



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

RESOLUCIÓN 2 8 7 5 1 - - - DE 2020  
( 1 6 JUN 2020 )

Radicación: 16-223755

**VERSIÓN RESERVADA**

*“Por la cual se archiva una investigación”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

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

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 56979 del 10 de agosto de 2018 (en adelante “Resolución No. 56979 de 2018” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** (en adelante “**CONSTRUCTORA CONCRETO**”), **INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S.** (en adelante “**INDUSTRIAL CONCRETO**”), **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.** (en adelante “**VINCI**”), **VÍA 40 EXPRESS S.A.S.** (en adelante “**VÍA 40 EXPRESS**”), **BENTON S.A.S.** (en adelante “**BENTON**”) y **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA** (en adelante “**CHINA GEZHOUBA**”) para determinar si incurrieron en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en proceso de selección público) en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante “**ANI**”).

Adicionalmente, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**), **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (Apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) y **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante Legal de **BENTON**) para determinar si incurrieron en la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esto es si colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron la posible colusión imputada a **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, VINCI CONCESSIONS, VÍA 40 EXPRESS, BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** en el marco del proceso de selección referido.

Por otro lado, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, CASS CONSTRUCTORES S.A.S.** (en adelante “**CASS**”), **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO** y **VINCI** para determinar si infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) por presuntamente haber suministrado y usado indebidamente información sensible en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**.

"Por la cual se archiva una investigación"

Igualmente, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) y **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) para determinar si incurrieron en la conducta 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 posiblemente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta de intercambio y uso de información sensible imputada a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, **CASS**, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **VINCI**.

**SEGUNDO:** Que la presente actuación administrativa inició como consecuencia de la orden emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia al Coordinador del Grupo de Trabajo de Prácticas Restrictivas de la Competencia para determinar si existía la necesidad o no de adelantar una averiguación preliminar para establecer si en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**<sup>1</sup> pudieron haberse presentado prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

Conforme lo anterior, la Delegatura adelantó visitas de inspección administrativa a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, la **ANI**, **INDUSTRIAL CONCONCRETO**, **OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.** (en adelante "OHL"), **BENTON**, **CHINA GEZHOUBA**, **VINCI**, **HERDOIZA CRESPO CONSTRUCCIONES COLOMBIA S.A.S.** (en adelante "HERDOIZA CRESPO"), **INFRACÓN S.A.S.** (en adelante "INFRACÓN"), **ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.** (en adelante "ICEIN"), **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, **CASS** y **CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** (en adelante "CONALVÍAS"), con el fin de recaudar información para verificar si existía o no mérito para iniciar una investigación formal por la posible comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

Posteriormente, mediante radicado No. 16-223755—33<sup>2</sup> del 21 de noviembre de 2016, **INFRACÓN** y **CONALVÍAS** solicitaron que la actuación administrativa fuera cerrada. Por su parte, mediante radicado No. 17-43656—0 del 20 de febrero de 2017<sup>3</sup>, la **VICEPRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, a través del Vicepresidente de la República, solicitó darle prioridad a la investigación y adoptar las decisiones pertinentes.

Adicionalmente, mediante radicado No. 16-223755—60 del 30 de marzo de 2017<sup>4</sup>, **CONALVÍAS** e **INFRACÓN** presentaron denuncia "por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de acuerdo con el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, en contra de **INDUSTRIAL CONCONCRETO S.A.S.**, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.**, **BENTON S.A.S.** y **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA (...)** y los señores: **MARÍA CLARA TIRADO MESA**, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** y **AN PING**, en su calidad, respectivamente, de representantes legales de dichas sociedades (...)"

Realizada la averiguación preliminar y por considerar que existían suficientes elementos de juicio para dar apertura a una investigación formal, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante la Resolución No. 56979 de 2018, ordenó abrir investigación y formular pliego

<sup>1</sup> Folio 1 del cuaderno público No. 1 del expediente identificado con el radicado No. 16-223755, en adelante "Expediente".

<sup>2</sup> Folios 981 a 986 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>3</sup> Folios 1084 a 1085 del cuaderno público No. 9 del Expediente.

<sup>4</sup> Folios 1165 a 1192 del cuaderno público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

de cargos contra: (i) **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON y CHINA GEZHOUBA** por presuntamente haber incurrido en un acuerdo colusorio (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y (ii) **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, CASS, CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI** por presuntamente haber contravenido la prohibición general de competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

En relación con el aparente acuerdo colusorio, la Delegatura estableció que la investigación se adelantaría con el fin de determinar si la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO y CONSTRUCTORA CONCRETO**) habría desarrollado una estrategia coordinada con la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON y CHINA GEZHOUBA**) en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**. Por su parte, frente a la imputación bajo la prohibición general, se buscaría corroborar si la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO y CONSTRUCTORA CONCRETO**) formuló su estrategia competitiva en el proceso de selección con fundamento en la información sensible que habría obtenido de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS**).

Las imputaciones a estos agentes de mercado encontraron fundamento en las siguientes circunstancias:

- El pliego de condiciones expedido por la **ANI** contuvo "*reglas facilitadoras de una posible colusión*". Tales términos y condiciones contenidos en dicho documento habrían sido:
  - El establecimiento de un valor de trescientos (300) puntos sobre los cuales los proponentes podían tener certeza, los cuales eran repartidos así: (i) cien (100) puntos de la oferta técnica; (ii) cien (100) puntos de factor de calidad; y (iii) cien (100) puntos de requisito del incentivo a la industria nacional. Corroborada la información del proceso se encontró que la totalidad de proponentes habilitados obtuvieron los trescientos (300) puntos.
  - El único componente de calificación sobre el cual los proponentes tenían una incertidumbre real era el del puntaje de la oferta económica, cuyo máximo puntaje era de setecientos (700) puntos, el cual se calculaba a partir de diferentes fórmulas que tenían en cuenta el número total de propuestas habilitadas, hecho que implicaba que el valor presentado por cada oferta tuviera incidencia en el cálculo de la media.
  - El valor inicial de la oferta presentada por el **ORIGINADOR**<sup>5</sup> era conocido por los terceros interesados, lo que generaba que incluso desde antes de presentar sus respectivas propuestas, los eventuales proponentes supieran qué valor del valor presente al Mes de Referencia del Recaudo de Peaje<sup>6</sup> (en adelante "VPIP") no le permitiría a este mejorar su oferta y, por ende, quedar descalificado. Es decir, desde antes de la presentación de ofertas, los posibles interesados conocían qué valor de VPIP descalificaba al **ORIGINADOR**.
  - La existencia de una regla previamente conocida por los interesados conforme la cual existía la posibilidad de descalificar al **ORIGINADOR**, consistente en que, si el puntaje obtenido por

<sup>5</sup> Conforme lo establecido en el numeral 1.4.37. del Pliego de Condiciones Definitivo, el **ORIGINADOR** es "*la Estructura Plural Tercer Carril que presentó un proyecto de Asociación Público Privada y hace parte de la Lista de Precalificados para presentar Oferta en el presente Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación*". Obrante a folio 1000 del cuaderno público No. 8, DVD, Carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20265578", p. 12. En el proceso de selección objeto de investigación el **ORIGINADOR** fue la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS, INFRACON e ICEIN**).

<sup>6</sup> Conforme lo establecido en el numeral 1.4.49. del Pliego de Condiciones Definitivo obrante a folio 1000 del cuaderno público No. 8, DVD, Carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20265578", p.14.

"Por la cual se archiva una investigación"

este era menor al 80% del obtenido por la mejor propuesta económica calificada, no tendría el derecho a mejorar su oferta y el contrato sería adjudicado a la mejor oferta económica.

Así, era predecible para los proponentes del proceso que el **ORIGINADOR** debía lograr un puntaje mínimo de ochocientos (800) puntos para poder presentar contraoferta, los cuales lograría obtener de la evaluación de su oferta técnica, factor de calidad e incentivo a la industria nacional –trescientos (300) puntos– y obteniendo un puntaje mínimo en su oferta económica de quinientos (500) puntos.

- De ser descalificada la propuesta del **ORIGINADOR**, los proponentes tenían como posibilidad coordinarse de manera ilegal y anticompetitiva para que alguno de ellos pudiera incrementar sustancialmente la probabilidad de que su oferta económica resultara ser la mejor calificada.
- Existió una complementariedad entre las ofertas presentadas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO Y CONSTRUCTORA CONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON y CHINA GEZHOUBA**), teniendo en cuenta que:
  - (i) Se encontraron particularidades llamativas en las ofertas presentadas por esos dos proponentes comparadas con lo establecido en el pliego de condiciones;
  - (ii) Pudo haber existido una estrategia de colusión;
  - (iii) Pudo haber existido complementariedad de las ofertas de esos dos proponentes dadas las expectativas de estos frente a los demás;
  - (iv) El análisis del material probatorio recaudado durante la etapa de averiguación preliminar permitía arribar a dos conclusiones. La primera, que las razones esgrimidas por los agentes de mercado investigados no explicaban el motivo de haber establecido los valores en sus ofertas económicas y, la segunda, que los proponentes habrían actuado de manera coordinada.
- La **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO Y CONSTRUCTORA CONCRETO**) habría aumentado sus probabilidades de éxito teniendo en cuenta la certeza que este proponente tuvo frente a la información de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS**).

"Por la cual se archiva una investigación"

- **TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y dentro del término legal correspondiente, los investigados presentaron sus descargos<sup>7</sup>, a excepción de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**, quienes los presentaron de manera extemporánea<sup>8</sup>.

Posteriormente, mediante Resolución No. 92367 del 20 de diciembre de 2018<sup>9</sup>, el Superintendente de Industria y Comercio rechazó una solicitud de medida cautelar presentada por **CONALVIAS** mediante radicado No. 16-223755—59<sup>10</sup>.

Por su parte, **ICEIN**<sup>11</sup>, la **ANI**<sup>12</sup>, **CONALVIAS**<sup>13</sup> y **DELPHI CAPITAL PARTNERS S.A.S.**<sup>14</sup> (en adelante "**DELPHI**") solicitaron ser reconocidos como terceros interesados dentro de la investigación administrativa, solicitudes respecto de las cuales se corrió traslado a los investigados a través de la Resolución No. 4042 del 20 de febrero de 2019<sup>15</sup>.

Luego, a través de la Resolución No. 26773 del 8 de julio de 2019<sup>16</sup> el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia reconoció como terceros interesados en el trámite administrativo a **CONALVIAS**, **ICEIN** y a la **ANI**, así como también resolvió sobre las solicitudes probatorias de los investigados. Frente a esa decisión, varios de los investigados interpusieron recursos de reposición los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. 47563 del 19 de septiembre de 2019<sup>17</sup>. Así mismo, mediante las Resoluciones No. 57467 del 25 de octubre de 2019<sup>18</sup>, 59734 del 1 de noviembre

<sup>7</sup> Mediante radicado No. 16-223775-162 **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 2567 a 2641 del cuaderno público No. 17 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223755-169 **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO** presentaron su escrito de descargos, obrante a folios 2663 a 2771 del cuaderno público No. 18 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-170 **FELIPE ROCHA SILVA** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 2822 a 2881 de los cuadernos públicos No. 18 y 19 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-171 **JUAN GUILLERMO SILDARRIAGA SILDARRIAGA** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 2890 a 2896 del cuaderno público No. 19 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-172 **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 2905 a 3006 del cuaderno público No. 19 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-183 **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 3547 a 3583 del cuaderno público No. 22 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-184 **BENTON** y **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** presentaron su escrito de descargos, obrante a folios 4169 a 4266 del cuaderno público No. 22 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-185 **VINCI** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 4327 a 4409 del cuaderno público No. 23 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-186 **VÍA 40 EXPRESS** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 5280 a 5306 del cuaderno público No. 24 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-187 **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 5598 a 5623 del cuaderno público No. 25 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-189 **CHINA GEZHOUBA** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 5737 a 5793 del cuaderno público No. 26 del Expediente; Mediante radicado No. 16-223775-192 **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** presentó su escrito de descargos, obrante a folios 7050 a 7122 del cuaderno público No. 26 del Expediente.

<sup>8</sup> Escrito de descargos presentado el 28 de septiembre de 2018, identificado con el radicado No. 16-223755-173, el cual se presentó un día después del vencimiento del término, teniendo en cuenta la certificación de notificación de la Resolución No. 56979 del 10 de agosto de 2018, obrante a folio 7538 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

<sup>9</sup> Folios 7231 a 7233R del cuaderno público No. 27 del Expediente.

<sup>10</sup> Folios 1140 a 1164 del cuaderno público No. 10 del Expediente.

<sup>11</sup> Folios 2109 a 2121 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

<sup>12</sup> Folios 2271 a 2284 del cuaderno público No. 16 del Expediente.

<sup>13</sup> Folios 2456 a 2466R del cuaderno público No. 17 del Expediente.

<sup>14</sup> Folios 2524 a 2527 del cuaderno público No. 17 del Expediente.

<sup>15</sup> Folios 7363 a 7371 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 7688 a 7717 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

<sup>17</sup> Folios 8582 a 8594 del cuaderno público No. 34 del Expediente.

<sup>18</sup> Folios 8853 a 8869 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

de 2019<sup>19</sup> y 65064 del 21 de noviembre de 2019<sup>20</sup> se adoptaron decisiones en torno a la práctica de pruebas y otras solicitudes.

Finalmente, mediante la Resolución No. 70052 del 5 de diciembre de 2019<sup>21</sup> se cerró la etapa probatoria y se fijó fecha para la audiencia verbal establecida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Frente a esta decisión **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** presentaron una solicitud de revocatoria directa; solicitud que fue rechazada mediante la Resolución No. 72884 del 11 de diciembre de 2019<sup>22</sup>.

**CUARTO:** Que culminada la etapa probatoria y una vez surtida la audiencia verbal<sup>23</sup> prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio su Informe Motivado<sup>24</sup> en el cual recomendó “*ARCHIVAR la presente investigación en contra de los agentes de mercado y las personas naturales investigadas*”<sup>25</sup>.

Para fundamentar la recomendación, la Delegatura tuvo como sustento los siguientes elementos:

#### **4.1. Análisis de la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitación pública)**

- La participación de **INDUSTRIAL CONCONCRETO** como integrante de **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) se debió única y exclusivamente a la necesidad que tuvieron las sociedades de acreditar los requisitos habilitantes que el pliego de condiciones establecía que debían ser cumplidos durante la etapa de precalificación del proceso. En tal medida, dicho agente de mercado no participó en el proceso de elaboración y establecimiento del valor de la oferta económica.
- **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **VINCI** discutieron de forma conjunta las decisiones que se tomaron para la presentación de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), especialmente lo relacionado con el CAPEX, OPEX y la rentabilidad que debía generar el proyecto. Conforme dichas discusiones, quedó demostrado que el valor de la oferta económica estuvo fundado en un ejercicio conjunto entre las sociedades, quienes además estuvieron asesoradas por consultores externos, y que no existió la participación de ningún competidor en dicho proceso.

Previo a la discusión conjunta, el análisis frente aspectos financieros del proyecto –en particular la TIR– era realizado de manera independiente por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **VINCI**, para luego en el *Steering Committe*, integrado por funcionarios de ambas compañías, conciliar los valores sobre los que había diferencias entre las estimaciones de esos dos agentes de mercado. Así, la discusión principal giró en torno al porcentaje de rentabilidad mínima aceptada del proyecto.

<sup>19</sup> Folios 8937 a 8939 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

<sup>20</sup> Folios 9047 a 9049 del cuaderno público No. 36 del Expediente.

<sup>21</sup> Folios 9112 a 9117 del cuaderno público No. 36 del Expediente.

<sup>22</sup> Folios 9170 a 9171 del cuaderno público No. 37 del Expediente.

<sup>23</sup> Realizada el 11 de diciembre de 2019, tal como consta en el acta de asistencia obrante a folios 9377 a 9378 del cuaderno público No. 38 del Expediente.

<sup>24</sup> Folio 9520 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

<sup>25</sup> Folio 9599 del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 157).

"Por la cual se archiva una investigación"

El valor de 79,97% habría sido producto de distintos ejercicios estadísticos basados en un valor máximo del 89% del VPIP del **ORIGINADOR** y un valor mínimo determinado por la rentabilidad mínima esperada, los cuales se habrían discutido y conciliado de manera posterior en las discusiones sostenidas entre los funcionarios de las compañías y decidido finalmente el día anterior al de presentación de la propuesta ante la **ANI**.

- Para el análisis y construcción del modelo financiero que sirvió como sustento del valor de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**), el cual fue elaborado por **ASTRIS FINANCE** –asesor externo, quien era supervisado y recibía instrucciones de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**–, se utilizaron varios insumos: (i) CAPEX conciliado; (ii) OPEX conciliado; (iii) las proyecciones de tráfico (proyecciones de ingreso) que fueron elaboradas por **HALCROW**; (iv) los **PARS** (predios, ambiental, redes y social); (v) los impuestos y contribuciones; y (vi) los costos financieros. A partir de ellos se estableció que la TIR no podría ser menor al 14%; valor que serviría para establecer el piso mínimo de la oferta económica. Sin embargo, pocos días antes de la entrega de las propuestas, debido a una adenda expedida por la **ANI**, se dio un aumento del 5% en el CAPEX, hecho que implicaba que, para mantener la TIR deseada, el VPIP debía aumentarse hasta aproximadamente el 83% del VPIP. No obstante lo anterior, la prioridad de los agentes de mercado siempre fue presentar una oferta por debajo del 80% del VPIP del **ORIGINADOR** y mantener una TIR del 14%.
- **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** se mantuvieron en incertidumbre respecto del valor de la oferta económica que presentó la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) hasta el día en que se dio la apertura de la misma en audiencia. Bajo esa concepción, esos agentes de mercado contemplaron tres posibles escenarios frente a dicho valor, estos fueron: (i) la presentación de una oferta con un valor bajo y competitivo; (ii) la presentación de una propuesta cercana al 100% del VPIP del **ORIGINADOR**; o (iii) la presentación de una propuesta que fuera declarada inhábil.
- La estructuración del valor de la oferta económica de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) tuvo unos supuestos distintos a los que consideró la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación, motivo por el cual el 68,799% del VPIP de la oferta del **ORIGINADOR** pudo haber tenido una explicación diferente a la de la celebración y ejecución de un acuerdo anticompetitivo. Esto por cuanto: (i) las sociedades realizaron varios ejercicios para reducir el rango dentro del cual elegirían dicho valor –su valor más bajo fue de 60% del VPIP, mientras que el techo era del 80%–; (ii) eran conscientes de los términos y condiciones establecidos en el pliego de condiciones; y (iii) consideraron que sus demás competidores presentarían ofertas por debajo del 80% del VPIP y que estarían cercanas al valor de su oferta.
- En ningún momento hubo intercambio de información entre **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **VINCI**, **BENTON** o **CHINA GEZHOUBA** en relación con el proceso de selección de **APP BOGOTÁ-GIRARDOT**<sup>26</sup>, ni en las reuniones que sostuvieron funcionarios de **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** para discutir aspectos del proyecto Viaducto Soacha, ni a través de correo electrónico.
- En consecuencia, la Delegatura concluyó que: *"no existen elementos de prueba suficientes que permitan evidenciar que las propuestas presentadas por la estructura plural **VÍAS A GIRARDOT** –integrada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO**– y la estructura plural **VÍAS DEL DESARROLLO** –integrada por **CGGC** y **BENTON**– hubieran sido complementarias en razón de un acuerdo restrictivo de la competencia en la modalidad establecida*

<sup>26</sup> Cuando se haga referencia al proceso de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** se estará haciendo referencia al proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**.

"Por la cual se archiva una investigación"

en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992<sup>27</sup> (Negrilla del texto original) y, en tal medida, las circunstancias que dieron lugar a la apertura de investigación quedaron sin fundamento.

#### 4.2. Análisis de la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)

- Se encontró que en días previos a la entrega de las ofertas económicas existió intercambio de información entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) –quien actuó de conformidad con los lineamientos y directrices de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) – y **JULIÁN OSEJO VITERI**, Director Financiero de **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (en adelante "**CSS**") –empresa de la cual son accionistas **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) y que no es investigada en el presente proceso–. Este versó sobre la necesidad que tenía **CONSTRUCTORA CONCRETO** de conocer cuál sería el comportamiento de **CASS** en el marco del proceso de adjudicación del proyecto **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.
- El intercambio de información entre **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), a pesar de ser objeto de reproche por parte de la Delegatura, no resultó idóneo para alterar el proceso competitivo en tanto no afectó el principio de igualdad – constitutivo del derecho a la libre competencia económica– y el de transparencia, puesto que no le generó a **CONSTRUCTORA CONCRETO** ninguna ventaja frente a los demás competidores.

Así mismo, (i) pese a que la información era reservada y pudo ser usada para reducir los escenarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO**, lo cierto es que debido a las circunstancias concretas del caso, la conducta no afectó el proceso de selección; (ii) existen elementos de juicio que permiten aseverar que la información suministrada era de público conocimiento, motivo por el cual los demás participantes dentro del proceso de selección pudieron conocer la situación financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** de esa época; y, (iii) a través de datos públicos – contenidos en el **PORTAL ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – SECOP** (en adelante "**SECOP**")– a los proponentes les era posible inferir que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** podían tener dificultades con la obtención del cupo de crédito, pues era previsible que su capacidad de endeudamiento estaba copada.

- La no presentación de una oferta hábil por parte de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) se debió a una causa externa a sus integrantes (la no expedición de la certificación del cupo de crédito por parte de un establecimiento bancario).
- Por ende, no debe sancionarse a **VINCI**, **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO**, **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** –y personas naturales vinculadas a estos– por haber intercambiado información sensible en los términos contemplados en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959<sup>28</sup>.

**SEXTO:** Que conforme a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados y a los terceros interesados, quienes, dentro del término establecido para tal fin, presentaron sus observaciones al mismo, exceptuando a **BENTON**, **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**, **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y la **ANI**, quienes se abstuvieron de hacerlo.

<sup>27</sup> Folio 9559R del cuaderno público No. 39 del Expediente (Informe Motivado, p. 78).

<sup>28</sup> Folio 9598R del cuaderno público No. 39 del Expediente (Informe Motivado, p. 156).

"Por la cual se archiva una investigación"

Mediante documento con radicado No. 16-223755—906<sup>29</sup> la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por intermedio del Procurador 196 Judicial I, en ejercicio de su función de intervención ante los jueces y autoridades administrativas, se pronunció frente a la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Los argumentos presentados se resumen a continuación:

#### 6.1. Argumentos presentados por **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ (Representante Legal de BENTON)**<sup>30</sup>

- Está de acuerdo con la recomendación presentada por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y los fundamentos expuestos en el Informe Motivado.
- En relación con el primer cargo y los intercambios de información sensible, en particular la reunión llevada a cabo en las instalaciones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**, se pudo concluir, teniendo en cuenta diferentes testimonios, que allí no se llevó a cabo dicho intercambio de información. En tal reunión se discutió la posible participación en el Proyecto Viaducto Soacha, hecho que fue corroborado por **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** en diligencia de testimonio.
- En cuanto al correo enviado por **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, cuyo asunto fue "*Factibilidad Privada Viaducto Soacha (Confidencial)*", la Superintendencia pudo determinar que en efecto los documentos adjuntos estaban relacionados con el Viaducto Soacha y no con la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.
- La investigada no participó en el intercambio de información sensible con personas vinculadas a **CONSTRUCTORA CONCRETO**, por lo que pudo comprobarse que no hubo un despliegue de una estrategia coordinada entre la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**).
- A pesar de que no se hizo mención a los hechos que dieron lugar al cargo segundo imputado a **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, reiteró que no participó en la estructuración de la propuesta económica, ni en la propuesta jurídica presentada por **BENTON**.
- Si bien la Delegatura concluyó que no existió suficiente material probatorio para afirmar que hubo un acuerdo restrictivo de la competencia entre **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** por un lado, y **VINCI, CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO** por el otro, solicitó al Despacho tener en cuenta que la investigada no participó de la propuesta presentada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**.

