abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos.

Además, no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1123 de 2007 se exige a los abogados un respeto debido a las autoridades administrativas y se considera una falta disciplinaria injuriar o acusar temerariamente a los servidores públicos, sin perjuicio del derecho de reprochar o denunciar, por los medios pertinentes, los delitos o las faltas cometidas supuestamente por dichas personas, lo cual brilla por su ausencia. En esa medida, debe recordarse en forma vehemente a los apoderados que, según lo previsto en el numeral 5 y 7 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, uno de sus deberes profesionales como abogados es observar mesura, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, ha señalado que "(...) *cualquier comportamiento de los abogados que, en el ejercicio profesional, carezca de alguno de estos factores **será susceptible de investigación y sanción disciplinaria, sin necesidad de que se materialice afectación o vulneración a los derechos o intereses de alguna persona o funcionario***"<sup>417</sup>. (Negrilla fuera de texto original).

Y es que precisamente el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria<sup>418</sup>, recientemente al definir la responsabilidad disciplinaria de un abogado, que se refirió a una jueza señalando que

<sup>413</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01368-0001 del 25 de enero de 2021. Recurso de reposición interpuesto por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, p. 10.

<sup>414</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>415</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>416</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01364-0001 del 22 de enero de 2021. Recurso de reposición interpuesto por YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN, p. 14.

<sup>417</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. No. 630011102000 2012 00227 01.

<sup>418</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Rad. No. 410011102000 2013 00868 01.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

desconocía la ley y prevaricó y, además, que era "adivina" y "parasicóloga", entre otras afirmaciones de la misma naturaleza, consideró que:

*"Tales afirmaciones contra un juez de la República **constituyen una injuria contra el funcionario judicial y degrada la imagen y majestuosidad de la administración de justicia**, representada en sus jueces y fiscales*

(...)

***Al cuestionar una decisión se puede ser asertivo e incisivo en la argumentación, pero esa facultad de controvertir no implica una vía libre para degradar su imagen y su buen nombre**, al punto de tildarlo de "parasicólogo y adivino", en tanto los togados en un Estado social de derecho no "adivinan", **deciden con fundamento en las pruebas y en las normas aplicables al caso objeto de examen** (...)*. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

A lo anterior se suma el hecho de que, tal y como quedó en evidencia en el acápite "5.4. **Consideraciones del Despacho sobre el supuesto desconocimiento del principio de congruencia**" del presente acto administrativo, se puede evidenciar que el abogado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO** efectuó citas o transcripciones inexactas y descontextualizadas de la Resolución No. 67837 del 13 de septiembre de 2018<sup>419</sup> en sus escritos de reposición<sup>420</sup> con el propósito de fundamentar sus argumentos.

Sobre ese aspecto, debe recordarse que de conformidad con el numeral 6 del artículo 79 de la Ley 1564 de 2012 se presume que existe temeridad o mala fe cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas. Igualmente, de conformidad con el numeral 10 del artículo 33 de la Ley 1123 de 2007, constituye falta disciplinaria del abogado efectuar citas inexactas o descontextualizadas que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios encargados de definir una cuestión administrativa.

Por si fuera poco lo anterior, se puede apreciar que el abogado **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, apoderado de **CORFICOLOMBIANA** y **EPISOL**, además de solicitar la realización de audiencias<sup>421</sup> completamente improcedentes de conformidad con el procedimiento administrativo especial previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, también presentó reiteradamente escritos no solo extemporáneos<sup>422</sup>, sino manifiestamente improcedentes, tales como un pronunciamiento<sup>423</sup> frente al pronunciamiento que emitió uno de los recurrentes respecto al traslado de las pruebas decretadas en sede de reposición que se efectuó en virtud de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011.

Precisamente, en esta ocasión se debe resaltar que, de conformidad con el numeral 4 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, constituye un deber profesional del abogado actualizar permanentemente los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión, particularmente, los relacionados con las reglas que rigen los procedimientos administrativos especiales en que actúa, a efectos de abstenerse de la presentación de escritos reiterados y manifiestamente improcedentes que puedan afectar los principios de economía, celeridad y eficacia que gobiernan las actuaciones administrativas de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 2° de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, este Despacho, además de rechazar categóricamente las expresiones e insinuaciones empleadas por los abogados **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO** y **JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**, ordenará compulsar copias del presente acto administrativo a la Sala

<sup>419</sup> Véase p. 157 y 158.

<sup>420</sup> El argumento y la transcripción se evidencia en el recurso de reposición interpuesto por **CORFICOLOMBIANA** (p. 154) y **EPISOL** (p. 97).

<sup>421</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01375-0001 del 28 de enero de 2021. Recurso de reposición interpuesto por **CORFICOLOMBIANA**, p. 3, 4, 5 y 6.

<sup>422</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01465-0001 del 14 de abril de 2021.

<sup>423</sup> Rad. SIC. 17-14777- -01497-0001 del 14 de mayo de 2021.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C. con el fin de que se investigue si sus diferentes conductas durante la actuación administrativa constituyen falta disciplinaria de conformidad con el Código Disciplinario del Abogado - Ley 1123 de 2007.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR** las solicitudes de nulidad propuestas en los recursos de reposición de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020.