#### 6.2. Argumentos presentados por **CONALVIAS**<sup>31</sup>

- La Delegatura buscó únicamente pruebas directas de lo ocurrido dejando de lado las pruebas indiciarias. Además, valoró de manera sesgada las pocas declaraciones que unilateralmente decidió tener en cuenta para efectos de presentar su recomendación en el Informe Motivado.
- El Informe Motivado carece de un análisis detallado de cada una de las pruebas que fueron practicadas durante la etapa de investigación, así como también adolece de un análisis cuantitativo y cualitativo del resultado de la licitación desde el punto de vista estadístico, hecho que hubiera

<sup>29</sup> Folios 9927 a 9934 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

<sup>30</sup> Folios 9693 a 9697 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

<sup>31</sup> Folios 9699 a 9735 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

podido brindar otros elementos de juicio y unas conclusiones diferentes a las que equivocadamente arribó la Delegatura.

- En cuanto a las conductas llevadas a cabo por los investigados, quedan aún muchas observaciones, entre ellas las siguientes:
  - ¿Qué hubiera pasado si la **ANI** hubiera descubierto la falsedad de la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO?**, ¿cómo hubiera cambiado eso la licitación?
  - La Delegatura no efectuó un análisis detallado del sinnúmero de estudios que soportaron la presentación de la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), los cuales buscaban cambiar las reglas de juego de la licitación y a presentarse con el ánimo de que no se les adjudicara el contrato.
  - Nunca se examinó en detalle el hecho de que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO** tuvieran, al momento de la audiencia de presentación de la propuesta económica, dos ofertas con valores diferentes. Dicho hecho demuestra la incertidumbre que tenían acerca de si se presentaban dos o tres proponentes, hecho que debe examinarse en contexto con las conversaciones sostenidas con funcionarios de **CASS** y subordinados de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.
  - No se tuvo en cuenta el hecho de que **VINCI** nunca fue parte del proceso licitatorio pero que tuviera una intervención activa en la presentación de la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**). Más aún, cuando no existía ningún documento contractual entre ellos, el cual fue suscrito con posterioridad a la audiencia de entrega de la propuesta una vez se había escogido el 79,97% del VPIP del **ORIGINADOR** como valor de la oferta económica.
  - No se tuvo en cuenta el hecho de que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** hubiera obstruido las visitas administrativas ordenando borrar su información y la de **VINCI** relacionada con el Tercer Carril Bogotá – Girardot.

Dicha situación no fue tomada en cuenta para determinar la gravedad de la conducta objeto de investigación, así como tampoco la Delegatura se preguntó qué era lo que deseaba ocultar **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** respecto del proceso de licitación en cuestión y su gran preocupación frente al hecho de que **VINCI** tampoco suministrara dicha información.

Con fundamento en lo expuesto, debe darse aplicación a lo establecido en la Ley 1340 de 2009, analizando en debida forma los hechos, evaluando la totalidad de las pruebas con el fin de determinar la existencia de la conducta anticompetitiva denunciada y, por ende, imponiendo las sanciones pertinentes a las personas tanto jurídicas como naturales investigadas.

- En el derecho administrativo sancionador no existe la necesidad de una prueba directa de la culpabilidad del sujeto investigado. De manera que, la imposición de una sanción por la existencia de una conducta anticompetitiva puede resultar de indicios que pueden apreciarse tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la de investigación. Dicho argumento ha sido confirmado por la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010 y por la propia Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 68967 de 2013.
- Las pruebas que obran en el Expediente dan cuenta del comportamiento coordinado que existió entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) sin

"Por la cual se archiva una investigación"

que exista una justificación convincente por parte de las mismas. Uno de los indicios, consiste en que resulta dudoso que una propuesta presentada tan cerca al 80% de la oferta del **ORIGINADOR** resultara adjudicataria, dado que el puntaje equivalente a setecientos (700) puntos sólo se daría a aquel proponente que, una vez determinado el límite inferior, fuera la menor oferta habilitada.

En tal sentido, no existe una razón neutral que permita concluir que existieron razones objetivas para que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) hubiese presentado una propuesta muy agresiva, ya que entre más baja fuera la oferta, más baja sería la probabilidad de resultar rechazados si se alejaban mucho del valor de las ofertas presentadas por sus competidores.

- La oferta económica que fue presentada por el **ORIGINADOR** fue conocida por todos los proponentes desde la publicación del pliego de condiciones. Para los oferentes era claro entonces: (i) el valor del 100% de la oferta del **ORIGINADOR** y (ii) la fórmula de cálculo de cualquiera de las medias elegidas y, a partir de esta, el valor de la media y, por ende, el valor del límite inferior. Así, los competidores debían construir su oferta con el objetivo de ser la oferta más baja dentro de las ofertas que superaran el límite inferior, por lo cual no se podía esperar que todos los proponentes presentaran ofertas agresivas dadas "*las altas rentabilidades del proyecto*", conforme lo argumentaron **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON**.

Por consiguiente, una oferta tan baja no es de ninguna manera el resultado de un análisis de las propuestas y las reglas de juego presentadas, pues si bien puede argumentarse que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) podía obtener rentabilidad de una propuesta tan baja, lo mismo no podía inferirse del resto de proponentes, que si bien tenían la capacidad financiera para llevar a cabo el proyecto **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, no lo es menos que no podían obtener una rentabilidad de una propuesta tan baja.

- Otro indicio refiere a las razones disímiles presentadas por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** para explicar su comportamiento –que no lo explican– las cuales se contradicen con el material probatorio obrante en el Expediente. Lo cierto es, que si las expectativas de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) eran: (i) que todos los oferentes iban a estar muy cerca dentro del rango referenciado, entre 77% a 79.99%; (ii) que la mayoría de los oferentes iban a presentar propuestas por debajo del 80%; (iii) que sabía que se enfrentaría a por lo menos un competidor agresivo (**ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO**); (iv) que había recibido instrucciones que tendría mayor probabilidad de ganar aquél proponente que fuera agresivo; y que (v) según estas instrucciones una propuesta del 79% no sería lo suficientemente agresiva, la oferta que finalmente presentó no resulta ser coherente con las expectativas que tenían al principio del proceso de selección contractual.

Sobre el particular, incluso si se aceptara que las decisiones fueron tomadas al interior de distintos comités, ello no prueba que su comportamiento hubiera sido independiente y no coordinado.

- Un indicio adicional se encuentra en las declaraciones contradictorias rendidas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). A manera de ejemplo, **JUAN PABLO DOMÍNGUEZ HERNÁNDEZ** (Gerente Comercial de **CHINA GHEZOUBA** sucursal Colombia) indicó que las propuestas presentadas por la compañía atendieron únicamente al mejor precio que se pueda ofrecer, sin tener en cuenta las reglas de la adjudicación; por su parte, **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** en el proceso de selección contractual) y **GILBERTO ESTUPIÑÁN PARRA** (abogado de proyectos en **FERREIRA & ASOCIADOS**), quienes de manera directa trabajaron en la elaboración de la propuesta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** dieron cuenta de la realización de varios ejercicios de análisis y aceptaron que para dicha determinación de la oferta sí tuvieron en cuenta las reglas de adjudicación.

"Por la cual se archiva una investigación"

Con todo, resulta poco creíble que **CHINA GHEZOUBA**, que es una empresa extranjera, aún teniendo una empresa colombiana con conocimiento del mercado colombiano como **BENTON**, haya decidido, por iniciativa propia realizar una oferta equivalente al 68,799% a pesar de contar con una serie de análisis que le permitieron concluir que una oferta del 69,4% era el límite inferior del proceso, y que cualquier oferta inferior a este valor contaba con poca probabilidad de éxito.

- El proyecto de iniciativa privada denominado Viaducto Soacha – Bogotá sirvió como un mecanismo para que se diera un intercambio de información entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). Así lo demuestra el mensaje enviado el 21 de enero de 2016 por **LUCAS AGUSTÍN LAHITOU** (vinculado a **VINCI**) a **ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS** (Inversor de Banca en Infraestructura de **CONCONCRETO**) denominado "Re: Consulta Tercer Carril", en el cual conversaciones relacionadas con el proyecto del Viaducto Soacha terminaron haciendo referencia a aspectos sensibles del proyecto de selección contractual objeto de la presente investigación, incluido el aspecto de financiación del mismo.

Así mismo, obra en el Expediente un correo electrónico remitido por **HÉCTOR LEÓN MÉNDEZ PARRA** (persona que puso en contacto a **CONCONCRETO** y **BENTON** para la negociación) a **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de la Unidad de Infraestructura de Bogotá de **CONCONCRETO**) y **TATIANA OTERO GARCÉS** (Directora Jurídica y Secretaria General de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), en el cual el remitente informó sobre la existencia del proyecto **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, envió información sobre su contenido y una versión de un acuerdo de confidencialidad para materializar el intercambio de información propuesto.

Por tanto, existen indicios que permiten inferir que ambas estructuras plurales tuvieron contacto y que dicho contacto funcionó como un escenario propicio para que las compañías que conformaban ambas estructuras plurales pudieran intercambiar información acerca de los proyectos tercer carril para la carretera Bogotá – Girardot y el Viaducto Soacha.

- El mismo Informe Motivado da cuenta que del análisis del material obrante en el Expediente se pudo establecer que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** buscó y obtuvo información acerca del comportamiento que adoptarían **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** al momento de presentar su oferta a la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. En efecto, dichos acercamientos versaron sobre temas importantes respecto de la actuación de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (conformada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**), las cuales sirvieron de fundamento para que **CONCONCRETO** junto con **VINCI** elaboraran su propuesta económica un día antes de la presentación de la oferta y pudieran determinar el piso correspondiente.

La actuación de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** demuestra una vez más que esta tenía interés y vigilaba las acciones de sus competidores por medios ilegales y sin ninguna intención de actuar de manera independiente. Por ello, aunque la Delegatura haya afirmado que dicho comportamiento no fue idóneo para afectar el proceso competitivo, no puede dejarse de lado que, si existiera una verdadera intención de competir, la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) no habría tenido contacto alguno con funcionarios de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (conformada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**). El análisis de diferentes testimonios permite arribar a la conclusión de que existe un fuerte indicio de un comportamiento coordinado tendiente a eliminar la posibilidad de que **CONALVIAS** pudiera contraofertar y aumentar las posibilidades de que la estructura plural conformada por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO** resultara adjudicataria.

- Analizadas en conjunto las pruebas que obran en el Expediente, se llega a la inevitable conclusión de que, más allá de toda duda razonable, sí existió un comportamiento coordinado entre la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONSTRUCTORA CONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).

- Mientras que las declaraciones surtidas en la etapa de averiguación preliminar y en el marco de las visitas administrativas son espontáneas, las que se surten durante la etapa de investigación son objeto de mayor preparación. En este sentido, el Despacho debe valorar la actitud de los testigos en las diligencias de ratificaciones y la forma como respondían a los códigos de conducta con sus apoderados, en particular, el testimonio de **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**, funcionario de **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

#### 6.3. Argumentos presentados por **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**)<sup>32</sup>

- Quedó acreditado con las pruebas practicadas durante la etapa de investigación que ni ella, ni **CASS** ni **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** intercambiaron información con los demás competidores del proceso de selección objeto de investigación. Por tal motivo la investigación debe archivarse.
- Quedó probado que la imposibilidad de subsanar la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) se debió a causas externas que eran de público conocimiento en el sector.
- **JULIÁN OSEJO VITERI** era empleado de **CSS**, sociedad que no era integrante de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**); este era el director financiero de **CSS** para la época de los hechos. En tal sentido, no tenía vínculo laboral con **CASS** ni con **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** como tampoco recibió instrucciones para que compartiera información de los negocios de estas compañías.
- Lo manifestado por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) a **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) fue un mero comentario personal de lo que él consideró podía pasar en el proceso de selección. No es correcto, como lo afirmó la Delegatura en el Informe Motivado que fue con base en el intercambio de información que **CONSTRUCTORA CONCRETO** pudo tener certeza de que la oferta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no fuera a ser habilitada, puesto que esa información era de público conocimiento, hecho que se debió a la gran cantidad de proyectos adjudicados a esas compañías.
- **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** siempre actuaron conforme la ley, respetando la libre competencia.
- El Informe Motivado debe ser acogido por el Superintendente de Industria y Comercio.

#### 6.4. Argumentos presentados por **ICEIN**<sup>33</sup>

- En el Expediente existen más de veintitrés (23) pruebas que han sido determinantes en la recomendación que se ha emitido, pero a las cuales los terceros interesados no han tenido acceso, circunstancia que les ha impedido el ejercicio pleno de sus derechos.

Dicha limitante contraviene el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011 que establece los derechos de los terceros, entre ellos, el de tener acceso a la totalidad del Informe Motivado que se expida

<sup>32</sup> Folios 9738 a 9740 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

<sup>33</sup> Folios 9741 a 9762 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

durante el trámite de la investigación, lo que les permitiría plantear sus argumentos con base en las pruebas que sirven de base para la recomendación de la Delegatura.

- En particular, el Informe Motivado se fundó en el siguiente material probatorio respecto del cual **ICEIN** no ha podido tener acceso:
  - Los documentos que prueban que **VINCI** tomó una decisión unilateral e independiente respecto de su valor piso.
  - Los documentos sobre la TIR y la rentabilidad de la oferta.
  - El dictamen pericial que prueba cómo se llegaría al precio final de la oferta de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**.
  - La existencia de incertidumbre por parte de **CONCRETO** sobre el comportamiento de los competidores en el proceso de selección.
  - El conocimiento de **CHINA GEZHOUBA** de las reglas de adjudicación bajo los pliegos de condiciones.
  - El rango inferior del 60% del **VPIP** que estableció como mínimo la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).
  - Las estimaciones y escenarios simulados que esperaban **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** de sus competidores donde supuestamente se ubicaban todos en un rango de 60% – 80%.
- Al no haber tenido acceso a las pruebas enunciadas, ¿cómo puede un tercero interesado formular observaciones sustanciales al Informe Motivado si no pudo revisar ninguna de esas pruebas? ¿En qué se diferencia su conocimiento y su actuación de la de un mero tercero ajeno al proceso?
- El Informe Motivado no explica de manera satisfactoria el hecho de que la oferta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) no tenía posibilidad alguna de resultar adjudicataria. Dicha oferta era excesivamente baja frente a las ofertas presentadas por el **ORIGINADOR** y por los demás competidores del proceso de selección, la cual corría el riesgo de ser eliminada.

El Gerente General de **CHINA GEZHOUBA** en Colombia declaró que la principal ventaja que le permitió a **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** presentar una oferta tan baja consistió en que el acceso a crédito resultaba más económico para su sociedad como empresa de la República Popular de China. Sin embargo, cuando le fue preguntado acerca de los detalles de tales intereses, su monto, y la diferencia con los existentes en el mercado, dijo desconocer esas circunstancias, así como la justificación de la compañía para haber presentado una oferta tan baja.

- El hecho de que por ser **CHINA GEZHOUBA** una empresa de origen chino le permitiese obtener subsidios estatales con bajos costos de financiación, no es razón suficiente que explique una diferencia tan grande con la propuesta del **ORIGINADOR**, más aún cuando la propuesta tenía unos componentes muy importantes en cuanto a costos adicionales diferentes al valor del crédito (construcción, operación y mantenimiento). Aún si esto fuera cierto, **ICEIN** no tuvo oportunidad de verificarlo.

Incluso si los demás proponentes podían presentar ofertas inferiores a la del **ORIGINADOR**, ello no explica cómo **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA** consideraban que sus competidores irían en un rango de 60% y 80% del **VPIP**, lo cual sólo sería posible si los demás competidores contaran con una ventaja que implicara un ahorro de costos de casi un (1) billón de pesos frente al

"Por la cual se archiva una investigación"

**ORIGINADOR.** Escenario no posible, a menos que también tuvieran participación de una empresa china que gozara de esa misma ventaja.

- No se ha descartado que las ofertas de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO** –a pesar de ser rentables– no hayan sido complementarias, de modo que la primera arrastrara la media de adjudicación hacia abajo para favorecer a la segunda, evitando así el derecho a igualar del **ORIGINADOR**.

La metodología de adjudicación iba a significar, en cualquier caso, una tendencia central, por lo que era "anti estratégico" o irracional presentar una oferta tan baja, lo que resultaba aún más gravoso dado que una oferta muy baja corría el riesgo de ser eliminada. Situación que le resultó sorpresiva a un importante número de declarantes.

- Incluso si fuera cierto que la oferta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCEISONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) era rentable así se presentara desde su valor piso de 60% –circunstancia que no pudo ser corroborada dado que está basada en una prueba a la que aludió el Informe Motivado, pero respecto de la cual no se tuvo acceso–, ello no es óbice para que exista una coordinación entre competidores.

Adicionalmente, la insólita estrategia de presentar una oferta tan baja respecto de la presentada por el **ORIGINADOR** tuvo un efecto que benefició a **CONSTRUCTORA CONCRETO**, ello es, que tuvo la potencialidad de arrastrar la media hacia abajo, lo que en últimas permitió que la oferta ganadora fuera inferior al 80% del VPIP del **ORIGINADOR**.

- Si bien los siguientes cinco (5) hechos se encuentran claros, la conducta de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** sigue sin poder explicarse satisfactoriamente. Lo anterior en la medida en que:
  - **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** sabían perfectamente que ningún otro proponente podría ser igual de rentable, pues **CHINA GEZHOUBA** era el único que tenía una ventaja derivada de los intereses a tasas subsidiadas.
  - Conocían de la regla del límite inferior, al punto que el mismo **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) advirtió que seguramente serían eliminados.
  - Su oferta fue casi un (1) billón de pesos inferior a la del **ORIGINADOR**, valor muy alto sólo para ser explicado por tasas subsidiadas.
  - Para resultar adjudicatarios, iban a necesitar una oferta aún más baja que la propia –de alrededor de 60% del VPIP del **ORIGINADOR**–, algo improbable por el valor de la misma y por la inexistencia de otras compañías chinas.
  - El resultado sobre el proceso de selección fue el de arrastrar la media de adjudicación hacia abajo, logrando que estuviera por debajo del 80% que hubiera le permitido al **ORIGINADOR** ejercer su derecho de igualar la oferta.
- La Delegatura omitió referirse a las pruebas aludidas en la Resolución de Apertura de Investigación sobre el ocultamiento de información, alteración de computadores y coordinación de testimonios por parte de **CONCRETO**, comportamientos que dieron lugar a una sanción a dicha compañía. Dicho silencio, indica que la Delegatura tomó como cierta la afirmación del apoderado según la cual la reacción del presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO** fue producto de la ansiedad, y, además, que estos hechos no pueden ser considerados como indicios en la investigación.

“Por la cual se archiva una investigación”

- La Delegatura no analizó a fondo la relación entre el proyecto Viaducto Soacha y la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, ni las implicaciones de dicha relación con las conductas investigadas. En algún momento **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **CHINA GEZHOUBA** habían estudiado el tramo **BOGOTÁ – GIRARDOT**, pues dicho tramo era parte de un proyecto de mayor alcance, el Viaducto Soacha, que dichas compañías llegaron a considerar presentar ante la **ANI** conjuntamente como socios.
- Frente a la segunda conducta imputada a los investigados, debe afirmarse que los contactos entre empleados de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **CASS** pudieron haber versado sobre una situación de la que había cierta información pública, pero la decisión de participar o no en la licitación no era información que el mercado o los terceros podrían tener. Por ello, esos contactos sí se refirieron a información que eliminó la incertidumbre frente al actuar de un competidor, lo que resulta idóneo para alterar la estructura competitiva del proceso. Debe tenerse en cuenta que:
  - El hecho de que cierta información sea pública no necesariamente implica que cualquier inferencia o decisión que se tome al interior de una compañía en relación con la misma sea también de público conocimiento. En otras palabras, es necesario separar la información pública –accesible al mercado y a los competidores– de las decisiones empresariales que se puedan llegar a tomar con base en esta.
  - La información que suministra el **SECOP** no revela ni la posición financiera, ni el cupo de crédito, ni mucho menos la capacidad que una compañía puede tener a la hora de obtener el cupo de crédito para un futuro proyecto. Tanto así, que la misma Delegatura reconoció que los competidores podrían, a lo sumo, realizar una inferencia de la conducta de **CASS**, que no es lo mismo que lograr concluir o saber a ciencia cierta que no lograrían acreditar el cupo de crédito en la **APP**, dado que ésta información tan sólo la sabía la propia compañía.
  - Según el correo electrónico de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) lo que se le quería preguntar a **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) era si **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** iban a presentar una oferta hábil o no, algo que lejos está de ser un intercambio de información puramente pública. Dicha circunstancia, además refuerza el hecho de que tan poco evidente y claro era que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no iban a presentar una oferta hábil, que el Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** tuvo que pedirles a sus empleados que averiguaran eso.
  - Adicionalmente, la Delegatura encontró pruebas de contacto telefónico entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) que darían cuenta de la discusión que existió de su participación en el proceso de selección. Lo anterior quiere decir, que **CONCONCRETO** necesitó no sólo de datos públicos sobre proyectos adjudicados sino de al menos dos conversaciones entre **FELIPE ROCHA SILVA** y **JULIÁN OSEJO VITERI** para concluir que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** no presentarían oferta hábil.

**6.5. Argumentos presentados por INDUSTRIAL CONCONCRETO, CONSTRUCTORA CONCONCRETO y JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ (Presidente de CONSTRUCTORA CONCONCRETO)<sup>34</sup>**

- La sociedad **VÍA 40 EXPRESS** fue vinculada a la investigación en calidad de “vehículo jurídico” para ejecutar la presunta conducta anticompetitiva; esto se traduce en que dicha sociedad no se encuentra sujeta a la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que no actuó como agente de mercado ni como persona que hubiera colaborado, facilitado, ejecutado o tolerado alguna conducta violatoria de la libre competencia.

<sup>34</sup> Folios 9763 a 9908 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

- Si se altera o falsea la libre competencia dentro de un proceso de selección estatal, lo cual no ocurrió, la responsabilidad se predica de quiénes actuaron como proponentes, no de quien, de manera posterior, se constituyó como sociedad para ejecutar el contrato. Así las cosas, **VÍA 40 EXPRESS** aparece de manera posterior al supuesto acuerdo colusorio.
- El intercambio de información endilgado a los investigados se configuró como una conducta atípica, la cual, pese a la flexibilización de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio, afecta de manera grave el principio de legalidad. Se estarían vulnerando los principios de legalidad y tipicidad al establecer descripciones típicas específicas a partir de una prohibición general.
- La Delegatura, si bien reprochó el intercambio de información entre proponentes, no calificó el tipo de información objeto de tal acción. Así, buscó ampliar el ámbito de aplicación de la prohibición general, contrariando el principio de legalidad y sin existir remisión normativa que permita concluir que ese intercambio de información pudiera considerarse como una práctica restrictiva de la libre competencia.
- Establecer que cualquier comunicación entre agentes de un mismo mercado constituye una conducta restrictiva de la libre competencia viola los artículos 6, 38, 39 y 83 de la Constitución Política.
- En el marco del proceso de selección adelantado por la **ANI, INDUSTRIAL CONCRETO** desempeñó un rol pasivo, toda vez que (i) aportó únicamente su capacidad jurídica y (ii) no participó en la estructuración de la propuesta. Por tal motivo, el razonamiento del Superintendente Delegado es acertado y conlleva que no deba hacerse reproche alguno frente a la conducta de esta sociedad.
- La propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) se estructuró con fundamento en estudios serios, objetivos y razonables los cuales fueron independientes de la elaboración de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). Bajo este entendido no existió un acuerdo restrictivo de la libre competencia, puesto que dicha elaboración fue rigurosa y responsable.
- Ha quedado probado en la investigación que la estructuración de la propuesta presentada tomó alrededor de once (11) meses con una gran inversión de recursos humanos y financieros. En ese proceso, se incorporó un modelo financiero, el cual tuvo como insumos el CAPEX, OPEX e ingresos, entre otros. Con fundamento en esto, se estableció que la inversión para **CONSTRUCTORA CONCRETO** era viable siempre que estuviera por encima del 75% del VPIP, hecho al cual se sumó que para **VINCI** debía incrementarse dicho valor inferior a cerca del 80% del VPIP.
- El valor de la propuesta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) tuvo un sustento lógico, racional e independiente, puesto que para ello se tuvieron en cuenta costos, gastos, ingresos y financiación, entre otros. Cada sociedad realizó ejercicios los cuales terminaron sirviendo de fundamento para la toma de decisión conjunta entre **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** del valor final efectivamente presentado. A su vez, dicho valor final fue establecido muy poco tiempo antes de la presentación de la oferta, siendo dicho valor reservado y confidencial. Esto se encuentra corroborado, como quedó plasmado en el Informe Motivado, por una gran cantidad de pruebas. Esta situación desvirtúa por completo la tesis inicial de la Delegatura.
- Las variables que fueron tomadas en cuenta para determinar la oferta final fueron el CAPEX, el OPEX, el gasto financiero del estudio del tráfico, la TIR y la posibilidad que tenía el **ORIGINADOR**

"Por la cual se archiva una investigación"

de contraofertar, las cuales fueron analizadas de manera independiente por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** para determinar el piso y techo de la oferta. Esta independencia, la cual no tuvo en cuenta la Delegatura, es relevante toda vez que confirma la autonomía y ausencia de cualquier influencia de terceros en la toma de la decisión del valor final de la oferta económica.

- La **ANI** estableció, en el momento oportuno, que la oferta económica del **ORIGINADOR** era aprobada de conformidad con las condiciones técnicas, financieras y jurídicas bajo las cuales se había otorgado viabilidad a la iniciativa durante la etapa de prefactibilidad.
- Las reglas del proceso de selección adelantado por la **ANI** fueron conocidas y expresamente aceptadas por la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**).
- El hecho reprochado por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación relacionado con las condiciones de la regla de adjudicación contenida en los pliegos de condiciones no es un hecho atribuible a quienes participan del proceso, sino a la entidad estatal que estableció dicho término o condición. Esto en relación con el reproche realizado por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación.
- El reproche realizado por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación no tuvo en cuenta el procedimiento para evaluar las ofertas económicas y los criterios establecidos por la **ANI** en caso de que se presentaran dos, tres o más de tres ofertas hábiles.
- Debe tenerse en cuenta que la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) presentó observaciones a las propuestas de los otros participantes en relación con el factor de calidad, puesto que consideró que no cumplían con las condiciones necesarias del porcentaje de la mezcla asfáltica. De haber aceptado esta observación, los puntajes obtenidos por los proponentes no hubieran sido el máximo puntaje como lo estableció la Superintendencia de Industria y Comercio, quien aseveró que era predecible obtener ese puntaje. Esto soporta la idea de que no existió un acuerdo colusorio.
- La oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) estuvo basada en razones objetivas. Esto, como lo expuso la Delegatura, encuentra sustento en un sinnúmero de pruebas obrantes en el Expediente. Debe resaltarse que la TIR, convenida por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** no podía ser menor al 14%. Sin embargo, era esencial, según lo habían establecido las sociedades, presentar una propuesta por debajo del 80% del VPIP del **ORIGINADOR** para impedirle que contraofertara.
- Como quedó demostrado, para la época de estructuración y presentación de la oferta económica, **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** tenían plena incertidumbre respecto de los valores de las ofertas económicas que presentarían sus competidores. En ese orden de ideas, desconocían por completo la estrategia que implementaría la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), por tal motivo era que contemplaban tres posibles escenarios: (i) que fueran a presentar un valor alto, (ii) un valor bajo o (iii) no se iban a presentar.

Con fundamento en esos tres escenarios, al interior de **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** se dieron sendas discusiones encaminadas a establecer un precio competitivo. Estos hechos fueron demostrados por la Delegatura en su Informe Motivado con fundamento en varias pruebas que obran en el Expediente.

- Los costos financieros de las empresas chinas son más bajos, puesto que tienen una tasa de interés más baja lo cual se pudo ver reflejado en las optimizaciones de la oferta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).

"Por la cual se archiva una investigación"

- La estrategia de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** respondió a un análisis en el que se buscó mantener una TIR mínima del 14%. Conforme lo anterior, se hicieron diferentes análisis de los posibles escenarios bajo los cuales podrían presentarse otros competidores al proceso de selección.
- Se acreditó que **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** establecieron el valor de su oferta económica teniendo en cuenta criterios objetivos, los cuales se fundaron sobre los términos y condiciones del proceso de selección, la utilidad prevista para el proyecto y un análisis estadístico de los posibles valores de las ofertas de sus demás competidores.
- La Delegatura encontró que, dada la racionalidad de los agentes del mercado, era natural que las ofertas tuvieran como límite máximo el 80% del VPIP del **ORIGINADOR**. Teniendo en cuenta esta situación, la propuesta presentada por **OHL -94,5% del VPIP-** no tuvo ninguna lógica competitiva. Esta situación se encuentra acreditada tanto de pruebas documentales como testimoniales, las cuales fueron presentadas en el Informe Motivado.
- Igualmente, existen diversas pruebas que demuestran que para la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) era rentable que el proyecto les fuera adjudicado por un 68,799% del VPIP del **ORIGINADOR**.
- No existió intercambio de información entre **CHINA GEZHOUBA**, **BENTON** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el marco de las reuniones que sostuvieron con ocasión del proyecto "*Viaducto de Soacha*", en las que participaron funcionarios de **BENTON** y de **CONSTRUCTORA CONCRETO**. A dichas reuniones asistieron varias sociedades dedicadas a la construcción de infraestructura.
- La propuesta económica presentada por el **ORIGINADOR** del proyecto fue muy por encima del precio racional debido a su estructura de costos; esto se traduce en que dicha propuesta contenía un VPIP sobreestimado, hecho que se vio reflejado en la solicitud que este hizo a la **ANI** para que le otorgara la posibilidad de presentar una segunda propuesta en sobre cerrado al igual que los demás precalificados. Este hecho, fue el que permitió que los demás proponentes presentaran ofertas inferiores al 80%, además con el fin de impedir que el **ORIGINADOR** pudiera contraofertar. Esto encuentra sustento en varias declaraciones practicadas al interior de la etapa de investigación. Hay más pruebas que demuestran esto que no fueron presentadas por la Delegatura en el Informe Motivado.
- **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** determinaron de una forma racional y objetiva los límites inferior y superior del VPIP, así las cosas, como quedó establecido en el testimonio rendido por **YANJIU WANG** y de lo que se desprende de varias pruebas documentales, se hicieron análisis serios fundados en ejercicios probabilísticos respecto de los posibles escenarios que se presentarían en el proceso de selección.
- La propuesta financiera de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) era viable debido a su estructura de costos y facilidad de financiación por parte de la banca china. Esto se vio reflejado en la posibilidad que tuvo este proponente para establecer el VPIP en 68,779%, hecho que fue confirmado por varios testigos. Debe recordarse que **CHINA GEZHOUBA** es una sociedad del Estado Chino.
- La propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) no fue complementaria ni se estructuró de manera conjunta con la de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**), hecho que redundaba en la autonomía e independencia del proceso de elaboración de ambas propuestas. Más si se tiene en cuenta que el establecimiento del valor de la oferta económica estuvo sustentado

"Por la cual se archiva una investigación"

en análisis y estudios serios realizados en China. Además, existieron controles y mecanismos que impedían que se hubiera presentado algún tipo de estrategia de colusión.

Inclusive, fue tan reservado ese valor que ni siquiera el Representante Legal de **CHINA GEZHOUBA** en Colombia conoció dicho valor.

- El Informe Motivado obvió por completo lo establecido en dictámenes que fueron aportados por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI**, conforme a los cuales se soporta el hecho de que no existió complementariedad entre las ofertas presentadas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) y que además desvirtúa el análisis presentado por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación.

Inclusive, en la recomendación emitida por la Delegatura, se arribó a la conclusión de que la oferta del 79,97% del VPIP podía ser considerada como la mejor oferta; hecho que fue demostrado por **CONSTRUCTORA CONCRETO** a lo largo de la investigación a través de distintos medios probatorios.

- En consecuencia, frente al primer cargo, *"no es posible afirmar, como en un primer momento lo sostuvo la Delegatura, que la lógica detrás de esta decisión obedecía a una clase de "complementariedad" con la oferta de otro competidor: (i) la decisión tomada de forma conjunta por CONSTRUCTORA CONCRETO y VINCI tuvo en cuenta factores racionales e importantes para cada una de las empresas; (ii) ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT no conocía acerca de las estrategias de sus otros competidores; (iii) Aún cuando CONSTRUCTORA CONCRETO y VINCI simulaban diferentes escenarios con las posibles ofertas que podían presentar los otros oferentes, al ser estas simples posibilidades, no fueron el factor determinante para decidir la oferta final; (iv) CGGC [CHINA GEZHOUBA] y BENTON estructuraron los límites inferior y superior de su oferta en atención a las normas del proceso de selección y a las ganancias que podían obtener, y; (vi) no existió intercambio de información sobre la APP Bogotá-Girardot"*.
- Frente al supuesto intercambio de información entre **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, relacionada aparentemente con la forma en que estos últimos actuarían en el proceso, no se acreditó en la medida en que nunca ocurrió. En igual forma, ese supuesto intercambio no fue contrario a la ética empresarial y mucho menos violatorio del pacto de transparencia suscrito con la **ANI**.
- El correo electrónico *"Re: Avances 3er Carril"* fue una comunicación entre funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el cual se refleja su deseo por predecir el comportamiento de uno de sus competidores, contando la *"sensación transmitida por un tercero NO vinculado al proponente en el proceso de selección"*. La posible comunicación existente entre **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) y **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) no puede ser entendida como una ventaja anticompetitiva ilegítima sujeta a reproche por parte de la Autoridad. Más si se tiene en cuenta que esta fue una mera opinión brindada por un funcionario ajeno a las empresas competidoras.

Por tal motivo, el mensaje debe ser interpretado conforme al contexto histórico en el cual debido al aumento de los compromisos de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, se traduciría en la reducción de la capacidad de obtener nuevos cupos de crédito.

- La Delegatura incurre en error al asimilar *"comunicación"* con *"intercambio de información"* e *"intercambio de información sensible"*. No toda comunicación entre dos o más agentes de mercado competidores es sobre asuntos sensibles o reservados, como tampoco es una conducta violatoria *per sé* del régimen de la libre competencia económica.

"Por la cual se archiva una investigación"

- La información transmitida a **CONSTRUCTORA CONCRETO** por parte de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) carecía de toda certeza, más si se tiene en cuenta que conocía que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** siempre buscaba opciones para lograr ser un competidor, hecho sustentado por la declaración de **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**).
- **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) no participó en la elaboración de la propuesta ni en la consecución del cupo de crédito de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. Bajo este entendido, la comunicación fue con un tercero no vinculado al competidor del proceso de selección. Esto conforme lo establecido en sendas declaraciones rendidas a lo largo de la actuación administrativa, en las que no aparece que se reconociera que **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) hubiera sido el encargado de conseguir el cupo de crédito. Por ende, no puede arribarse a la conclusión de que esta persona hubiera sido el encargado de haber conseguido la certificación del cupo de crédito.

Es errada la conclusión a la que llega la Delegatura, puesto que no existe prueba que demuestre que esa función fue cumplida por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**). Tampoco se probó que este tomara decisiones estratégicas en las empresas competidoras de **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

- Teniendo en cuenta la naturaleza de la comunicación, no es posible "*otorgarle la connotación de intercambio de información*". El comentario que pudo haber realizado no fue más que una mera opinión informal "*que carecía de cualquier contenido relevante que implicara un intercambio de información*". Esto, encuentra fundamento (Director Financiero de **CSS**) en la declaración rendida por **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y el testimonio de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**). Bajo este entendido debe afirmarse que:
  - Resulta extraño que la Delegatura no hubiera tenido en cuenta lo establecido por **FELIPE ROCHA SILVA** relacionado con que **JULIÁN OSEJO VITERI** no participó de la estructuración de la propuesta, el contenido del comentario no revestía utilidad alguna y que el comentario transmitido fue informal.
  - Las conclusiones a las que arribó la Delegatura a partir de la llamada del 10 de julio de 2016, en la que aparecen como interlocutores **FELIPE ROCHA SILVA** y **JULIÁN OSEJO VITERI** carecen de sustento y rigor probatorio y violan el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, puesto que la prueba no fue puesta en conocimiento de los investigados en la Resolución de Apertura de Investigación. Es decir, dicha prueba no fue susceptible de contradicción.
  - Dichos contactos se dieron en el marco de la participación conjunta de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **CSS** en otros proyectos de infraestructura.
- El hecho de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** tuvieran pocas posibilidades de acceso a crédito –así como de acceso a pólizas de seguros– era de público conocimiento. No puede perderse de vista que para la época en que se adelantó el proceso de selección, **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en conjunto con **CONSTRUCTORA CONCRETO**, desarrollaban el proyecto **VÍA PACÍFICO** (Buga – Buenaventura), lo cual permitía deducir las limitaciones de esos proponentes para solicitar cupos de crédito y pólizas de seguro.

Inclusive, el mismo **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) refirió que opinión transmitida se fundaba en información de público conocimiento, la cual no era reservada ni sensible, sino que podía ser deducida por cualquier tercero.

- A través de la información contenida en el **SECOP** era posible revisar los proyectos en los que **CSS, CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** habían resultado adjudicatarios. Incluso, existe un correo electrónico entre funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** en el que se refleja el conocimiento de la limitada capacidad de crédito del grupo **SOLARTE**. **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) confirmó la forma como habían tenido conocimiento de la situación respecto de la capacidad de crédito de **SOLARTE**.
- Existen varias pruebas en el Expediente que soportan el hecho de que la información frente a la situación financiera de **CASS** y, por ende, de los cupos de crédito, era información de público conocimiento en el sector, lo cual no se constituyó como información reservada, confidencial o sensible. **CONCONCRETO** conoció lícitamente de las dificultades financieras de **SOLARTE** que se presentaban en el proyecto **VÍA PACÍFICO** (Buga – Buenaventura).
- La información transmitida no le brindó a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** una ventaja en el proceso de selección, pues no le otorgó ningún tipo de certeza frente a la estrategia que desplegaría **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. Lo anterior, sumado al hecho del elemento de imprevisibilidad del comportamiento de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**. Así:
  - En ningún momento, con la información transmitida, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** tuvo certeza del comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.
  - Al momento de la presentación de la oferta, **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** no tenían la certeza frente a la participación de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, situación que consta en un correo electrónico remitido por **LUIS PALAZZI** a **FADI SELWAN, BERNARDO SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) y **LUCAS LAHITOU** el 11 de julio de 2016.
  - En esta medida, la comunicación ocurrida entre **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) y **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) no le otorgó una ventaja competitiva a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, por cuanto en ningún momento se le otorgó certeza respecto al comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** como también que dicha información era de público conocimiento.
- De conformidad con lo señalado por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** siempre mantuvo su interés en el proyecto y la existencia de declaraciones o afirmaciones de terceros, quienes no tenían ningún tipo de poder de decisión no implicaban que fuera a desistir de participar en el proyecto. Así las cosas, buscó conseguir el cupo de crédito a lo que diera lugar.
- Lo establecido por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) no era información privilegiada ni sensible, como tampoco le ofrecía certidumbre a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** que pudiera traducirse en una ventaja competitiva.
- La Delegatura tuvo acceso a todas las pruebas documentales y testimoniales a partir de las cuales se pudo establecer la no complementariedad entre las propuestas de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**). Bajo este entendido, *"con independencia de la interpretación que le llegue a otorgar a lo sucedido en las visitas de inspección –que se reitera, no configuró ningún intento de obstrucción de la investigación y/o incumplimiento de órdenes–, lo realmente cierto es que todas las pruebas obrantes en el expediente convergen y concuerdan a una única realidad: Entre **CONCONCRETO, CGGC** y **BENTON** no se dio ningún acuerdo colusorio, tendiente a falsear la libre competencia en el proceso de selección abreviada de la APP Bogotá-Girardot"*.

"Por la cual se archiva una investigación"

- **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) no colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron ninguna conducta violatoria del régimen de competencia por cuanto los agentes de mercado no cometieron infracción alguna y además no existe prueba que soporte tal imputación. No debe realizarse ningún tipo de apreciación relacionada con lo ocurrido en las visitas de inspección administrativa.

El rol de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), a lo largo del proceso de selección adelantado por la **ANI** se concentró en la toma de decisiones; actividad que ejerció con la debida diligencia y extrema prudencia con el fin de eliminar el derecho del **ORIGINADOR** a presentar una contraoferta y a garantizar la rentabilidad esperada por los accionistas de llegar a ser la sociedad adjudicataria del contrato. Él se concentró en la revisión de los análisis internos, simulaciones y estudios en los que se expusieron los distintos escenarios con el fin de identificar las alternativas que les otorgarían una mayor probabilidad de éxito de resultar adjudicatarios.

- La Autoridad de Competencia tuvo acceso a toda la información que consideró relevante y que le sirvió para adelantar la investigación administrativa.

**6.6. Argumentos presentados por FELIPE ROCHA SILVA (Vicepresidente de Inversiones de CONSTRUCTORA CONCRETO), JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA (Vicepresidente de Infraestructura de CONSTRUCTORA CONCRETO) y ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ (Director de Proyectos Especiales de Inversión de CONSTRUCTORA CONCRETO)**<sup>35</sup>

- La Resolución de Apertura de Investigación no fue rigurosa probatoriamente hablando, puesto que la imputación formulada fue fundada sobre conclusiones desprovistas de sustento probatorio. Así mismo, existió falta de claridad en la imputación, hecho que impide un adecuado y técnico ejercicio de los derechos de contradicción y defensa.
- La Delegatura no estableció bajo qué verbo rector, de los contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, investigaba a las personas naturales vinculadas a **CONSTRUCTORA CONCRETO**.
- Se encuentra plenamente demostrado que las conductas imputadas a **CONSTRUCTORA CONCRETO** no se cometieron, lo cual tiene como consecuencia que no exista sustento para investigar las conductas de las personas naturales vinculadas con tal sociedad.
- El comportamiento desplegado por **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) no se adecúa típicamente a ninguno de los verbos contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 –colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar–. Adicionalmente, quedó probado –con varias de las declaraciones practicadas en el marco de la etapa probatoria– que este investigado no “adelantó ningún contacto” con **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) ni **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** relacionado con el proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.
- En la Resolución de Apertura de Investigación no se hizo referencia específica a la conducta desplegada por **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCRETO**). No obstante lo anterior, se probó que en ningún momento colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró la conducta endilgada a

<sup>35</sup> Folios 9909 a 9925 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONSTRUCTORA CONCRETO.** Incluso, está probado que el investigado se comportó de forma irreprochable al haber empleado todos sus esfuerzos para cumplir con las labores para preparar la propuesta presentada al proceso de selección; esto sin ningún tipo de injerencia externa a la sociedad en la que trabajaba. Adicionalmente:

- Respecto de su comportamiento no se encuentran probados los elementos objetivos ni subjetivos de la descripción típica sancionatoria.
- De aceptar que existió un intercambio de información sensible –el cual no ocurrió– este se constituyó como una mera percepción que no generaba certeza al interior del proceso de selección, hecho frente al cual el investigado no incurrió en ninguno de los verbos señalados en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) no toleró, colaboró, facilitó, ejecutó o autorizó una conducta anticompetitiva por las siguientes razones:
  - Frente al supuesto intercambio de información, (i) la comunicación, que fue una mera opinión, tuvo un carácter informal; (ii) **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) no se encuentra vinculado a alguno de los competidores que participaron en el proceso de selección objeto de investigación; (iii) la información era de carácter público; (iv) no existe certidumbre de la opinión expuesta por **JULIÁN OSEJO VITERI**. Por ende, lo hablado entre **FELIPE ROCHA SILVA** y **JULIÁN OSEJO VITERI** no puede ser calificado como un intercambio de información sensible, confidencial, reservada o relevante.
  - Igualmente, la Delegatura incurrió en error al considerar que el supuesto intercambio de información se encuentra prohibido por el régimen de la libre competencia, puesto que no se encuentra tipificado en la ley, de lo cual se desprende que no sea susceptible de sanción alguna. Dicho error de interpretación afecta los principios del derecho administrativo y derechos de rango constitucional.
  - Si bien es cierto que los principios del derecho penal son aplicables de manera menos rigurosa en el derecho administrativo sancionatorio, no puede afectarse desproporcionadamente el derecho de defensa, el cual se ve afectado si se considera el intercambio de información –*per sé*– como una conducta contenida en la prohibición general.
  - Resulta violatorio del principio de legalidad considerar el intercambio de información como una conducta que se enmarca dentro de la prohibición general sin si quiera calificar el tipo de información que se reprocha.
  - Además, la conducta típica sólo puede ser reprochada con el elemento subjetivo de la intención positiva de querer su realización por parte del investigado, puesto que la falta administrativa no se configura sin representación del daño o si este no se quiso realizar. Ni **FELIPE ROCHA SILVA** ni **JULIÁN OSEJO VITERI** tuvieron la intención de intercambiar información.
  - De considerar que el intercambio de información fuera una conducta incluida en la prohibición general –que no lo es– lo que se encuentra probado dentro de la investigación es que la conversación no fue entre dos competidores, lo que además significa que **JULIÁN OSEJO VITERI** no contara con la información del proyecto APP Bogotá-Girardot, luego lo que existió fue una mera opinión, la cual no puede considerarse como una conducta típica o antijurídica. Además, la comunicación versó sobre información pública.
  - La Delegatura no debió hacer un juicio de valor relacionado con la ética empresarial ni con lo establecido en los documentos oficiales del proceso contractual y sus anexos, pues tal facultad escapa a su competencia. Más aún, si se tiene en cuenta que se encuentra probado que

"Por la cual se archiva una investigación"

**FELIPE ROCHA SILVA** actuó siempre éticamente y no cometió ningún tipo de infracción administrativa.

- La investigación debe ser archivada porque carece de sustento probatorio que demuestre la existencia de una violación al régimen de la libre competencia.