**ARTÍCULO TERCERO: 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; **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.330.667-2; **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, **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, identificado con pasaporte No. F0620486; **LUIZ ANTONIO MAMERI**, identificado con cédula de identidad No. 3382231 IFP-RJ; **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, entregándoles copia e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR**<sup>424</sup> el contenido de la presente Resolución a **GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.**, identificada con NIT 800.216.181-5; **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.151.343; **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; **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 QUINTO: COMUNICAR** la presente decisión a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para los fines de su competencia.

**ARTÍCULO SEXTO: COMPULSAR** copias de la presente Resolución a la Sala Disciplinaria del **CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ D.C.** para que determine si las conductas advertidas en el acápite 5.13 constituyen o no faltas disciplinarias a la luz de la Ley 1123 de 2007.

### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los ( **20 MAY 2021** )

<sup>424</sup> El acto administrativo contenido en la Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020, en virtud del numeral 3 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, quedó en firme desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos de reposición, si estos no fueron interpuestos. Al respecto, véase Consejo de Estado, Sección Primera. Auto Interlocutorio del 19 de diciembre de 2018. Rad. No. 250002341000 2015 01902 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

**NOTIFICAR:**

**CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHTS.A.**  
NIT. 800.155.291-4  
**ODEBRECHT PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S.A.**  
CNPJ/MF 07.668.258000100

Apoderada

**ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ**

C.C. 52.051.679

T.P. 85.250 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 74 – 56, Oficina 705

Bogotá D.C.

**CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A.**

NIT. 890.300.653-6

**ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**

NIT. 900.192.242-3

**GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO,**

C.C. 80.411.801

**ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA**

C.C. 80.504.690

Apoderado

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

C.C. 19.489.933

T.P. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6-30, Piso 12

Bogotá D.C.

**CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**

NIT. 900.330.667-2

Apoderado

**EDWARD ALBERTO CRISTANCHO MENDIETA**

C.C. 1.022.326.787

T.P. 193.563 del C.S. de la J.

[ecristancho@bonillacristancho.com](mailto:ecristancho@bonillacristancho.com)

**LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**

Pasaporte F0620486

**LUIZ ANTONIO MAMERI**

Cédula de Identidad 3382231 IFP-RJ

**LUIZ EDUARDO DA ROCHA SOARES**

Cédula de Identidad 12.617.267-5SSP/SP

**YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**

C.C. 13.833.902

Apoderado

**JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**

C.C. 79.556.351

T.P. 75.012

[jvelasquez@vaa.com.co](mailto:jvelasquez@vaa.com.co)

**JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA**

C.C. 19.369.232

Apoderado

**HERNAN DUQUEIRO BERMÚDEZ VELASCO**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

C.C. 80.423.705  
T.P. 86.351 del C.S. de la J.  
Calle 90 No. 11 A – 41, oficina 405  
Bogotá D.C.  
[hb@bernalybermudezabogados.com](mailto:hb@bernalybermudezabogados.com)

**COMUNICAR:**

**GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.**

NIT. 800.216.181-5

**LUÍS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ**

C.C. 19.463.398

Apoderado

**GABRIEL IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9 A – 41, oficina 309, Edificio AB Proyectos.

Bogotá D.C.

[mcastiblanco@ibarra.legal](mailto:mcastiblanco@ibarra.legal)

**MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES**

C.E. 372.291

Apoderado

**DANIEL LARGACHA TORRES**

C.C. 93.404.457

T.P. 109.788 del C.S. de la J.

Carrera 11 A No. 112 – 35

Bogotá D.C.

[largachatorresyabogados@gmail.com](mailto:largachatorresyabogados@gmail.com)

**DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA**

C.C. 79.356.022

Apoderado

**JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR**

C.C. 19.335.765

T.P. 30.633 del C.S. de la J.

Carrera 14 No. 93 B – 32, oficina 404

Bogotá D.C.

[Jorlando.montealegre@lopezmontealegre.com](mailto:Jorlando.montealegre@lopezmontealegre.com)

**MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS**

C.C. 51.749.873

Apoderado

**JORGE BERNARDO JAECKEL KOVACS**

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

Carrera 15 No. 93 A – 62, oficina 401

Bogotá D.C.

[notificaciones@jaeckelmontoya.com](mailto:notificaciones@jaeckelmontoya.com)

**GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**

C.C. 73.151.343

[elgranpangloss@outlook.com](mailto:elgranpangloss@outlook.com)

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**

NIT. 830.125.996-9

Apoderado

**JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA**

C.C. 80.442.163

T.P. 179.415 del C.S. de la J.

Calle 26 No. 59 – 51, edificio T4, Torre B, Piso 2

Bogotá D.C.

[buzonjudicial@ani.gov.co](mailto:buzonjudicial@ani.gov.co)

[jgarcia@ani.gov.co](mailto:jgarcia@ani.gov.co)

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Diagonal 22 B No. 52 – 01, Ciudad Salitre

Bogotá D.C.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

---

**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ D.C.**

Sala Disciplinaria

Calle 85 No. 11-96

Bogotá D.C.

[csjsabta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:csjsabta@cendoj.ramajudicial.gov.co)