#### 6.7. Argumentos presentados por la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN<sup>36</sup>

- El Informe Motivado emitido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el que consta la investigación y estudio realizado, respeta el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que tiene que ver con aspectos probatorios, puesto que ellos fundan la conclusión según la cual la oferta que realizó el "*consorcio adjudicatario de la licitación*" tuvo una justificación.
- No debe perderse de vista que el mecanismo de selección empleado por la ANI estaba sometido al azar, puesto que fue mediante balota, el mismo día de la adjudicación, que se eligió la "*media*" que definiría la evaluación de las ofertas económicas.
- Existió una indebida vinculación de la sociedad **VÍA 40 EXPRESS** a la investigación, puesto que esta se constituyó de manera posterior a los hechos que se investigan, motivo por el cual "*no puede ser objeto de los cargos que por colusión*" les endilgó la Superintendencia de Industria y Comercio a los investigados. Debe revisarse si, con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, esta persona debe continuar vinculada a la investigación.
- En el caso en que el Superintendente de Industria y Comercio decida actuar conforme lo señalado en el Informe Motivado, en virtud de los principios de economía, celeridad, eficacia y eficiencia, no tendría por qué revisar con "*detalle estas quejas*".
- En caso tal de que la decisión del Superintendente de Industria y Comercio diste de la recomendación contenida en el Informe Motivado, recomienda revisar con detalle la queja, verificando además si a lo largo de la actuación administrativa se han respetado los derechos al debido proceso, derecho de defensa, derecho de igualdad de las partes frente a las pruebas, su contradicción, su incorporación al Expediente y la imparcialidad. Igualmente debe revisarse de forma detallada la manera en la que se ha tenido en cuenta la oferta presentada por **CONALVIAS**.

#### 6.8. Argumentos presentados por CHINA GEZHOUBA<sup>37</sup>

- Las conclusiones a las que arribó la Delegatura en el Informe Motivado demuestran un análisis acertado de los hechos objeto de investigación. Así, se comparten las conclusiones como la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.
- Existen una gran cantidad de pruebas que fueron practicadas y aportadas por los investigados a las cuales no se hizo referencia en el Informe Motivado, las cuales sustentan aún más las conclusiones de dicho documento.

Entre las pruebas a las que no se refirió la Delegatura se encuentra el dictamen pericial rendido por **BEATRIZ EUGENIA MORALES VÉLEZ**, cuya importancia radica en haber establecido el error metodológico en el que incurrió la Delegatura a la hora de calcular las probabilidades de victoria de la estructura plural de la cual hacía parte la investigada, puesto que el análisis realizado fue fundado en información *ex post* y no *ex ante*. Estimaciones probabilísticas que debió volver a hacer la Delegatura. Dicho error metodológico también fue identificado y establecido en el dictamen pericial rendido por **ÓSCAR LÓPEZ**.

<sup>36</sup> Folios 9927 a 9934 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

<sup>37</sup> Folios 9941 a 9952 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

- Los análisis probabilísticos de victoria de la estructura plural se fundamentaron en hechos y no en supuestos, elementos que sólo son conocidos en un escenario *post-oferta*, habiendo incurrido la Delegatura en un error metodológico.
- Resulta posible que existiera una probabilidad positiva de que la estrategia hubiese sido exitosa. Así las cosas, *"es bien recibido que la Delegatura no tenga objeciones sobre la probabilidad de que se hubiese podido optar por cualquiera de las otras dos medias aritméticas presentadas, lo cual refuerza el argumento de que, en un escenario de modelación con información desconocida, es perfectamente válido y metodológicamente correcto obtener probabilidades positivas en 2 de los 3 casos (...)"*. En tal medida, se recomienda al Superintendente de Industria y Comercio tener en cuenta el dictamen pericial rendido por la perito **BEATRIZ EUGENIA MORALES VÉLEZ**.
- Más allá de las pruebas presentadas en el Informe Motivado que desvirtúan la hipótesis inicial de la Delegatura, existe otra gran cantidad que no fueron reseñadas en la recomendación, entre otras los documentos *"Estrategia para la presentación de oferta"*, *"Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá-Girardot en Colombia"*, *"Tema sobre el establecimiento del Proyecto del Tercero Carril de la Autopista Bogotá-Girardot en Colombia, CGGC"*, resoluciones de la Junta Directiva de la sociedad, actas y los relacionados con las aprobaciones del gobierno y autorizaciones societarias, así como varios testimonios rendidos en la etapa de instrucción.
- La Delegatura descubrió la rentabilidad mínima de la sociedad, dato que sirvió para calcular los rangos de los posibles valores de la oferta económica. Debe tenerse en cuenta que con una oferta económica del 60% del VPIP generaba rentabilidad para la sociedad, siendo este el valor mínimo que hubiera podido elegir.
- El establecimiento del valor final en 68,799% del VPIP estuvo fundado en los cálculos internos y el análisis de los asesores externos, siendo completamente racional.
- A través de los estudios realizados por la Delegatura, esta pudo corroborar que la estructura plural tenía probabilidades de resultar adjudicataria del contrato, pese a que al final no logró ser la ganadora del mismo. Teniendo en cuenta los dictámenes periciales rendidos por **ALEJANDRA SÁNCHEZ** y **ÓSCAR LÓPEZ**, en escenarios de probabilidad, el proponente hubiera podido resultar adjudicatario con un alto grado de probabilidad.
- Se probó a lo largo de la investigación, a través de documentos, declaraciones y testimonios, que no existió coordinación en la presentación de las ofertas de las estructuras plurales integradas por **CONCRETO** y **CHINA GEZHOUBA**. Inclusive, la derrota de **CHINA GEZHOUBA** en el proceso le generó pérdidas significativas en tiempo y recursos.
- Teniendo en cuenta que el contrato objeto de adjudicación estaba relacionado con una asociación público privada de iniciativa privada, la Delegatura ha debido *"descartar la artificialidad de la oferta del originador, proponente que tiene incentivos para manipular las fórmulas para asegurar su victoria"*, hecho que no fue analizado.

En relación con lo anterior **CHINA GEZHOUBA** formuló en varias ocasiones observaciones frente a la forma en la que la ANI estructuró el proceso de selección, haciendo expresa referencia a que la determinación del 90% de la media como límite inferior podía generar efectos contrarios a la libre competencia. En esta medida, las decisiones tomadas en la ANI, representadas en los documentos del proceso, *"falsearon las expectativas del proyecto"*.

- Debe señalarse que lo relacionado con el componente económico funciona de manera diferente en una APP de iniciativa privada con recursos públicos a una sin recursos públicos, pues en la primera los proponentes compiten teniendo en cuenta los recursos públicos o las vigencias futuras mientras que en los que no cuentan con esos recursos se compiten teniendo en cuenta el valor del VPIP, el cual garantiza el retorno de la inversión en favor del privado.

- La oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) fue elaborada teniendo en cuenta criterios de razonabilidad económica y financiera, contando con los controles necesarios del gobierno de la República Popular de China al ser una empresa con participación estatal. En ningún momento se buscó que la oferta fuera eliminada. Así, quedó probado que la sociedad actuó racionalmente, de forma independiente y conforme a lo establecido en los términos y condiciones del pliego de condiciones.
- El Superintendente de Industria y Comercio debe acoger la recomendación del Informe Motivado.

#### 6.9. Argumentos presentados por **VÍA 40 EXPRESS**<sup>38</sup>

- El cargo formulado en la Resolución de Apertura de Investigación fue desvirtuado en su totalidad por cuanto quedó plenamente acreditado que la sociedad no incurrió en la conducta que pretendió reprochársele en el pliego de cargos.
- En el Expediente no obra prueba, acta o documento interno que demuestre que **VÍA 40 EXPRESS** hubiere desplegado alguna conducta tendiente a convertirse en un vehículo para ejecutar un acuerdo anticompetitivo.
- La aseveración de la Delegatura mediante la cual se vincula a la sociedad como el vehículo para la ejecución del presunto acuerdo es inadmisibles por cuanto no le es permitido a ninguna autoridad investigar a una persona por actos que no le son imputables y sin pruebas que demuestren su culpabilidad.
- Durante las diligencias que se surtieron en el curso de la actuación, **VÍA 40 EXPRESS** demostró que no tuvo relaciones contractuales, ni antes ni durante la ejecución del contrato, con investigados distintos a los que se encuentra vinculada, por lo cual no se prestó como escenario para compensar o retribuir a los participantes de la presunta colusión.
- **VÍA 40 EXPRESS** es una persona jurídica diferente de sus asociados, y se le estaría responsabilizando, no de una conducta dolosa o culposa que hubiere cometido, sino de una circunstancia que le es ajena completamente, como lo es el deber legal de su constitución de conformidad con el pliego de condiciones del proceso de selección. En este sentido la Delegatura estaría vulnerando el principio de personalidad de la sanción.
- No hubo mérito para abrir investigación contra **VÍA 40 EXPRESS**, ya que la Delegatura no tiene claro cuál fue la razón por la cual decidió vincularla a la actuación, como lo muestran las inconsistencias en las que incurrió la Delegatura respecto de la imputación en diferentes momentos de la actuación.
- La imputación a **VÍA 40 EXPRESS** contraviene el principio de congruencia, por cuanto el cargo esbozado por la Delegatura en el Informe Motivado no corresponde con el formulado en la Resolución de Apertura de Investigación. Al modificar el cargo imputado en el Informe Motivado, la Delegatura no tiene en cuenta que la sociedad se defendió en los descargos de una imputación diferente y, por tanto, imposibilitó de facto su defensa, puesto que impidió que conociera y desvirtuara desde el inicio de la investigación la conducta de la cual se le acusaba.
- La suscripción y ejecución del contrato de concesión son actuaciones que no constituyen una infracción a las normas de competencia. Por lo cual, no se le puede endilgar a la sociedad la ejecución de una conducta que tuviese como objeto o efecto afectar o restringir la competencia durante el proceso de selección.

<sup>38</sup> Folios 9953 a 9968 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

- La imputación infringió el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante “CPACA”) por cuanto la Delegatura jamás señaló, a lo largo de la actuación administrativa, los hechos y circunstancias concretas en que sustentaran las aseveraciones según las cuales **VÍA 40 EXPRESS** habría fungido como vehículo para la comisión de la práctica restrictiva investigada.
- El objeto de la investigación era determinar si se configuró un acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En el caso hipotético en que la conducta hubiese ocurrido en el presente caso, esta se habría presentado de manera previa a la constitución jurídica de **VÍA 40 EXPRESS**. En este sentido, la imputación carece de fundamento por cuanto confunde las conductas objeto de investigación con sus efectos.

**6.10. Argumentos presentados por BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM (Representante Legal de VINCI CONCESSIONS)<sup>39</sup>**

- Los argumentos de fondo expuestos por la Delegatura para explicar el motivo por el cual **VINCI** no había incurrido en la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, dan cuenta de manera diáfana que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** como Representante Legal de **VINCI** no participó de forma activa o pasiva en ninguno de los comportamientos objeto de investigación y que, por ende, la actuación en su contra debe archiversse.
- No obra en el Expediente prueba alguna que acredite que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) tuviera contactos con **BENTON** o **CHINA GEZHOUBA** que hubieran hecho posible la presentación de ofertas económicas complementarias por parte de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) y la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).
- Ha quedado acreditado a lo largo de la investigación que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) no eliminó de sus dispositivos ninguna información que tuviera relación con el proceso de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. En tal sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las herramientas para establecer con certeza que **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** no borró la información a la que aludía el *chat* enviado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).
- **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) no intercambió jamás información ni tuvo contacto alguno con funcionarios de **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** o **CSS** para asuntos relacionados con el proceso de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Así como tampoco existe en el Expediente prueba alguna de la que pueda inferirse o acredite que este tuvo conocimiento de que tales empresas tuvieran la “*intención de inhabilitar*” su oferta.
- La Delegatura omitió por completo determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar con base en las cuales decidió imputarle la supuesta comisión de los cinco (5) verbos rectores a los que hace alusión el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) y, por consiguiente, el pliego de cargos no cumple con los requisitos de precisión y claridad de los que debe gozar cualquier imputación para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Tal vaguedad y falta de precisión, es razón suficiente para que el Despacho acoja la recomendación de la Delegatura de archivar la investigación en su contra.

<sup>39</sup> Folios 9969 a 9989 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

#### 6.11. Argumentos presentados por VINCI<sup>40</sup>

- Se encuentra acreditado que la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) –en cuya elaboración participó **VINCI**– fue producto de un proceso competitivo en el que la información utilizada provino, exclusivamente, del estudio cuidadoso de los datos publicados por la **ANI** al momento de abrir la convocatoria para la presentación de manifestaciones de interés, posteriormente del proceso de selección y, finalmente de los análisis preparados por terceros expertos contratados para tal fin. Por tanto, contrario a lo afirmado por **CONALVIAS**, la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) no fue irracional.

Aunque **CONALVIAS** insiste en que la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) era irracionalmente baja y, por tanto, inviable, **VINCI** allegó como prueba al proceso un documento elaborado por **ASTRIS FINANCE** (asesor financiero) en el que consta que la oferta económica presentada bajo el modelo financiero desarrollado por este, a partir de la información suministrada por **VINCI** y **CONCONCRETO**, demostraba que incluso con ese valor el proyecto habría arrojado una rentabilidad aceptable.

- Está demostrado que **VINCI** nunca tuvo contacto con ningún competidor en relación con el proceso de selección **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, así como tampoco coordinó o concertó la oferta de **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) con alguno de ellos. Así mismo, está claro que las decisiones relacionadas con la participación en un determinado proyecto de infraestructura, al interior de **VINCI**, se adoptan conforme a rigurosas políticas que comportan la intervención de varios funcionarios de la compañía a nivel global, sin que sea factible apartarse, sin más, de los lineamientos que así se definen.
- A partir de información pública **VINCI** advirtió que la oferta presentada por el **ORIGINADOR**, que correspondía al **VPIP** máximo que podía ofertarse en el proceso, se encontraba sobreestimada a tal punto que permitía proponer una oferta que no solo resultara rentable, sino que, de obtener la mejor calificación como resultado del procedimiento previsto en el pliego de condiciones, le impidiera al **ORIGINADOR** ejercer la opción de mejorar la oferta.
- De no haber concurrido los investigados al proceso de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** con las ofertas que presentaron, el proyecto habría sido adjudicado a **CONALVIAS** con un sobrecosto de un 20%, lo que equivale a la suma de más de seiscientos mil millones de pesos –esto es, la diferencia entre la propuesta presentada por quienes resultaron adjudicatarios y la presentada por **CONALVIAS**– y, además con unas tarifas de peajes un 27% más elevadas que las que, a la postre, pagarían los usuarios con la adjudicación del contrato a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).

Lo dicho por **CONALVIAS** e **INFRACÓN** en su denuncia respecto de la posibilidad de encontrar eficiencias en la oferta económica que ellas mismas presentaron en factibilidad a la **ANI**, da cuenta que ese valor podía ser optimizado y mejorado, y no sólo por el **ORIGINADOR**, sino también por sus competidores. Más aún, era ese y no otro, el objetivo y la razón de ser del proceso **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**: que quienes se presentaran al proceso de selección pudieran mejorar el **VPIP** máximo establecido.

- Una vez el proceso de selección fue avanzando y **VINCI** contrató estudios y adelantó diversos análisis, aunado al debate acerca de la modificación del límite inferior de la media que la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y

<sup>40</sup> Folios 10053 a 10115 del cuaderno público No. 40 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CHINA GEZHOUBA**) que fue planteado públicamente ante la **ANI**, fue posible colegir que era probable que también para **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** la oferta económica del **ORIGINADOR** admitiera un margen de mejora que, eventualmente, podía verse reflejada en una oferta bastante competitiva por parte de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO**.

Aunque la Delegatura no abordó a fondo y en detalle este punto en el Informe Motivado porque consideró que no era materia de la investigación, tampoco es cierto que la oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** no fuese rentable, en tanto obran en el Expediente múltiples declaraciones de parte, testimonios y documentos que dan cuenta de lo contrario.

- La adenda No. 2 a los pliegos de condiciones junto con la información que se puso a disposición de los precalificados el 6 de julio de 2016, que incidió en el incremento de CAPEX, llevó a que a pocos días antes de la fecha de presentación de la oferta, **VINCI** debiera realizar un nuevo análisis dirigido a establecer si era posible con ese incremento obtener la TIR que se había definido en el *Committee de Risqué* y continuar presentado una oferta económica que estuviera por debajo del 80% del VPIP del **ORIGINADOR**.

Dicha circunstancia demuestra aún más que la oferta económica que **VINCI** propuso para la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en el proceso de selección lejos estuvo de ser el producto de una actuación concertada con los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), o de intercambios o acceso a información confidencial de estos y que, por el contrario, siempre obedeció a análisis y decisiones adoptadas al interior de **VINCI** con base en información pública, decisiones que, posteriormente, fueron discutidas con **CONSTRUCTORA CONCRETO** para definir la oferta económica que se incluiría en la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**.

A más de ello, si la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** pudo presentar una oferta del 79.97% del VPIP ofertado por el **ORIGINADOR** fue porque la propuesta que fue aprobada por la **ANI** en su estudio de factibilidad admitía un amplio margen de mejora u optimización.

- En relación con el supuesto intercambio de información sensible y confidencial con **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, se probó y así lo reconoció la Delegatura, que era de público conocimiento que su situación financiera no era la ideal para obtener el cupo de crédito necesario como requisito habilitante de su propuesta, en razón de las adjudicaciones que ganó entre la fecha de manifestación de interés y la fecha de presentación de las propuestas.

A más de ello, conforme bien lo concluyó la Delegatura, **VINCI** no sólo no intercambió información con **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** sobre la oferta que estos presentarían en la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, sino que no puede ser sancionada, ni ser objeto de juicio de reproche alguno por el hecho de suponer a partir de información pública que las probabilidades de que ese proponente lograra obtener un cupo de crédito no eran muy altas.

Por otro lado, en el curso de la investigación quedó demostrado que estos hechos sólo son atribuibles a **CONSTRUCTORA CONCRETO** y a los funcionarios que remitieron o fueron autores de esos mensajes de datos, más no **VINCI**. Tanto así, que la Delegatura jamás insinuó siquiera cuál hubiera sido su papel o su participación en esa cadena de correos. Del mismo modo, tampoco se probó que en desarrollo de esos mensajes **VINCI** hubiera seguido alguna orden o ejecutado alguna conducta tendiente a obtener de **CASS** o de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** información acerca de su propuesta, de su cupo de crédito o, en suma, de la estrategia que tendrían en el marco de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.

- No podía la Delegatura asumir la existencia de un supuesto nexo entre (i) los correos intercambiados por funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y las comunicaciones sostenidas en **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA**

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), y (ii) el archivo "*Sinóptico oferta.pptx*" enviado por **LUCAS LAHITOU**, con el propósito de aducir infundadamente que **VINCI** tenía certeza de que la oferta de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** sería inhabilitada y sugerir, sutilmente, que para la elaboración del archivo PowerPoint mencionado, se utilizó información suministrada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y supuestamente obtenida del modo descrito en el Informe Motivado por **FELIPE ROCHA SILVA**.

- Si bien **VINCI** estaba en capacidad de prever o suponer que a **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no les sería sencillo obtener el cupo de crédito que constituía un requisito habilitante para que se abriera su oferta económica, suposición o previsión que provenía de información de carácter público, ello no significa que tenía certeza alguna en torno al comportamiento de tales competidores.
- **CONALVIAS** omitió el hecho de que entre la fecha de manifestación de interés (10 de noviembre de 2015) y la fecha de presentación de las propuestas (11 de julio de 2016) transcurrieron ocho (8) meses, lo que permitía deducir que en ese lapso de tiempo la capacidad financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** podía variar de tal manera que se dificultara o imposibilitara la obtención del cupo de crédito, sin que de ello se siga irracionalidad alguna.

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

#### **7.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio**

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio "*[v]ejlar 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*".

De esta forma, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. Bajo esta calidad "*[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal*".

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

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

En consecuencia, es la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad competente para adelantar los procesos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia, teniendo la facultad legal de imponer sanciones pecuniarias y ordenar la terminación de las conductas violatorias del régimen de la libre competencia económica, entre otras.

"Por la cual se archiva una investigación"

## 7.2. La libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal

El ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

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

(...)

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

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

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

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

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

De la lectura de las normas constitucionales antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo<sup>41</sup>. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos<sup>42</sup>.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica<sup>43</sup>. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

<sup>43</sup> El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

<sup>44</sup> Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4.

“Por la cual se archiva una investigación”

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren<sup>45</sup>. Un estudio que analizó el período comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado<sup>46</sup>.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido<sup>47</sup>. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como estas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo<sup>48</sup>.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>49</sup>, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

- (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;
- (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;
- (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;
- (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; y
- (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

### 7.3. Mercado Afectado

Esta Superintendencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la definición del mercado afectado que involucra las licitaciones públicas indicando que, a diferencia de otro tipo de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que abarcan procesos de compras públicas el mercado afectado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta

<sup>45</sup> Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109.

<sup>46</sup> John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1156401>.

<sup>47</sup> OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 disponible en: [www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf), consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6, disponible en: <https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>, consultada el 5 marzo 2019

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se archiva una investigación"

de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes. Al respecto esta Entidad ha indicado que:

*"[A] diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"<sup>50</sup>.*

(...)

*"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección"<sup>51</sup>.*

Conforme lo anterior, en el caso bajo estudio el mercado relevante es el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la ANI.

Con el fin de presentar en detalle el desarrollo del proceso de selección objeto de investigación, pasa el Despacho a realizar algunas consideraciones en torno a las Asociaciones Público Privadas (en adelante "APP"), instrumento utilizado por la ANI en el caso concreto para cumplir fines estatales. Posteriormente, se presentarán los hitos del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con precalificación **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**.

### **7.3.1. Las Asociaciones Público Privadas en Colombia**

De conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, las APP son:

*"[U]n instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio".*

Este instrumento fue diseñado y es utilizado para que el Estado, mediante la vinculación de capital privado, pueda desarrollar obras y programas que estén encaminados al cumplimiento de los fines esenciales del mismo (artículo 2 C.P.). Las APP han sido utilizadas especialmente para el desarrollo de infraestructura vial, ferroviaria y aeroportuaria, proyectos que requieren de un alto grado de inversión, tecnicismo y flujo de recursos y que implican la celebración de contratos a largo plazo.

Algunos de los beneficios de las APP<sup>52</sup> son los siguientes:

- Disponibilidad pronta de la solución a la necesidad (infraestructura o servicio)
- Planeación óptima de los recursos fiscales
- Fortaleza de juntar el sector privado con el sector público
- Generación de incentivos que permiten que la planeación de los proyectos y su posterior entrega se cumpla

<sup>50</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 19890 del 24 de abril de 2017 y 4604 del 29 de enero de 2018.

<sup>51</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

<sup>52</sup> Departamento Nacional de Planeación. 2016. Guía de Asociaciones Público Privadas – Capítulo 1- La Asociación Público Privada.

"Por la cual se archiva una investigación"

- Mejoría en la gobernabilidad y transparencia
- Riesgos compartidos o en ciertos casos transferidos a la parte que mejor pueda administrarlo
- Largo periodo de vida de los activos

La Ley 1508 de 2012 estableció dos tipos de Asociaciones Público Privadas: de iniciativa pública y de iniciativa privada. Si bien ambos tipos comparten elementos, su principal diferencia radica en que en el primero la estructuración del proyecto es realizada por la entidad estatal que identifica una necesidad, mientras que en el segundo, es un privado quien identifica la necesidad y realiza los estudios de prefactibilidad y factibilidad que, de manera posterior, entrega a la entidad estatal<sup>53</sup>.

Además, en los casos de iniciativa privada la demanda de recursos públicos debe ser muy baja o inexistente, por cuanto la inversión hecha por privados se busca recuperar con los réditos que generará el proyecto una vez se encuentre finalizado.

Teniendo en cuenta que en el caso objeto de investigación el contrato que fue adjudicado a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) fue un contrato de APP, producto de un proceso de selección que inició como consecuencia de una iniciativa privada realizada por **CONALVIAS**, **ICEIN** e **INFRACÓN** a la **ANI**, el Despacho procederá a presentar los elementos primordiales a tener en cuenta en relación con el proceso de selección y los elementos propios de las APP de iniciativa privada.

Establece el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 que:

**"Artículo 14. Estructuración de proyectos por agentes privados.** Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

*El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.*

*En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.*

*Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.*

*En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.*

*En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.*

*No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se*

<sup>53</sup> Ver artículos 11 y 14 de la Ley 1508 de 2012.

*aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.*

*Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable".*

Conforme lo indicado por el artículo citado, son dos las etapas que debe agotar el privado que desee ser originador de un proyecto de infraestructura pública: prefactibilidad y factibilidad. En la primera de ellas, el originador se encuentra obligado a realizar una descripción inicial del proyecto, la cual incluye los diseños, el alcance del mismo, estudios de demanda, su costo aproximado y su fuente de financiación. Con fundamento en lo anterior, el artículo 2.2.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015 regula de manera clara la información que debe ser presentada por el originador de un proyecto a la entidad estatal. Este dispone:

**"Artículo 2.2.2.1.5.2. Etapa de prefactibilidad.** *En la etapa de prefactibilidad, el originador de la iniciativa privada deberá contar entre otros, con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias. El propósito de esta etapa consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto.*

*En esta etapa el originador de la iniciativa privada, presentará ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información:*

1. *Nombre y descripción completa del proyecto que incluye:*
  - 1.1. *Nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal.*
  - 1.2. *Documentos que acrediten su existencia y representación legal.*
  - 1.3. *Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.*
  - 1.4. *Descripción general del proyecto.*
2. *Alcance del proyecto:*
  - 2.1. *Descripción de la necesidad a satisfacer.*
  - 2.2. *Población beneficiada.*
  - 2.3. *Actividades o servicios que asumiría el inversionista.*
  - 2.4. *Estudios de demanda en etapa de prefactibilidad.*
  - 2.5. *Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.*
3. *Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:*
  - 3.1. *Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados.*
  - 3.2. *Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.*
4. *Especificaciones del proyecto:*
  - 4.1. *Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.*

"Por la cual se archiva una investigación"

4.2. *Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.*

5. *Costo estimado:*

*Estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.*

6. *Fuente de financiación:*

6.1. *Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.*

6.2. *Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.*

6.3. *Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.*

*La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente".*

En este punto la entidad estatal competente verificará la propuesta y determinará si el proyecto resulta ser prioritario y si la propuesta resulta viable; con lo cual puede rechazar la iniciativa o dar su concepto favorable para que el originador continúe con la estructuración del proyecto y pueda pasar a la etapa de factibilidad. Tal concepto no genera un compromiso de aceptación del proyecto para el Estado<sup>54</sup>.

Para la segunda etapa, el originador debe elaborar y aportar el modelo financiero en el que se observe el fundamento del valor del proyecto, así como aspectos esenciales como lo son la descripción del mismo, las fases, duración, análisis de los riesgos y estudios técnicos, económicos, ambientales, financieros y jurídicos, entre otros. El artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 de 2015 señala con precisión cuál es la información que debe aportar el originador en este punto:

*"Para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador del proyecto deberá presentar como mínimo la siguiente información:*

1. *Originador del proyecto*

1.1. *Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.*

1.2. *Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.*

2. *Proyecto*

2.1. *Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.*

2.2. *Diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.*

2.3. *Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.*

2.4. *Evaluación costo-beneficio del proyecto analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.*

2.5. *Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público Privada.*

2.6. *Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.*

<sup>54</sup> Último inciso del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012.

"Por la cual se archiva una investigación"

### 3. Riesgos del proyecto

3.1. Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

3.2. Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente decreto.

### 4. Análisis financiero

4.1. El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:

4.1.1. Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.

4.1.2. Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

4.1.3. Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.

4.1.4. Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

4.1.5. Construcción de los estados financieros.

4.1.6. Valoración del proyecto.

4.1.7. Manual de operación para el usuario del modelo financiero.

4.2. Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.

### 5. Estudios actualizados

5.1. Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera.

5.2. Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.

En todo caso, el originador especificará aquellos estudios que considera no se requieran efectuar o actualizar, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto o que se encuentran disponibles por parte de la entidad estatal competente y resultan ser suficientes para la ejecución del mismo. En todo caso, la entidad estatal competente establecerá si la consideración del originador es válida y aceptada.

### 6. Minuta del contrato y anexos

6.1. Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.

6.2. Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.

La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente" (Subrayado del texto original).

Los documentos contentivos de la información descrita deberán ser anexados por el originador del proyecto, quien debe realizar una declaración juramentada en la que establezca que la información que está entregando es veraz. La entidad entonces procede a hacer un estudio para determinar si acepta o rechaza la iniciativa.

Para la aceptación de la iniciativa la entidad estatal comunicará al originador las condiciones de dicha aceptación incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados. En este punto

"Por la cual se archiva una investigación"

corresponde al originador establecer si acepta o no las condiciones impuestas por la entidad. Esta debe emitir tal respuesta al originador de la iniciativa informándole sobre:

- 4.1. Resultado: Viabilidad o rechazo de la iniciativa privada.
- 4.2. Monto que acepta como valor de los estudios realizados y forma de pago.
- 4.3. Condiciones bajo las cuales la entidad estatal competente aceptaría la iniciativa privada.
- 4.4. Borrador de minuta del contrato y anexos que la entidad estatal competente tendría como base para la elaboración del borrador de pliego de condiciones<sup>55</sup>.

El proyecto puede o no requerir un desembolso de recursos públicos. En el caso en que requiera de dicho desembolso, la entidad debe abrir una licitación pública para seleccionar al contratista que ejecute el proyecto, proceso en el que el originador tiene una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% (artículo 17 Ley 1508 de 2012 desarrollado por el numeral 2.2.2.1.5.10. del Decreto 1082 de 2015). De no requerir un desembolso de recursos públicos, la entidad estatal debe proceder a publicar en el **SECOP** el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato, siendo clara en señalar los requisitos y condiciones que deben cumplir eventuales terceros interesados en ejecutar el contrato. De no existir terceros interesados, la entidad puede adjudicarlo de manera directa al originador.

Contrario a lo anterior, es decir, de existir terceros interesados, quienes deben presentar manifestación y garantizar tal voluntad, la entidad debe dar apertura a un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación para la selección del contratista –donde estará el originador compitiendo con otros proponentes–. Esta situación se encuentra regulada por el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto en comento, el cual establece:

**"Artículo 2.2.2.1.5.12. Manifestación de Interés por terceros.** En caso de presentarse por parte de un tercero una manifestación de interés en la ejecución del proyecto, de conformidad con lo establecido en la publicación a la que hace referencia el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, esta deberá contener además de la expresión clara de su interés, las formas de contacto y los medios de comunicación eficaces a través de las cuales la entidad estatal competente podrá comunicarse con el interesado y la garantía que respalda su interés, por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto. La garantía podrá consistir en una póliza de seguros, garantía bancaria a primer requerimiento, fiducia mercantil en garantía, depósito de dinero en garantía y en general cualquier medio autorizado por la ley, con un plazo de un (1) año, término que deberá prorrogarse para que se encuentre vigente hasta la fecha de firma del contrato.

Si se recibieren manifestaciones de interés dentro del término señalado en el artículo anterior y se cumple con los requisitos previstos en la publicación, la entidad estatal competente, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien o quienes manifestaron interés y cumplieron los requisitos establecidos por la entidad en la publicación de la iniciativa y el originador de la iniciativa privada, y con esta lista procederá a adelantar la selección del contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.

En caso de que se adelante el proceso de selección abreviada de menor cuantía, una vez conformada la lista de precalificados, se tendrán en cuenta las reglas previstas para la selección abreviada de menor cuantía establecidas en la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos, con las siguientes particularidades, sin perjuicio de otras que se señalaren en el presente decreto:

<sup>55</sup> Artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015.

"Por la cual se archiva una investigación"

1. Los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, en desarrollo del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán los señalados en el artículo 2.2.2.1.4.2 del presente decreto.
2. El cumplimiento de los requisitos para la estructuración de proyectos por agentes privados y la aceptación de la iniciativa privada por parte de la entidad estatal competente, a los que se refieren los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012 en los términos previstos en el presente título y las aprobaciones de las que trata la Sección 6 del presente capítulo, serán suficientes para la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.
3. **Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.**

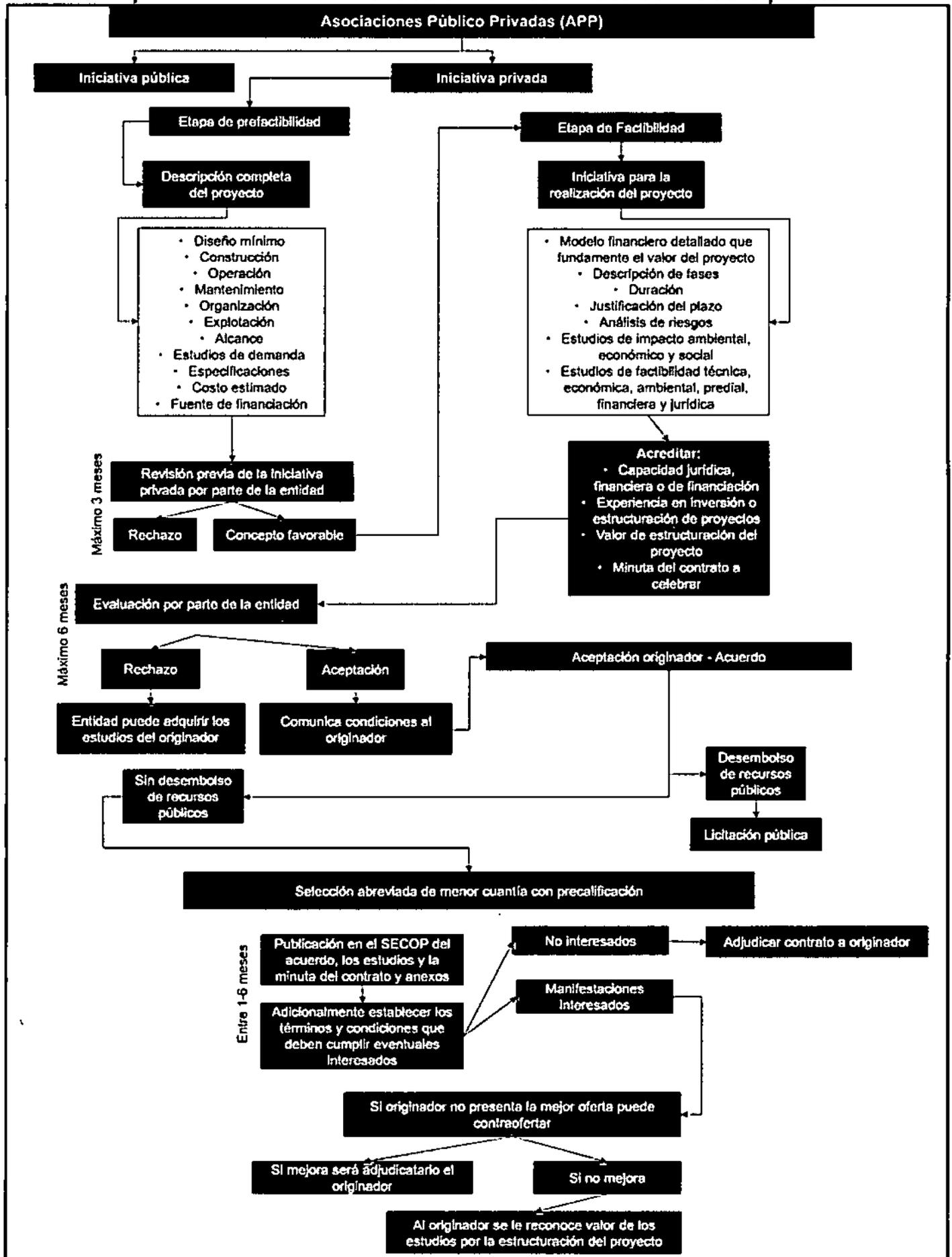
**Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.**

*Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012. (...) (Subraya y negrilla fuera de texto original) (Sólo subraya de texto original).*

Como se observa, en el caso en que en el marco del proceso de selección el originador no presente la mejor oferta de acuerdo a los criterios de evaluación fijados por la entidad, este tiene derecho a presentar una contraoferta, en los términos señalados anteriormente. Si la mejora, el contrato le será adjudicado. De no llegar a ser adjudicatario, el ganador del concurso debe pagarle el valor de los estudios elaborados para la estructuración del proyecto que hubieren sido aceptados por la entidad estatal.

"Por la cual se archiva una investigación"

**Esquema No. 1: Proceso Asociación Público Privada de iniciativa privada**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En otras palabras, si una vez surtido el proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, el originador no obtiene un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del obtenido por la propuesta mejor calificada este no tendrá la posibilidad de mejorar su oferta. Esto es

"Por la cual se archiva una investigación"

relevante en la medida en que la posibilidad que eventualmente tendría el originador de mejorar su propuesta a lo largo del proceso de selección debe cumplir con este requisito.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015, en particular en lo relacionado con las APP de iniciativa privada, procede el Despacho a exponer los momentos y etapas acontecidas en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la ANI.

### **7.3.2. Hitos del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016 adelantado por la ANI**

#### **(i) Objeto, precalificación y lista de precalificados**

Como primera medida debe indicarse que la iniciativa del proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** surgió de la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**, la cual estaba integrada por **CONALVIAS, INFRACÓN** e **ICEIN**. Es decir, surge a partir de una iniciativa privada que no requería el desembolso de recursos públicos. El objeto del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** fue:

*"La construcción, el mejoramiento y la rehabilitación de la Infraestructura existente de la Autopista Bogotá – Girardot, mediante la ampliación a tres carriles desde el peaje de Chinauta hasta el sector denominado el Muña y la ampliación a tercer carril desde el portal de entrada del Túnel de Sumapaz hasta el peaje de Chinauta en el sentido Girardot hacia Bogotá, y múltiples actuaciones que mejoran la movilidad en toda la infraestructura como pasos a desnivel y nivel en puntos críticos así como el mantenimiento y la rehabilitación desde el portal de entrada del Túnel de Sumapaz hasta Girardot y la intersección San Rafael, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato"<sup>56</sup>.*

Como se observa, a través de la ejecución contractual se buscaba **(i)** ampliar la vía a tres carriles desde el peaje de Chinauta hasta el Muña; **(ii)** ampliar a tres carriles la vía desde el portal de entrada del Túnel de Sumapaz hasta el Peaje de Chinauta en el sentido Girardot – Bogotá; y **(iii)** realizar mantenimiento y rehabilitación de la vía desde el portal de entrada del Túnel de Sumapaz hasta Girardot y la intersección San Rafael. De entre las obras que debía realizar el concesionario se encontraba la construcción de puentes y túneles. Lo anterior, con el objetivo de mejorar la calidad de la infraestructura, disminuir la accidentalidad y mejorar los costos de operación vehicular en relación con los tiempos de viaje entre Bogotá y Girardot.

Teniendo en cuenta lo anterior, el 31 de julio de 2015 la ANI, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 1508 de 2012 (al ser una APP de iniciativa privada el procedimiento que conforme a la ley le correspondía realizar a la ANI era una selección abreviada de menor cuantía con precalificación), publicó las condiciones para la eventual participación de terceros interesados. En dicho documento se establecieron los requisitos y el procedimiento de verificación de los mismos, el cual se constituyó en el proceso de precalificación de las propuestas. Ese mismo día, el **ORIGINADOR** manifestó aceptar las condiciones de aprobación fijadas en la etapa de factibilidad<sup>57</sup>.

La audiencia pública de cierre, recepción y apertura de las manifestaciones de interés se realizó el 10 de noviembre de 2015. A continuación, la lista de quienes manifestaron interés:

<sup>56</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_16495598".

<sup>57</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_16495598 "AI\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15727740.pdf".

"Por la cual se archiva una investigación"

Tabla No. 1: Presentación manifestaciones de interés al proceso de selección de la APP BOGOTÁ - GIRARDOT<sup>58</sup>

1	CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO	BENTON	75%
		CHINA GEZHOUBA	25%
2	CONSORCIO INTERAEROPUERTOS	CONSORCIO INTERAEROPUERTOS	
3	OHL		
4	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT-BOGOTÁ	CASS	50%
		CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	50%
5	ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT	INDUSTRIAL CONCONCRETO	30%
		CONCONCRETO INTERNACIONAL S.A.	70%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

Una vez recibidas las manifestaciones, el **CONSORCIO INTERAEROPUERTOS** solicitó la devolución de los documentos, toda vez que por error habían sido presentados a la **ANI** cuando iban dirigidos a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AERONÁUTICA CIVIL**. Dicha devolución fue aprobada por la **ANI**.

Una vez analizadas las manifestaciones de interés, la **ANI** les solicitó subsanar algunos aspectos. Luego de realizar un informe preliminar y definitivo de verificación de los requisitos habilitantes, la **ANI** expidió la Resolución No. 2110 del 18 de diciembre de 2015 en la que estableció la lista de precalificados del proceso e incluyó al **ORIGINADOR** de la iniciativa –esto es a la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**–, quedando de la siguiente manera:

Tabla No. 2: Lista de precalificados del proceso de selección de la APP BOGOTÁ - GIRARDOT<sup>59</sup>

No.	Manifestante	Integrantes
1	CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO	BENTON
		CHINA GEZHOUBA
2	OHL	
3	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT-BOGOTÁ	CASS
		CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE
4	ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT	INDUSTRIAL CONCONCRETO
		CONCONCRETO INTERNACIONAL S.A.
5	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL (ORIGINADOR)	INFRACÓN
		CONALVIAS
		ICEIN

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>58</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17119575".

<sup>59</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17723123".

"Por la cual se archiva una investigación"

**(ii) Aviso de convocatoria y términos y condiciones**

El 18 de marzo de 2016 fue publicado el aviso de convocatoria del proceso de selección junto con el proyecto de pliego de condiciones y sus respectivos anexos. En dicho documento se estableció que el valor máximo del contrato –equivalente al costo del proyecto establecido por el **ORIGINADOR (ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL, integrada por CONALVIAS, INFRACÓN e ICEIN)**– sería de \$2.970.703.142.426, valor que sería pagado a través del recaudo en peajes en el tiempo de operación de la concesión. El plazo estimado del contrato sería de treinta (30) años.

Luego, el 12 de abril de 2016 la **ANI** publicó la resolución de apertura del proceso –Resolución No. 520 del 11 de abril de 2016–, el pliego de condiciones definitivo, la matriz de riesgo y la documentación correspondiente al mismo.

En relación con el contenido del pliego de condiciones, considera el Despacho relevante hacer referencia al proceso de evaluación de las ofertas, haciendo énfasis en ciertos términos y condiciones, con el fin de facilitar el entendimiento de la forma en que fueron evaluadas las propuestas presentadas. Así, una vez conformada la lista de precalificados y entregadas las propuestas, la **ANI** procedería a evaluarlas. El puntaje máximo a otorgar era de mil (1000) puntos, los cuales estaban repartidos de la siguiente manera:

**Tabla No. 3: Distribución del puntaje a otorgar a las propuestas<sup>60</sup>**

Factor	Puntaje máximo
Técnico	100
Calidad	100
Incentivo a la industria nacional	100
Oferta económica	700
Total	1000

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de lo establecido en el pliego de condiciones.

En cuanto a la calificación de las ofertas, la misma se realizaría en etapas diferentes del proceso de selección. Frente al particular, el pliego de condiciones estipuló en el numeral 6.3.1. que se agotarían las siguientes fases:

*"(a) Fase 1: Durante la Fase 1 se verificarán los requisitos para determinar una Oferta Hábil, además de evaluar los documentos que otorguen puntaje, con excepción de la Oferta Económica, mediante el análisis de los documentos contenidos en los sobres No. 1 de cada una de las Ofertas (...). En esta fase se determinarán cuáles son las Ofertas Hábiles y se otorgará el puntaje correspondiente a la Oferta.*

*(b) Fase 2: Publicado el informe y resueltas las observaciones al mismo, incluyendo las contraobservaciones, los Oferentes que resultaron hábiles deberán adjuntar el cupo de crédito específico para este proceso de selección (...). El Oferente que no allegue el cupo de crédito específico, de acuerdo al Anexo 15, no se le realizará la apertura del sobre económico, y su Oferta será rechazada por no cumplir los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones.*

*(c) Fase 3: La tercera fase corresponderá a la evaluación de la Oferta Económica, la cual será desarrollada en audiencia pública. En dicha audiencia se procederá a la apertura de los sobres No. 2 y a la realización de la evaluación económica, corriendo el traslado de la misma a los proponentes para que presenten observaciones y contraobservaciones en el mismo acto público, siguiendo para tales efectos lo señalado en el numeral 6.7. de este Pliego de Condiciones.*

*En el caso en que el originador no obtenga el mejor puntaje se procederá así:*

<sup>60</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028".

"Por la cual se archiva una investigación"

*De conformidad con el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015 si el puntaje obtenido es igual o mayor al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, el originador tendrá derecho a mejorar su oferta.*

*Si el puntaje obtenido por el originador es menor al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, el originador no tendrá derecho a mejorar su oferta y en consecuencia se adjudicará al proponente con la oferta mejor calificada*

*(d) Fase 4: Mejoramiento de la oferta por el originador del proyecto: El originador del proyecto podrá ejercer la opción de mejora de la oferta, conforme el literal c) anterior, la cual deberá ser presentada dentro del término establecido para tal fin de conformidad con el numeral 2.2. de este pliego de condiciones"<sup>61</sup>.*

En este orden de ideas, en la Fase 1 la entidad determinaría si una oferta era hábil o no y evaluaría los documentos que otorgaban puntaje, es decir, en este punto se sabría cuántos puntos tendría cada proponente en lo relacionado con la oferta técnica, el factor de calidad y el incentivo a la industria nacional. En la Fase 2 se verificaría la entrega de la certificación del cupo de crédito específico, so pena de configurarse el rechazo de la oferta por no cumplir tal requisito. En la Fase 3 se realizaría la apertura y evaluación de la oferta económica en audiencia pública. Finalmente, de llegar a cumplir los presupuestos para la opción de mejora de la oferta del **ORIGINADOR**, se agotaría la Fase 4.

En línea con lo anterior, una oferta sería hábil siempre y cuando el respectivo proponente acreditara el cumplimiento de la totalidad de los requisitos habilitantes, hecho que además traería como consecuencia el derecho a ser objeto de evaluación la oferta económica (numeral 6.4. del pliego de condiciones). Así, una vez la entidad declaraba que una oferta era hábil —en esa Fase 1— procedería con el otorgamiento del puntaje respectivo por la oferta técnica, el factor de calidad y el incentivo a la industria nacional.

En relación con la oferta técnica, la **ANI** otorgaría el puntaje conforme los siguientes factores (numeral 6.5. del pliego de condiciones):

**Imagen No. 1: Factores puntaje oferta técnica<sup>62</sup>**

<b>PORCENTAJE DE PERSONAL CALIFICADO Y NO CALIFICADO DE LA ZONA DE INFLUENCIA DEL PROYECTO [Medido en términos de % referido a la totalidad del personal del Contrato]</b>	<b>PUNTAJES</b>
≥ 30% de personal de la zona de influencia del Proyecto	<b>100 PUNTOS</b>
30 % > x ≥ 20 % de personal de la zona de influencia del Proyecto	<b>66 PUNTOS</b>
20 % > x ≥ 10 % de personal de la zona de influencia del Proyecto	<b>33 PUNTOS</b>
< 10% de personal de la zona de influencia del Proyecto	<b>0 PUNTOS</b>

**Fuente:** Información contenida en el pliego de condiciones.

Por su parte, frente al puntaje por el factor calidad de la oferta la **ANI** tendría en cuenta los siguientes puntos (numeral 4.5. del pliego de condiciones):

<sup>61</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20265578.pdf", p. 69 y 70.

<sup>62</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028".

"Por la cual se archiva una investigación"

**Tabla No. 4: Puntaje factor de calidad<sup>63</sup>**

Factor de Calidad	Puntaje
Obras Adicionales de acuerdo con lo indicado en el Apéndice Técnico No. 1, numeral 5.2.1 (Obras Prioritarias y Obras Generales)	80
Uso de caucho reciclado de acuerdo con lo indicado en el Apéndice Técnico No. 1, numeral 5.2.2	20

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de la información contenida en los pliegos de condiciones.

En relación con el puntaje por el incentivo a la industria nacional, la ANI verificaría lo siguiente:

**Tabla No. 5: Puntaje incentivo industria nacional para oferentes de origen extranjero<sup>64</sup>**

COMPONENTE NACIONAL OFRECIDO	PUNTAJE
El 100% de componente nacional incorporado	100 PUNTOS
Entre 80% y 99% de componente nacional	80 PUNTOS
Entre 60% y 79% de componente nacional	50 PUNTOS
Entre 40% y 59% de componente nacional	30 PUNTOS
Entre el 20% y el 39% de componente nacional	15 PUNTOS
Entre el 0% y el 19% de componente nacional	0 PUNTOS

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de la información contenida en los pliegos de condiciones.

Las Fases 2 y 3 se adelantaron el 12 de agosto de 2016, día en el que se llevó a cabo la apertura de las ofertas económicas en audiencia pública. Frente a este particular, resulta de especial importancia indicar que los pliegos de condiciones, en relación con el mecanismo de adjudicación de puntaje por la oferta económica, establecieron distintas fórmulas para la determinación del orden de elegibilidad de los proponentes en relación con el valor de su propuesta económica, así:

"(a) Si existieran dos (2) Ofertas Hábiles, una vez consignados los valores de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles en el tablero o en la proyección destinada a tales efectos se calculará el límite inferior como el 90% de la media, de la siguiente manera:

$$\text{Límite inferior} = 90\% * X$$

Donde,

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
---	---

- (b) Serán rechazadas aquellas Ofertas cuya Oferta Económica resulte menor al límite inferior.
- (c) La media X será el resultado de aplicar la metodología correspondiente a la Media Geométrica Ajustada, así:
- i) Media Geométrica Ajustada: Consiste en la determinación de la media geométrica ajustada de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$X = \sqrt[m+n]{VO^m * P_1 * P_2 * \dots * P_n}$$

<sup>63</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028".

<sup>64</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028".

"Por la cual se archiva una investigación"

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
$P_i$	Valor de cada una de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
VO	Valor máximo de las Ofertas Económicas, de acuerdo con el numeral 1.4.48.
M	Número de veces que se incluirá el valor máximo de las Ofertas Económicas VO. Por dos (2) Ofertas Económicas Hábiles se incluirá dos (2) veces el valor máximo de las Ofertas Económicas VO <sup>65</sup> .

(...)

"(a) Si existiera (sic) tres (3) Ofertas Hábiles, una vez consignados los valores de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles en el tablero o en la proyección destinada a tales efectos se calculará el límite inferior como el 90% de la media, de la siguiente manera:

$$\text{Límite inferior} = 90\% * X$$

Donde,

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
---	---

(b) Serán rechazadas aquellas Ofertas cuya Oferta Económica resulte menor al límite inferior.

(c) La media X será el resultado de aplicar la metodología correspondiente a la Media Geométrica Ajustada, así:

i) Media Geométrica Ajustada: Consiste en la determinación de la media geométrica ajustada de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$X = \sqrt[m+n]{VO^m * P_1 * P_2 * \dots * P_n}$$

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
$P_i$	Valor de cada una de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
VO	Valor máximo de las Ofertas Económicas, de acuerdo con el numeral 1.4.48.
M	Número de veces que se incluirá el valor máximo de las Ofertas Económicas VO. Por tres (3) Ofertas Económicas Hábiles se incluirá una (1) vez el valor máximo de las Ofertas Económicas VO. <sup>66</sup>

(...)

<sup>65</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028", p. 78 y 79.

<sup>66</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028", p. 78 y 79.

"Por la cual se archiva una investigación"

- "(a) Si existiera (sic) más de tres (3) Ofertas Hábiles, una vez consignados los valores de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles en el tablero o en la proyección destinada a tales efectos se calculará el límite inferior como el 90% de la media, de la siguiente manera:

$$\text{Límite inferior} = 90\% * X$$

Donde,

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
---	---

- (b) Serán rechazadas aquellas Ofertas cuya Oferta Económica resulte menor al límite inferior.
- (c) La media X será el resultado de aplicar la metodología correspondiente a la alternativa seleccionada, de acuerdo con el procedimiento que se explica a continuación. En desarrollo de la audiencia, se realizará un sorteo por balotas a través del cual se determinará el método que se utilizará para determinar el valor de la media X entre las siguientes alternativas: Media Aritmética con Mediana (Alternativa 1), Media Aritmética (Alternativa 2), o Media Geométrica Ajustada (Alternativa 3). Al efecto, se depositarán tres balotas y se procederá a sortear en primer lugar, el número de balota que le corresponderá a cada alternativa, y posteriormente se sorteará la alternativa correspondiente a la metodología para el cálculo de la media X.
- i) **Media Aritmética con Mediana:** Consiste en la determinación del promedio aritmético de las Ofertas Hábiles de acuerdo con la metodología siguiente.

Los valores de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles serán ordenadas de manera ascendente (de menor a mayor), se calculará la mediana de éstos como el valor intermedio de la serie en el caso de tratarse de una serie con un número impar de elementos, o el promedio simple de los dos valores centrales en el caso de tratarse de una serie con un número par de elementos.

Una vez calculada la mediana, será calculada la media aritmética de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles, esto es, el resultado de la sumatoria de las Ofertas Económicas de las Ofertas Hábiles, dividido en el número total de Ofertas Hábiles, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^n P_i}{n}$$

Donde,

$\bar{X}$	Media aritmética.
$P_i$	Valor de cada una de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.

Una vez calculada la mediana y la media aritmética, se calculará la Media Aritmética Mediana, de conformidad con la siguiente fórmula:

$$X = \frac{\bar{X} + Me}{2}$$

Donde,

X	Valor de la Media, en caso de que la Alternativa seleccionada sea la Media Aritmética Mediana.
---	--

"Por la cual se archiva una investigación"

$\bar{X}$	Media Aritmética obtenido a partir del valor de total de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
Me	Mediana obtenida del valor de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.

- ii) *Media Aritmética:* Consiste en la determinación de la media aritmética de las Ofertas Económicas Hábiles, de acuerdo con la fórmula siguiente.

$$\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^n P_i}{n}$$

$\bar{X}$	Media aritmética.
$P_i$	Valor de cada una de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.

- iii) *Media Geométrica Ajustada:* Consiste en la determinación de la media geométrica ajustada de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$X = \sqrt[m+n]{VO^m * P_1 * P_2 * P_3 \dots * P_n}$$

X	Valor de la media que resulte de aplicar el procedimiento descrito en el literal siguiente.
$P_i$	Valor de cada una de las Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
N	Número de Ofertas Económicas, de las Ofertas Hábiles.
VO	Valor máximo de las Ofertas Económicas, de acuerdo con el numeral 1.4.48.
M	Número de veces que se incluirá el valor máximo de las Ofertas Económicas VO. Por cada tres (3) Ofertas Económicas Hábiles se incluirá una vez el valor máximo de las Ofertas Económicas VO, así: Si $4 \leq n \leq 6$ , $m=2$ ; Si $6 < n \leq 9$ , $m=3$ ; Si $n=10$ , $m=4$ <sup>67</sup> .

Una vez aplicado el procedimiento de evaluación descrito, los setecientos (700) puntos serían asignados a la oferta económica con el menor valor que se encontrara por encima del límite inferior calculado. Para la asignación de puntaje a las demás ofertas económicas no rechazadas, se aplicaría la siguiente regla:

"[S]e les asignará el puntaje respectivo utilizando la siguiente fórmula:

$$P_n = \frac{(VPE * 700)}{VPE_n} - 60$$

<sup>67</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028", p. 78 y 79.

"Por la cual se archiva una investigación"

Donde,

$P_n$	Puntaje de la Oferta Económica de la Oferta "n".
$VPE_n$	Valor de la Oferta Económica de la Propuesta "n" que al haberse aplicado el procedimiento descrito en los numerales 6.9.6, 6.9.8 y 6.9.10 de este Pliego de Condiciones no hubiere sido rechazada.
VPE	Valor de la Oferta Económica de menor valor que al haberse aplicado el procedimiento descrito en los numerales 6.9.6, 6.9.8 y 6.9.10 de este Pliego de Condiciones no hubiere sido rechazada <sup>68</sup> .

En este punto se verificaría si el puntaje obtenido por el **ORIGINADOR** resultaba ser mayor o igual o menor al de la propuesta mejor calificada, lo cual determinaría que se pasara a la Fase 4 y, por ende, se activara el derecho del **ORIGINADOR** a mejorar su oferta –hecho que no ocurrió como se explicará más adelante–.

Teniendo claridad sobre los mencionados aspectos del pliego de condiciones, continúa el Despacho con el recuento cronológico de los hitos del proceso de selección.

El 19 de abril de 2016 se adelantó la audiencia de aclaración al pliego de condiciones y asignación de riesgos. Posteriormente, el 13 de mayo y 7, 8 y 11 de julio de publicaron en el **SECOPI** las matrices de respuesta de las observaciones presentadas al pliego.

### (iii) Cierre del proceso de selección y verificación de requisitos habilitantes

El pliego de condiciones definitivo del proceso de selección fue publicado sin marcas el 1 de julio de 2016. Luego, el 11 de julio de 2016 se realizó la audiencia pública de cierre, recepción y apertura de las siguientes propuestas –sobres No. 1–:

Tabla No. 6: Presentación propuestas<sup>69</sup>

No.	Interesado	Integrantes	Porcentaje participación
1	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL (ORIGINADOR)	CONALVIAS	25%
		INFRACÓN	25%
		ICEIN	25%
		HERDOIZA CRESPO	25%
2	ESTRUCTURA PLURAL VÍAS DEL DESARROLLO	BENTON S.A.S.	75%
		CHINA GEZHOUBA	25%
3	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	50%
		CASS	50%
4	OHL	Proponente individual	100%
5	ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT	CONSTRUCTORA CONCRETO	75%
		INDUSTRIAL CONCRETO	25%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

El 26 de julio de 2016 la **ANI** publicó el Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes en el que se solicitó a los proponentes subsanar, respectivamente, lo siguiente:

<sup>68</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028", p. 84.

<sup>69</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20380900".

"Por la cual se archiva una investigación"

Imagen No. 2: Solicitudes de Subsanción<sup>70</sup>

PROPUESTAS		SOLICITUD	RESPUESTA
01	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -EN EL ANEXO 14 CUPO DE CRÉDITO GENERAL NO SE INDICA EL NOMBRE DEL BANCO	PENDIENTE
02	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO - EL DOCUMENTO EN EL CUAL CONSTE EL REPRESENTANTE LEGAL DEL BANCO REQUIERE TRAMITE DOCUMENTO DEL EXTERIOR ( LEGALIZACIÓN)	PENDIENTE
03	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA -CARTA DE PRESENTACIÓN: Modificar el literal T - NO SE APORTA EL ANEXO 17 CARTA INTENCION FIDUCIARIA CAPACIDAD JURIDICA -NO SE APORTA LA GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EXIGIDA EN EL NUMERAL 3.8 CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -NO SE ANEXA EL CUPO DE CRÉDITO GENERAL	PENDIENTE
04	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -AL HACER LA CONVERSION A PESOS CONSTANTES, SEGUN EL MES DE REFERENCIA ARROJA UN VALOR INFERIOR AL EXIGIDO	PENDIENTE
05	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA - LA CARTA DE PRESENTACIÓN (ANEXO 2NO MENCIONA LA ADENDA No. 2	PENDIENTE

\*\* Estructura Plural con miembro nuevo

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Informe Preliminar Verificación de Requisitos Habilitantes).

Como se observa, entre los requisitos que debían subsanar los proponentes se encontraba la necesidad de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) aportara la certificación del cupo de crédito. A su vez, se estableció que el nuevo integrante de la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS, INFRACON e ICEIN**), esto es **HERDOIZA CRESPO**, cumplía con la capacidad jurídica exigida por los pliegos de condiciones.

Todos los proponentes, a excepción de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) subsanaron los requisitos exigidos por la **ANI**.

El 8 de agosto de 2016 la **ANI** publicó el Informe Definitivo de Requisitos Habilitantes, estableciendo el puntaje obtenido por los proponentes frente a tres (3) de los elementos que otorgaban puntaje (solo quedaba faltando la calificación de la oferta económica): la oferta técnica, el factor de calidad y los bienes y servicios nacionales. El resultado fue el siguiente:

Imagen No. 3: Puntaje y verificación requisitos habilitantes<sup>71</sup>

PROPUESTAS	OFERTA TÉCNICA Anexo 9	FACTOR DE CALIDAD Anexo 19	BIENES Y SERVICIOS NACIONALES	TOTAL	
01	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL	100	100	100	300
02	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	100	100	100	300
03	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	NO HÁBIL			
04	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	100	100	100	300
05	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	100	100	100	300

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Informe Definitivo verificación de requisitos habilitantes).

Lo anterior permite establecer que la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) fue declarada no hábil debido a que no presentó el cupo de crédito ni la garantía de seriedad de la propuesta. El cupo de crédito, de acuerdo a lo establecido en el literal (g) del numeral 2.1.2. de los pliegos de condiciones, era un requisito para que la entidad estatal evaluara la oferta presentada. Igualmente los numerales

<sup>70</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20598361".

<sup>71</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_2079685420598361".

"Por la cual se archiva una investigación"

3.10.1. y 3.10.2. señalaban la necesidad y las características que debían tener los certificados de cupo de crédito general y cupo de crédito específico. De la misma forma el literal (o) del numeral 7.6.1. señalaba que serían rechazadas las ofertas cuando "el oferente no allegue los requerimientos de Subsane de conformidad con el numeral 5.5. de este Pliego de Condiciones, dentro del término preclusivo y perentorio que al efecto les fije la ANI en la respectiva solicitud, so pena de rechazo de la Oferta"<sup>72</sup>. Finalmente, el literal (b) del numeral 6.3.1. establecía que:

*"Publicado el informe y resueltas las observaciones al mismo, incluyendo las contra observaciones, los Oferentes que resultaron hábiles deberán adjuntar el cupo de crédito específico para este proceso de selección, de acuerdo con el Anexo 15, en el plazo establecido en el numeral 2.2. del Pliego de Condiciones. El Oferente que no allegue el cupo de crédito específico, de acuerdo al Anexo 15, no se le realizará la apertura del sobre económico, y su Oferta será rechazada por no cumplir los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Teniendo en cuenta lo establecido en los pliegos de condiciones, la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS**) no sería tenida en cuenta por la **ANI** al momento de aplicar la fórmula de adjudicación.

#### (iv) Apertura, evaluación ofertas económicas y adjudicación del contrato

El 12 de agosto de 2016 la **ANI** realizó la audiencia de apertura de las propuestas económicas (sobre No. 2). En esta se dio lectura a los antecedentes del proceso de selección, se leyó el Informe Final de Evaluación de las propuestas, se otorgó el uso de la palabra a los voceros de los proponentes para que se pronunciaran únicamente en relación con el Informe de Evaluación publicado el 8 de agosto de 2016 y las observaciones relacionadas con los cupos de crédito específicos, se les permitió a los voceros ejercer el derecho a réplica respecto a las observaciones, la **ANI** respondió las observaciones realizadas por los proponentes, se dio apertura de los sobres que contenían las ofertas económicas, se asignó el puntaje a estas, se determinó el orden de elegibilidad y se adjudicó el contrato, entre otras.

En la apertura de las ofertas económicas se verificaron los siguientes valores formulados por los proponentes:

Imagen No. 4: Valores ofertas económicas<sup>73</sup>

No. Oferta	Proponente	VPIP FORMULADO
1	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL BOGOTA GIRARDOT	2,970,703,142,426
2	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	2,043,800,000,888
3	OHL CONCESIONES COLOMBIA SAS	2,807,314,469,593
4	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	2,375,671,302,998
Total Ofertas Válidas		4

Fuente: Acta audiencia de apertura de Sobre No. 2 Oferta Económica y adjudicación del proceso.

Dado que el total de ofertas hábiles fue mayor a tres (3), la **ANI** dio aplicación a lo establecido en los numerales 6.9.9. y 6.9.10. de los pliegos de condiciones. Igualmente, la **ANI** realizó el procedimiento

<sup>72</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20265578.pdf, p. 101.

<sup>73</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20947064".

"Por la cual se archiva una investigación"

establecido en el literal (c) del numeral 6.9.10, según el cual se depositarían tres balotas y se procedería a (i) sortear el número de la balota que correspondería a cada una de las tres alternativas de evaluación –media aritmética con mediana, media aritmética y media geométrica ajustada– y (ii) sortear la alternativa correspondiente a la metodología para el cálculo de la media que se utilizaría - que determinaría el otorgamiento de los setecientos (700) puntos de la oferta económica-.

Una vez adelantado el procedimiento descrito, la media que resultó seleccionada de manera aleatoria fue la media aritmética, la cual una vez aplicada a los valores de las propuestas habilitadas dio como resultado **\$2.549.372.228.976**. Por su parte, conforme el literal (a) del numeral 6.9.10. se estableció que el límite inferior, el cual determinaría las ofertas que por debajo de ese valor serían rechazadas, sería del 90% de la media aritmética, que en cifras correspondió al valor de **\$2.294.435.006.079**.

Con fundamento en lo anterior, el resultado de calificación de las propuestas fue el siguiente:

**Tabla No. 7: Calificación de las propuestas<sup>74</sup>**

	Proponente	VPIP	% respecto al VPIP	Puntaje
1	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL (ORIGINADOR)	\$2,970,703,142,426	100%	499.79
2	ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO	\$2,043,800,000,888	68.799%	Rechazada
3	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT-BOGOTÁ	N/A	0	N/A
4	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	\$2,807,314,469,593	94,5%	532.37
5	ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT	\$2,375,671,302,998	79.97%	700.00

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información contenida en folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

De acuerdo con el resultado obtenido, la propuesta del **ORIGINADOR** –esto es de la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVÍAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**)– quedó eliminada, la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) fue rechazada por haber quedado por debajo del límite inferior y los setecientos (700) puntos fueron adjudicados a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), quien estableció el menor valor por encima de la media aritmética (\$2.375.671.302.998).

En esa medida, la **ANI**, mediante Resolución No. 1234 del 12 de agosto de 2016 adjudicó el contrato a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** integrada por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO** por un valor de **DOS BILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$2.375.671.302.998)**.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el numeral 7.3.1.<sup>75</sup> de los pliegos de condiciones establecía que el adjudicatario del contrato debía constituir una sociedad de objeto único (SPV) que sería la concesionaria, las integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**, esto es **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO**, constituyeron la sociedad **VÍA 40 EXPRESS** el 16 de septiembre de 2016.

El contrato de concesión No. 4 fue suscrito el 18 de octubre de 2016 por la **ANI** y **VÍA 40 EXPRESS**.

<sup>74</sup> Información tomada del folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20947017".

<sup>75</sup> Pliegos de condiciones, numeral 7.3.1.: "7.3.1. Dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión".

“Por la cual se archiva una investigación”

Finalmente, resulta relevante indicar que, con posterioridad a la constitución de **VÍA 40 EXPRESS** y a la suscripción del contrato, **VINCI** adquirió el 50% de las acciones de la misma, quedando la participación accionaria de la siguiente manera:

**Tabla No. 8: Composición accionaria de VÍA 40 EXPRESS<sup>76</sup>**

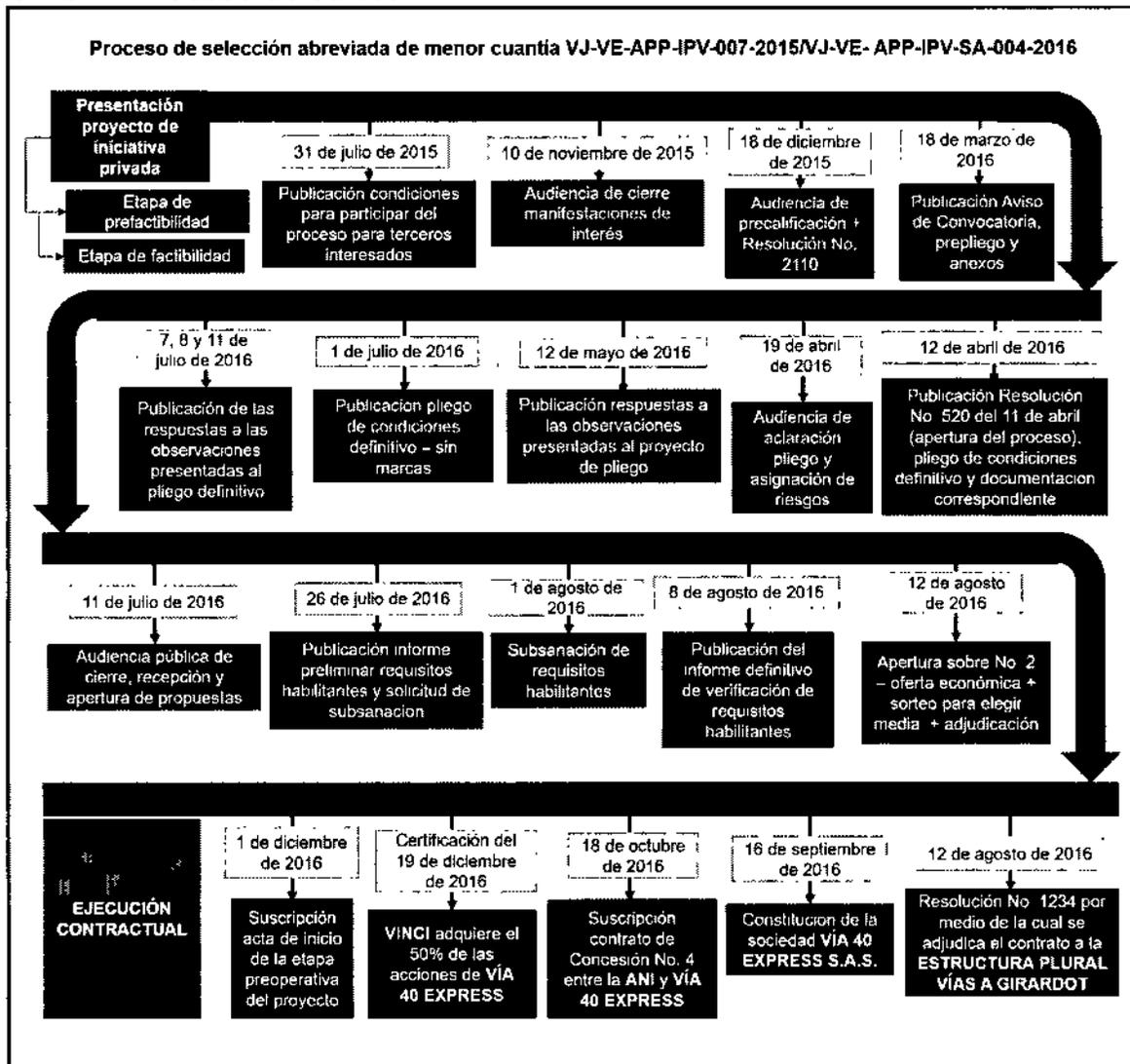
	Socio	Porcentaje de participación
1	<b>CONSTRUCTORA CONCONCRETO</b>	25%
2	<b>INDUSTRIAL CONCONCRETO</b>	25%
3	<b>VINCI</b>	50%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

El 1 de diciembre de 2016 se suscribió el acta de inicio de la etapa preoperativa del Proyecto.

Los hitos del proceso de selección antes descritos pueden observarse de manera más ilustrativa en el siguiente esquema:

**Esquema No. 2: Proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2016**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas obrantes en el Expediente.

Teniendo en cuenta estas consideraciones preliminares, el Despacho pasará a analizar el caso objeto de investigación con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas. Posteriormente, se harán algunas consideraciones adicionales en torno al intercambio, suministro y

<sup>76</sup> De acuerdo con la información contenida en el Registro Único Empresarial y Social (RUES)<sup>76</sup> página web [www.rues.org.co](http://www.rues.org.co), registro mercantil. Corroborado por lo indicado en las observaciones al Informe Motivado presentadas por **INDUSTRIAL CONCONCRETO**, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, obrante a folio 9790 del cuaderno público No. 39 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

uso de información entre competidores y se dará respuesta a las observaciones presentadas por los terceros interesados al Informe Motivado.

#### **7.4. Conductas investigadas**

Al momento de abrir investigación y formular pliego de cargos, la Delegatura consideró que existían suficientes elementos de juicio que permitían de manera preliminar concluir que **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, BENTON, CHINA GEZHOUBA, VINCI** y **VÍA 40 EXPRESS** se habrían coludido al interior del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**, violando así el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Esta disposición normativa establece:

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

(...)

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

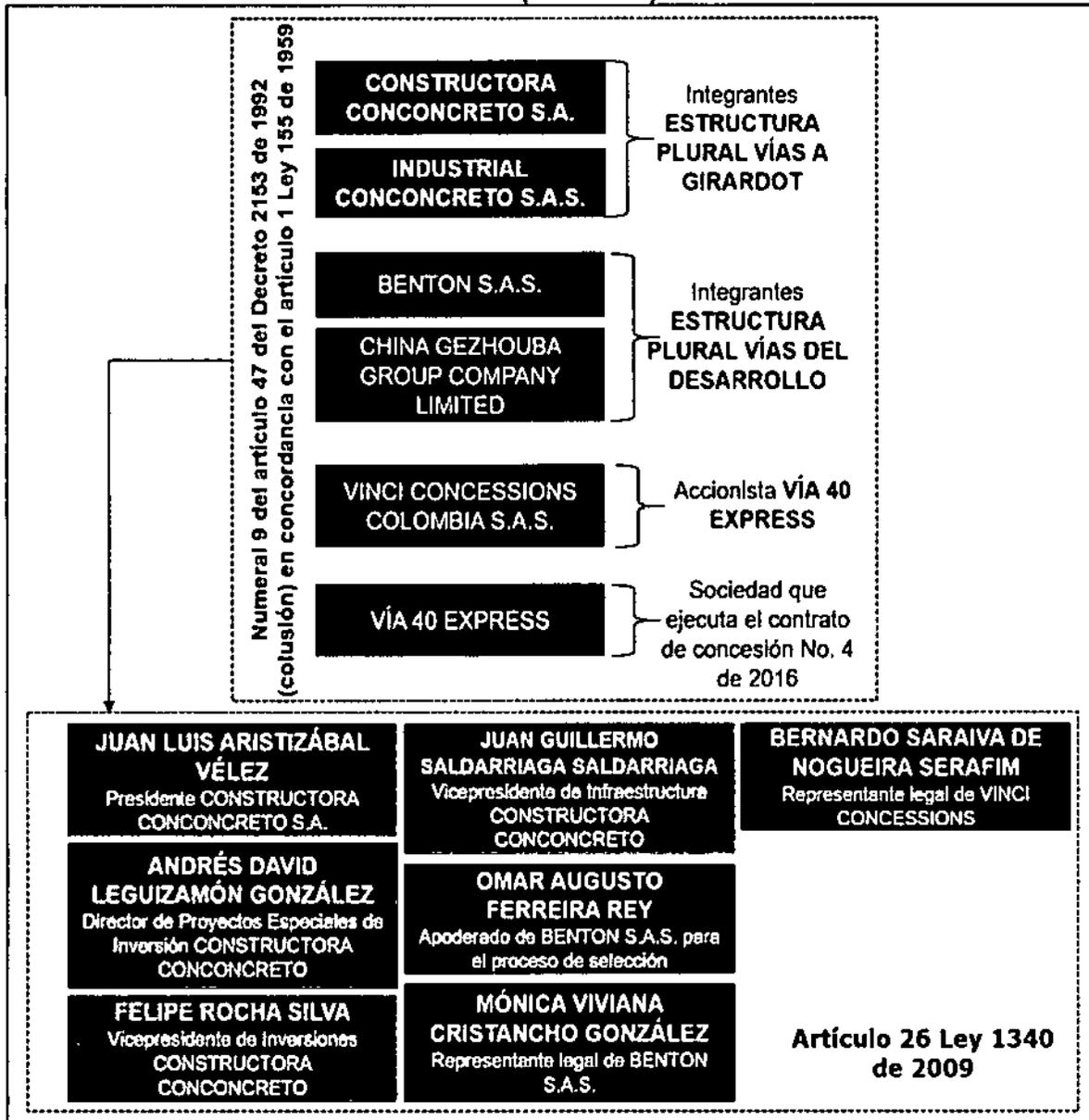
Por otro lado, consideró la Delegatura que existían pruebas suficientes para aseverar que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE, CASS, CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO** y **VINCI** habrían actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al haber suministrado y haber utilizado de forma indebida información sensible en el marco del mismo proceso de selección adelantado por la **ANI**. El referido artículo dispone que:

*"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, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas. (...)"*

El gráfico a continuación muestra las personas investigadas –con las conductas imputadas– junto al rol que jugaron en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI**:

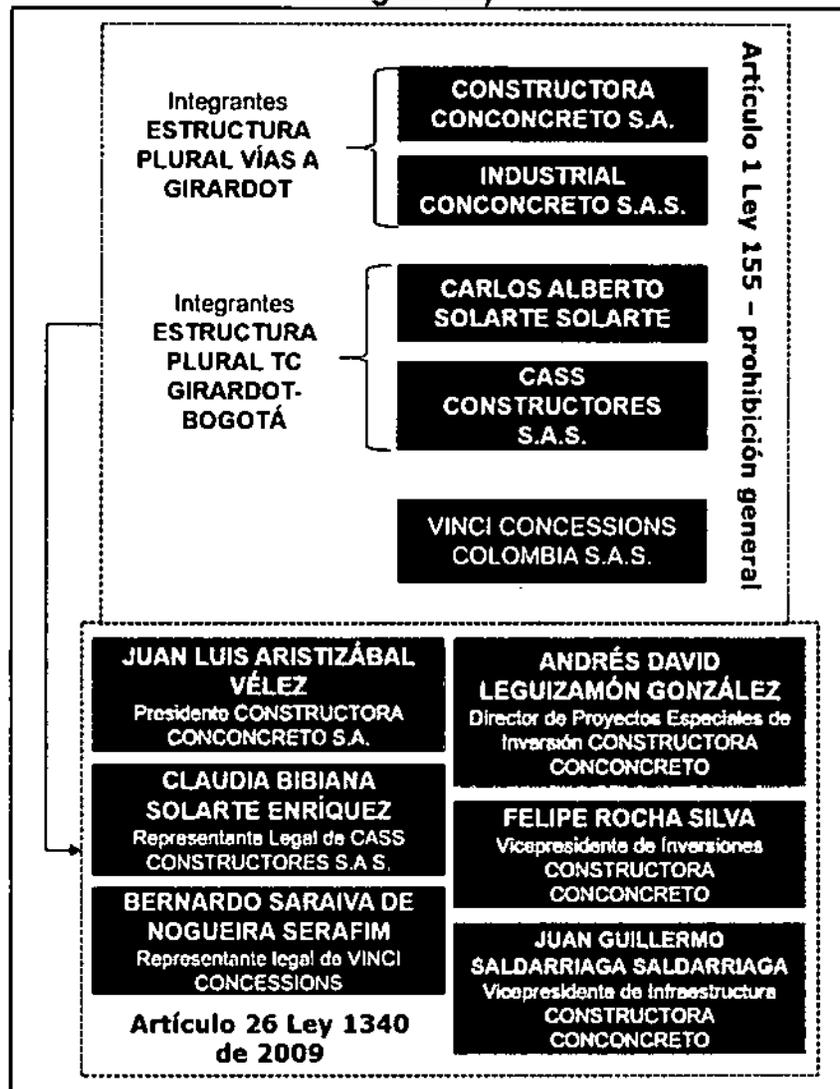
"Por la cual se archiva una investigación"

**Esquema No. 3: Investigados en relación con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión)**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se archiva una investigación"

**Esquema No. 4: Investigados en relación con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)**

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Teniendo en cuenta que en el presente caso el Informe Motivado concluyó que no se configuraron las conductas restrictivas de la competencia investigadas, motivo por el cual se recomendó archivar la investigación y, después de valorar las pruebas obrantes en el Expediente, este Despacho encuentra que comparte el juicio presentado por la Delegatura. Lo anterior, en la medida en que no existen pruebas dentro del Expediente que demuestren la ejecución de prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de los agentes de mercado investigados al interior del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016. Por tal motivo procederá a archivar la investigación.

Frente a la imputación formulada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión) el Despacho dará aplicación al inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece:

***Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas.***

(...)

*Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.*

(...)"

"Por la cual se archiva una investigación"

Teniendo en cuenta lo previsto en esta norma, el Despacho acogerá la recomendación y el análisis presentado por la Delegatura en el Informe Motivado, resumiendo las pruebas que sustentan la decisión de archivo

Frente a la imputación formulada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el Despacho acogerá la recomendación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Sin embargo, realizará un análisis exhaustivo del material probatorio obrante en el Expediente respecto de este cargo.

#### **7.4.1. Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión)**

Frente a la conducta imputada a **INDUSTRIAL CONCONCRETO, CONSTRUCTORA CONCONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**, investigada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, concluyó la Delegatura que:

*"[N]o existen elementos suficientes que permitan evidenciar que las propuestas presentadas por la estructura plural **VÍAS A GIRARDOT** —integrada por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCONCRETO**— y la estructura plural **VÍAS DEL DESARROLLO** —integrada por **CGGC** y **BENTON**— hubieran sido complementarias en razón de un acuerdo restrictivo de la competencia en la modalidad establecida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992"<sup>77</sup>.*

Después de valorar las pruebas obrantes en el Expediente, encuentra el Despacho que los hechos que sirvieron para arribar a tal conclusión están probados, motivo por el cual comparte plenamente los argumentos esgrimidos por la Delegatura y el análisis realizado. Así bien, el archivo de este cargo se sustenta en los siguientes hechos:

- **INDUSTRIAL CONCONCRETO** únicamente participó en la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) con la finalidad de acreditar ciertos requisitos habilitantes. En tal sentido, no fue participe activo de la elaboración y establecimiento del valor de la oferta económica. Esta situación encuentra fundamento en el testimonio de **MARÍA CLARA TIRADO MESA** (Representante Legal de **INDUSTRIAL CONCONCRETO** para la época de los hechos) rendido durante la etapa probatoria<sup>78</sup>.

Igualmente, encuentra este Despacho que durante los testimonios rendidos durante la etapa de averiguación preliminar, tanto **MARÍA CLARA TIRADO MESA** (Representante Legal de **INDUSTRIAL CONCONCRETO** para la época de los hechos)<sup>79</sup> como **JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE** (Gerente Unidad de Negocio **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**)<sup>80</sup> refirieron el mismo hecho.

- El valor de la propuesta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) fue definido de manera conjunta por **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** y **VINCI** teniendo en cuenta ejercicios realizados por cada una de ellas y la asesoría de firmas externas. Este hecho, está soportado por lo señalado en las declaraciones y testimonios de: (i) **JAIRO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ** (Director de Proyectos Especiales de Infraestructura de

<sup>77</sup> Folio 9559R del cuaderno público No. 39 del Expediente (Informe Motivado, p. 78).

<sup>78</sup> Folio 8347 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-080819P2", archivo "0 - 2019-08-08 15-33-00-084". Min: 7:10, 8:14, 8:48, 9:12 y 9:40.

<sup>79</sup> Folio 450 del cuaderno público No. 4 del Expediente, carpeta "GRABACIONES\_2", archivo "MARIA CLARA TIRADO - REPRESANTE LEGAL". Min: 6:50.

<sup>80</sup> Folio 450 del cuaderno público No. 4 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "JUAN FELIPE JARAMILLO URIBE - GERENTE". Min: 9:15.

**CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>81</sup>; (ii) **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**)<sup>82</sup>; (iii) **JOSÉ MIGUEL LYON ALDUNATE** (Director de Estructuración Financiera para Latinoamérica de **VINCI** para la época de los hechos)<sup>83</sup>; (iv) **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>84</sup>; y (v) **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>85</sup>.

Así mismo, varias pruebas documentales contribuyen a acreditar la situación en comento. Estas son:

(i) Correo electrónico con el asunto "*3er carril/Bogotá Girardot Comité de Bouclage*"<sup>86</sup> del 17 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje<sup>87</sup>, en los que se encuentra corroborado que en un comité especial —el Comité de Bouclage— de **VINCI** en París discutirán los temas señalados en la presentación (descripción de la oportunidad, proceso de licitación y contrato de concesión, panorama competitivo y "*nuestra oferta*");

(ii) Correo electrónico con el asunto "*Comité de Bouclage "Bogotá-Girardot, Colombia"*"<sup>88</sup> del 27 de junio de 2016 y la tabla de contenido de la presentación en PowerPoint adjunta al mensaje<sup>89</sup>, de los que se observa que el Comité de Bouclage se reuniría nuevamente con el fin de discutir otra vez algunos de los temas ya comentados, adicionando la distribución de riesgos del proyecto;

(iii) Correo electrónico con el asunto "*Informe de la comisión de riesgos Vinci Concessions Bogotá —Girardot*"<sup>90</sup>, del 5 de julio de 2016<sup>91</sup>, en el que se encuentran algunos comentarios relacionados con el proceso de selección objeto de investigación así como el establecimiento de los principales riesgos del proyecto;

(iv) Presentación en PowerPoint realizada en el Comité de Riesgos el 5 de julio de 2016<sup>92</sup>, conforme la cual se corrobora que un comité distinto al anteriormente mencionado —el Comité de Riesgos— analizó la TIR del proyecto, así como los porcentajes respecto al VPIP del **ORIGINADOR** a los cuales podrían presentarse para garantizar la TIR definida;

<sup>81</sup> Folio 8224 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-233755-240719P2", archivo "0 - 2019-07-24 13-05-04-114". Min: 10:05, 26:43 y 28:50.

<sup>82</sup> Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente. Folio 8560 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P2", archivo "0 - 2019-08-30 13-16-57-049". Min: 24:40 y 41:23.

<sup>83</sup> Folio 8277 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-290719P2", archivo "0 - 2019-07-29 15-49-45-078". Min: 17:08.

<sup>84</sup> Folio 8548 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-290819", archivo "0 - 2019-08-29 10-43-41-040". Min: 38:20 y 38:49.

<sup>85</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 17:44.

<sup>86</sup> Folio 3751 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>87</sup> Folio 3752 a 3834 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>88</sup> Folio 4879 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>89</sup> Folio 4881 a 4958 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>90</sup> Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>91</sup> Folio 3996 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>92</sup> Folio 4050 a 4101 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

(v) Correo electrónico con el asunto "*PPT Steering Committee 3er carril*"<sup>93</sup>, del 22 de abril de 2016<sup>94</sup> y la tabla de contenido de la presentación adjunta a ese correo<sup>95</sup>, documentos de los cuales se desprende que otro comité más –*Steering Committee*– discutió los siguientes temas del proyecto: descripción, "*calendario de adjudicación*", "*cronograma interno*", "*presupuestos asesores*", "*situación del originador*", "*criterio de adjudicación*", "*ingresos del proyecto*", "*principales inquietudes elevadas a la ANI*", "*próximos pasos y principales (go/no go)*";

(vi) Correo electrónico con el asunto "*DTF FINAL para escenarios*", del 8 de julio de 2016<sup>96</sup>, enviado por **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) a **DIANA KATHERINE MARROQUÍN** (asesora financiera externa de **CONSTRUCTORA CONCRETO**); y (vii) mapa conceptual denominado "*Conformación del equipo de trabajo*"<sup>97</sup> el cual da cuenta de los miembros del equipo de trabajo que discutieron los insumos de la propuesta económica.

Por su parte, el dictamen pericial elaborado por **MARCELA GÓMEZ CLARK**<sup>98</sup>, el cual fue objeto de contradicción<sup>99</sup>, también soporta la conclusión anotada.

Finalmente, también se encuentra que **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) estableció en la ratificación de su declaración rendida el 6 de septiembre de 2016 que la Vicepresidencia de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO** tenía a su cargo la estimación del CAPEX<sup>100</sup>. Y, que, según lo establecido por **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), la Vicepresidencia de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO** era en quien recaía la función de elaborar los modelos financieros para todos los procesos que involucraran concesiones a los que se presentaran<sup>101</sup>.

- **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** realizaron diversos ejercicios de estimación de los insumos que utilizaron para establecer, de forma conciliada, el valor final de la oferta económica en el 79,97% del VPIP del **ORIGINADOR**. De esta manera, para arribar a dicho valor (\$2.375.671.302.998), primero establecieron un rango inferior y superior. Debe tenerse en cuenta que para **CONSTRUCTORA CONCRETO** el piso mínimo de la oferta económica debía ser del 75% del VPIP del **ORIGINADOR**, sin embargo, **VINCI** estableció que el piso mínimo debía ser del 79,96%, lo cual garantizaría una TIR del proyecto de 14%.

Las pruebas obrantes en el Expediente que sustentan este hecho son:

(i) cadena de cuatro (4) correos electrónicos cuyo asunto fue "*Re: FX Cobertura*", remitidos el 8 de julio de 2016 por funcionarios de **VINCI**, en los que es posible ver que se discutieron las

<sup>93</sup> Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>94</sup> Folio 3653 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>95</sup> Folio 3654 a 3667 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>96</sup> Folio 7611 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>97</sup> Folio 3648 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>98</sup> Folio 7541 a 7598 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>99</sup> Folio 8819 del cuaderno público No. 35 del Expediente.

<sup>100</sup> Folio 8505 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-270819", archivo "0 - 2019-08-27 10-08-34-030". Min: 17:57.

<sup>101</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 6:57.

"Por la cual se archiva una investigación"

consecuencias que tuvo el aumento del CAPEX en el valor del VPIP y las implicaciones que esto representaría para la rentabilidad esperada;

(ii) cadena de tres (3) correos electrónicos con el asunto "*Re: Dónde nos encontramos en Girardot Bogotá?*"<sup>102</sup>, remitidos el 11 de julio de 2016, de los que se concluye que el propósito de **VINCI** siempre fue mantener una TIR del 14% como piso para la estimación del VPIP, teniendo en cuenta la necesidad de establecer un valor por debajo del 80% del VPIP del **ORIGINADOR**;

(iii) documento denominado "*respuestas al proyecto de pliegos de condiciones de la selección abreviada VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016*" del 12 de abril de 2016<sup>103</sup> en el que el **ORIGINADOR** dio a conocer públicamente tenía capacidad y voluntad para realizar una mejor oferta, motivo por el cual fue posible para los demás proponentes del proceso tener en consideración que el **ORIGINADOR** estaría en capacidad de mejorar su oferta inicial;

(iv) lo señalado por **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) en varias de sus declaraciones<sup>104</sup>;

(v) la declaración de **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>105</sup>;

(vi) la declaración rendida por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>106</sup>; y

(vii) el testimonio de **DIANA KATHERINE MARROQUÍN** (Asesora financiera externa de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>107</sup>, quien hizo parte del grupo encargado de elaborar el modelo financiero.

- **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** establecieron el valor de su oferta con pleno desconocimiento del valor de la propuesta que sería presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**).

Esta conclusión se encuentra probada con las siguientes pruebas:

<sup>102</sup> Folio 4136 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>103</sup> Numeral 4.3.8. del proyecto de pliego de condiciones: "*Se entenderá por Oferta Económica del Originador las condiciones de carácter económico y financiero que fueron objeto de análisis y aprobación por parte de la ANI de conformidad con la ley 1508 y sus decretos reglamentarios y cuyas condiciones fueron fijadas mediante oficio con radicado No. 2015-702-017376-1 de 31 de julio de 2015, el cual corresponde al valor presente al Mes de Referencia del Recaudo de Peaje - VPIP equivalente a Dos Billones Novecientos Setenta Mil Setecientos Tres Millones Ciento Cuarenta y Dos Mil Cuatrocientos Veintiséis Pesos del Mes de Referencia (\$2.970.703.142.426). De acuerdo a lo anterior el Originador NO deberá presentar Oferta Económica y en caso de llegar a presentarla solo se tendrá como Oferta Económica válida el valor señalado en este numeral." (Subrayado y resaltado fuera del texto).*

<sup>104</sup> Folio 8539 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P3", archivo "0 - 2019-08-30 15-48-20-066". Min: 24:32. Folio 8560 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P2", archivo "0 - 2019-08-30 13-16-57-049". Min: 43:45 y 50:14.

<sup>105</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 18:30 y 19:20.

<sup>106</sup> Folio 8548 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-290819", archivo "0 - 2019-08-29 10-43-41-040". Min: 55:50.

<sup>107</sup> Folio 8241 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-260719", archivo "0 - 2019-07-26 10-09-22-050". Min: 15: 08.

"Por la cual se archiva una investigación"

- (i) lo establecido por **JAIRO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ** (Director de Proyectos Especiales de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en sus testimonios<sup>108</sup>;
- (ii) la declaración de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>109</sup>;
- (iii) la declaración de **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**)<sup>110</sup>;
- (iv) la declaración de **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**)<sup>111</sup>;
- (v) la cadena de correos electrónicos del 20 de enero de 2016, cuyo asunto fue "*Fwd: Consulta Tercer Carril*"<sup>112</sup>, de los que se concluye que **CHINA GEZHOUBA** buscó, en su momento, ser el originador del proyecto, sin embargo, **CONALVIAS** presentó su propuesta antes a la **ANI**;
- (vi) presentación del Comité de Bouclage del 17 de junio de 2016, específicamente la diapositiva titulada "*Panorama Competitivo*"<sup>113</sup> en la que se establecieron los estudios basados en los antecedentes de las sociedades integrantes del **ORIGINADOR** así como de las empresas precalificadas;
- (vii) correo electrónico "*Re: Avances 3er Carril*", enviado el 6 de julio de 2016<sup>114</sup> por **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) en el que se observa que **CONSTRUCTORA CONCRETO** no conocía cual sería la estrategia de la estructura plural integrada por **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON**;
- (viii) correo electrónico "*Re: Escenarios*"<sup>115</sup>, en el que es posible ver la incertidumbre de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** frente a la estrategia que adoptaría la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**);
- (ix) correo electrónico "*Re: Our offer*"<sup>116</sup> del 10 de julio de 2016 el cual corrobora que no existía certeza del comportamiento de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON**; y

<sup>108</sup> Folio 8269 a 8273 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 23:15. Folio 8273 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 20:42. Folio 486 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Min: 20:00 y 27:00.

<sup>109</sup> Folio 8548 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-290819", archivo "0 - 2019-08-29 10-43-41-040". Min: 1:44:27.

<sup>110</sup> Folio 8560 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-300819P2", archivo "0 - 2019-08-30 13-16-57-049". Min: 57:48.

<sup>111</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 46:01.

<sup>112</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5196910 RE\_%20Consulta%20Tercer%20Carril".

<sup>113</sup> Folio 3775 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>114</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "4880212 Re\_%20Avances%203er%20Carril".

<sup>115</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5089454\_Re\_Escenarios".

<sup>116</sup> Folio 4117 del cuaderno reservado general del Expediente.

(x) correo electrónico "*Re: Dónde nos encontramos en Girardot Bogotá*", remitido el 11 de julio de 2016<sup>117</sup>, en el que se expresó textualmente "*Es difícil adivinar cómo ofertarán nuestros competidores*", lo cual confirma nuevamente que el día de la entrega de las propuestas **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** no tenían certeza de la estrategia que presentarían en su propuesta **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON**.

- El valor de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**) fue establecido de manera objetiva teniendo en cuenta supuestos distintos a los considerados en la Resolución de Apertura de Investigación.

Tal situación quedó acreditada durante la etapa de investigación, en la que se probó que este proponente tuvo en cuenta estudios y consideraciones distintos a los demás participantes del proceso, situación que devino del conocimiento de las reglas de participación del proceso. Además, tenía unas expectativas muy distintas a la manera en que se presentarían sus competidores. Es de indicar que para la estructura plural referida si la oferta económica se presentaba por encima del 60% del VPIP del **ORIGINADOR** la TIR estimada del proyecto era del 19,5%.

Esto se encuentra demostrado por (i) lo señalado en las declaraciones de **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual)<sup>118</sup>; (ii) el testimonio de **JUAN CARLOS DUARTE AVENDAÑO** (empleado de **BENTON** para la época de los hechos)<sup>119</sup>; (iii) el documento titulado "*Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia*"<sup>120</sup> del 27 de mayo de 2016, elaborado por **OVERSEAS INVESTMENT CO. LTD.** de **CHINA GEZHOUBA**, el cual demuestra que **CHINA GEZHOUBA** conoció en detalle y discutió aspectos relacionados con las condiciones del proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**; (iv) el documento titulado "*Sobre la inversión en Colombia de la compañía de inversión en el extranjero Tema en el proyecto del tercer carril de la autopista Bogotá – Girardot*"<sup>121</sup>, el cual tuvo consignados los rangos de valores que serían tenidos en cuenta por **CHINA GEZHOUBA** al momento de determinar el valor de la oferta que presentaría la estructura plural de la cual hacía parte; y (v) documento en Excel "*Estrategia para la presentación de la oferta*"<sup>122</sup> en el que **CHINA GEZHOUBA** realizó ejercicios probabilísticos el 10 de julio de 2016 –un día antes de la presentación de la propuesta– en torno a sus demás competidores.

- No existió intercambio de información relacionada con el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la **ANI** en el marco de las reuniones sostenidas con ocasión del proyecto Viaducto Soacha.

Lo anterior encuentra sustento en (i) el testimonio de **JAIRO RICARDO ROJAS RODRÍGUEZ** (Director de Proyectos Especiales de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**)<sup>123</sup>; (ii) el testimonio de **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de

<sup>117</sup> Folio 4136 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>118</sup> Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819", archivo "0 - 2019-08-21 10-11-07-124". Min: 51:32, 1:07:56, 1:08:09 y 1:12:10.

<sup>119</sup> Folio 8429 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-130819", archivo "0 - 2019-08-13 13-16-31-132". Min: 15:40 y 18:10.

<sup>120</sup> Folio 6623 a 6673 del cuaderno reservado general.

<sup>121</sup> Folio 6490 a 6529 del cuaderno reservado general.

<sup>122</sup> Folio 5886 del cuaderno reservado general.

<sup>123</sup> Folio 8224 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-233755-240719P2", archivo "0 - 2019-07-24 13-05-04-114". Min: 30:28.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONSTRUCTORA CONCONCRETO**)<sup>124</sup>; (iii) el testimonio de **HÉCTOR LEÓN MÉNDEZ PARRA** (Director Jurídico de la **CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S.**)<sup>125</sup>, (iv) los correos electrónicos del 19 de noviembre de 2015 y 4 y 7 de diciembre de 2015 que acreditan que la información del Viaducto Soacha fue compartida con **SHIKUN & BINUI**<sup>126</sup> y **HERDOIZA CRESPO**<sup>127</sup>; (v) la declaración de **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante Legal de **BENTON**)<sup>128</sup>; (vi) el correo electrónico del 3 de diciembre de 2015 remitido por **TATIANA OTERO GARCÉS** (Funcionaria de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) a **JULIO ALIRIO TORRES ORTIZ** (Director Regional de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) con asunto "Fwd: Proyecto de APP en Colombia (Confidencial)"<sup>129</sup>; y (vii) el correo electrónico "Factibilidad APP Privada Viaducto Soacha (Confidencial)"<sup>130</sup> enviado el 7 de diciembre de 2015. En los documentos enunciados se pudo corroborar que existía información únicamente relacionada con el Viaducto Soacha y no con el proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.

En consecuencia, habiendo realizado el análisis correspondiente del material probatorio citado, para este Despacho es claro que no existen pruebas que permitan concluir que entre **INDUSTRIAL CONCONCRETO**, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **VINCI**, **VÍA 40 EXPRESS**, **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** hubiera existido un acuerdo anticompetitivo.

En esa medida, el Despacho comparte íntegramente lo establecido por la Delegatura en el numeral **7.1.** del Informe Motivado, razón por la cual resolverá archivar la investigación adelantada contra los agentes de mercado investigados bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En correspondencia con lo anterior, la investigación adelantada contra las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado, bajo el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esto es **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ** (Director de Proyectos Especiales de Inversión de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**), **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual) y **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ** (Representante Legal de **BENTON**) también se archivarán.

#### **7.4.2. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia)**

El segundo cargo investigado por la Delegatura consistió en la aparente violación de la prohibición general de competencia en la medida en que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** habrían suministrado a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **VINCI** información sensible, quienes la habrían utilizado en el marco del proceso de selección objeto

<sup>124</sup> Folio 8238 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-250719P3", archivo "0 - 2019-07-25 15-07-53-061". Min: 28:20.

<sup>125</sup> Folio 8264 del cuaderno público No. 31 del Expediente, carpeta "16-223755-260719P3", archivo "0 - 2019-07-26 15-03-32-067". Min: 52:59 y 55:28.

<sup>126</sup> Folio 8246 a 8250 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

<sup>127</sup> Folio 8251 a 8252 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

<sup>128</sup> Folio 8461 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-200819P3", archivo "0 - 2019-08-20 16-14-44-029". Min: 40:34 y 46:50.

<sup>129</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "5073242 Fwd\_Proyecto de APP en Colombia (Confidencial)".

<sup>130</sup> Folio 8260 y 8261 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

de investigación. Igual que para el cargo descrito anteriormente, la Delegatura en el Informe Motivado recomendó "no sancionar a **VINCI, CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO, CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** —y personas naturales vinculadas a estos—, por haber intercambiado información sensible en los términos contemplados en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959".

Luego de hacer un análisis a lo establecido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en su Informe Motivado y, habiendo revisado las pruebas que obran en el Expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura al advertir que no se encuentra demostrado que **CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** intercambiaron o suministraron información sensible a **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI** que fuera de carácter reservado y que hubiera otorgado una ventaja competitiva a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO y CONSTRUCTORA CONCRETO**) en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**. Bajo este entendido, se analizará el material probatorio obrante en el Expediente que permite arribar a tal conclusión.

A continuación, se presenta el material probatorio expuesto por la Delegatura en su Informe Motivado que sustenta la decisión de archivar el presente cargo.

- Correo electrónico del 6 de julio de 2016, cuyo asunto fue "*Re: Avances 3er Carril*"<sup>131</sup> el cual, según la Delegatura, demuestra que en días anteriores a la presentación de las propuestas **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) ordenó a **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) comunicarse con **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** o **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) para preguntarles si presentarían propuesta al proceso de selección del proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** o si presentarían su oferta económica al 100% del presupuesto. Sin embargo, en la etapa de investigación no fue posible corroborar que tal comunicación hubiera existido.
- **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) manifestó en declaración que acató la orden emitida por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y se comunicó con **JULIÁN OSEJO VITERI**, Director Financiero de **CSS**, quien, conforme lo señalado por **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**) solía apoyar a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, pudiendo haber sido el encargado de gestionar el cupo de crédito que sería presentado por **CASS** al proceso de selección adelantado por la **ANI**<sup>132</sup>, requisito que no fue cumplido por la estructura plural integrada por **CASS** y el cual impidió su participación.

Igualmente, en sus respectivas declaraciones, tanto **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**<sup>133</sup> como **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**)<sup>134</sup> dieron respuestas "*poco creíbles*" en relación con quien habría la persona encargada de gestionar el cupo de crédito.

Del análisis de estas pruebas, la Delegatura concluyó que:

<sup>131</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo 4880212 Re\_%20Avances%203er%20Carril".

<sup>132</sup> Folio 8799 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min. 38:02, 37:07 y 38:55.

<sup>133</sup> Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min. 23:57.

<sup>134</sup> Folio 8774 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-300919", archivo "0 - 2019-09-30 15-07-00-044". Min. 12:39.

"Por la cual se archiva una investigación"

"**JULIÁN OSEJO VITERI** —director financiero de **CSS**— tenía información relevante para determinar si **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** podían presentar una oferta hábil a la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Nótese, sobre este particular, que existe otro elemento de juicio que corrobora la anterior conclusión. Si **JULIÁN OSEJO VITERI** no hubiera tenido algún conocimiento sobre la eventual participación de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, no se explicaría por qué **FELIPE ROCHA SILVA** se contactó con él para resolver la pregunta que formuló el presidente de **CONCRETO**, más si se tiene en cuenta que de la respuesta de **JULIÁN OSEJO VITERI** se denota que conocía sobre el interés o no de participar de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.

En suma, el material probatorio referido, analizado por esta Delegatura sobre la base de las reglas de la sana crítica, permite concluir que **JULIAN OSEJO VITERI** —director financiero de **CSS CONSTRUCTORES**— sí contribuyó con la tarea de conseguir el cupo de crédito de la estructura plural conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** para la **APP – BOGOTÁ GIRARDOT**. Así mismo, permite concluir que ese funcionario de **CSS** sí entregó la información relevante para este caso al funcionario de **CONSTRUCTORA CONCRETO**<sup>135</sup>.

- **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) señaló en la declaración rendida en la etapa de investigación, al igual que **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) en su testimonio, que en efecto se habían comunicado, y que el segundo le había dado una "respuesta indicativa de la poca intención que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** tenían para esa época"<sup>136</sup>. La poca intención fue corroborada por la respuesta dada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS** a un requerimiento de información en el que indicaron que asumieron como propia la información financiera oficial, motivo por el cual la oferta que presentaron fue equivalente al 100% del VPIP del **ORIGINADOR**<sup>137</sup>.
- Registro de llamadas entrantes y salientes del celular de **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), en las que se encontró una efectuada el 10 de julio de 2016 —un día antes de la presentación de las ofertas— a **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**)<sup>138</sup>. Tal situación resulta llamativa por cuanto **JULIÁN OSEJO VITERI** refirió en su testimonio que no era frecuente que se comunicara con **FELIPE ROCHA SILVA** y que no recordaba el motivo de la llamada<sup>139</sup>.

La llamada referida habría tenido lugar en el rango de tiempo en el que al interior de **CONSTRUCTORA CONCRETO** se estaba definiendo el piso del valor de la oferta económica que presentarían al proceso de selección del proyecto **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**<sup>140</sup>. De estas pruebas la Delegatura concluyó que "la mejor explicación que —sobre la base del material probatorio recaudado— puede otorgarse a la llamada realizada por **FELIPE ROCHA SILVA** obedece a la necesidad de obtener información sobre la participación o no de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**"<sup>141</sup>.

- Correo electrónico con el asunto "Re: Escenarios", enviado el 11 de julio de 2016 a las 3:02:45 a.m. por **LUCAS LAHITOU** (Funcionario de **VINCI**) a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**

<sup>135</sup> Folio 9591R del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 142).

<sup>136</sup> Folio 9592R del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 144).

<sup>137</sup> Folio 8481 a 8488 del cuaderno público No. 33 del Expediente.

<sup>138</sup> Folio 1119 a 1120 y 1222 a 1227 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>139</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min. 23:46 y 42:35.

<sup>140</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min. 15:01, 19:05, 21:11 y 22:28.

<sup>141</sup> Folio 9594R del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 148).

"Por la cual se archiva una investigación"

(Representante Legal de **VINCI**) el cual contuvo un documento adjunto en el cual se encontraron los diferentes escenarios planteados por **CONSTRUCTORA CONCRETO** respecto del comportamiento de sus competidores en el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. De dicho documento se estableció que horas antes de la entrega de las ofertas económicas **VINCI** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** tenían certeza de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**).

Tal situación, permite inferir que los contactos entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) generaron un intercambio de información sensible respecto al comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en el proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-201**.

- Información de público conocimiento, relacionada con la adjudicación de grandes e importantes proyectos de infraestructura entre 2015 y el primer semestre de 2016, que permitía a los demás participantes del proceso de selección conocer la situación financiera por la que pasaban **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. La suma total de dichos proyectos de infraestructura ascendía al valor de \$10.135.985.949.016 millones de pesos. Dicha situación pudo haber sido corroborada por cualquiera de los demás proponentes del proceso de selección, puesto que esta se encontraba disponible en el **SECOP**, tal como lo reconoció **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual)<sup>142</sup>.

Conforme lo anterior, *"los proponentes en este proceso de selección podían inferir, a través de datos públicos, que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** podían tener dificultades para obtener el cupo de crédito, toda vez que era previsible que tuvieran comprometida su capacidad de endeudamiento"*<sup>143</sup>. En esa medida, El intercambio de información no tuvo la idoneidad para afectar el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.

- Respuestas a los requerimientos de información remitidos al **BANCO BANCOLOMBIA S.A.** y **BANCO BBVA S.A.**<sup>144</sup> en los que corroboraron que la no presentación del cupo de crédito por parte de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se debió a la falta de cupo disponible.

Del análisis de las pruebas señaladas, la Delegatura concluyó que la no presentación de una oferta hábil por parte de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se debió a una causa externa y que la información suministrada por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) a **CONSTRUCTORA CONCRETO** no constituyó una conducta idónea para afectar la libre competencia económica, puesto que era información que podía ser obtenida a través de fuentes públicas.

Teniendo claridad sobre las pruebas que sustentaron la recomendación de archivo por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, pasa el Despacho a realizar algunas consideraciones en torno al material probatorio relacionado con este cargo.

En este punto debe recordarse que, en esencia, la conducta reprochada consistió en que **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **VINCI** habrían utilizado información sensible de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** que fue suministrada por **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), lo cual les permitía tener certeza del comportamiento de dicho proponente en el marco del proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Tal Conducta se habría configurado como una ventaja competitiva en el proceso de selección.

<sup>142</sup> Folio 8455 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819P3", archivo "0 - 2019-08-21 14-21-21-100". Min. 42:26.

<sup>143</sup> Folio 9598 del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 155).

<sup>144</sup> Folio 7933 y 7951 a 7952 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

Para tal fin se analizará (i) el comportamiento de la estructura plural conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en el marco del proceso de selección; (ii) la participación y adjudicación de grandes proyectos de infraestructura a **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** durante el periodo de tiempo en que se desarrolló el proceso de selección de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, situación que derivó en que no pudieran conseguir el cupo de crédito general y que a su vez, resultaba ser de público conocimiento en el sector; (iii) la relación de socios de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** con **CONSTRUCTORA CONCRETO** en otros proyectos; y (vi) el papel de **JULIÁN OSEJO VITERI**, su relación con **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y su comportamiento en el caso concreto.

**(i) Del comportamiento de la estructura plural conformada por CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE en el marco del proceso de selección**

Como quedó establecido en el numeral **7.3.2.** de la presente Resolución, la **ANI** publicó las condiciones para participar del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE- APP-IPV-SA-004-2016** a interesados el 31 de julio de 2015. Dicho documento se tituló "*PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS*"<sup>145</sup>.

A través de este, la entidad estatal anunció su intención de adjudicar el Contrato de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada al **ORIGINADOR ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**), bajo las condiciones previamente acordadas de no existir otro interesado en el proyecto. Bajo este entendido, dicho documento contuvo los términos y condiciones de participación de los posibles terceros interesados en el proyecto y consagró las etapas del mismo, señalando expresamente que se conformaría inicialmente una lista de precalificados, quienes debían presentar manifestaciones de interés. De manera posterior y previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos –establecidos en el mismo documento–, serían estos precalificados incluidos en la lista quienes estarían facultados para presentar propuesta dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía, cuya apertura se haría una vez culminada la etapa de precalificación<sup>146</sup>.

Igualmente, el documento citado indicó en el cronograma inicial que la fecha límite para presentar manifestaciones de interés sería el 1 de octubre de 2015<sup>147</sup> y que la audiencia de conformación de la lista de precalificados sería el 10 de noviembre de 2015<sup>148</sup>.

El 29 de septiembre de 2015, mediante documento titulado "*AVISO MODIFICATORIO*"<sup>149</sup>, la **ANI** introdujo algunas modificaciones al documento "*PUBLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA Y FIJACIÓN DE CONDICIONES QUE DEBEN CUMPLIR EVENTUALES TERCEROS INTERESADOS*"<sup>150</sup>. Entre otros aspectos, modificó el cronograma del proceso, indicando ahora que la fecha límite para presentar

<sup>145</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544".

<sup>146</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544", p. 4-5.

<sup>147</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544", p. 17.

<sup>148</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544", p. 18.

<sup>149</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_16495598".

<sup>150</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544".

"Por la cual se archiva una investigación"

manifestación de interés al proceso sería el 15 de octubre de 2015 y la audiencia de conformación de la lista de precalificados se llevaría a cabo el 26 de diciembre de 2015<sup>151</sup>.

Posteriormente, mediante "AVISO MODIFICATORIO NO. 3"<sup>152</sup> la ANI nuevamente modificó el cronograma, indicando como nuevas fechas para presentar manifestaciones de interés y de la audiencia de precalificación el 20 de octubre de 2015 y 27 de noviembre de 2015, respectivamente.

Finalmente, mediante "AVISO MODIFICATORIO NO. 4"<sup>153</sup> la ANI dejó fijadas como fecha máxima para la entrega de manifestaciones de interés el 10 de noviembre de 2015, indicando que la audiencia de conformación de la lista de precalificados se llevaría a cabo el 18 de diciembre de 2015.

Conforme las modificaciones realizadas por la ANI y en cumplimiento del cronograma, el 10 de noviembre de 2015, durante la audiencia de cierre de manifestaciones de interés, se presentaron los siguientes interesados:

**Imagen No. 5: Manifestaciones de interés presentadas el 10 de noviembre de 2015 a la ANI<sup>154</sup>**

No.	Proponente	Integrantes	% de Participación
1	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	BENTON S.A.S.	75 %
		CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA	25 %
2	CONSORCIO INTERAEROPUERTOS	CONSORCIO INTERAEROPUERTOS	
3	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	N.A.	100 %
4	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTA	CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA	50 %
		CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	50 %
5	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	INDUSTRIAL CONCRETOS S.A.S.	30 %
		CONCRETO INTERNACIONAL S.A.	70 %

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

Nótese que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** presentaron manifestación de interés para participar del proceso de conformación de la lista de precalificados presentándose bajo la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**).

Una vez realizada la verificación de requisitos de las manifestaciones de interés, la ANI solicitó a la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) subsanar únicamente el certificado de pago de la seguridad social y aportes parafiscales en la medida en que no se encontraba suscrito por el revisor fiscal<sup>155</sup>, documento relacionado con la capacidad jurídica.

En este momento, la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** no tuvo ningún problema relacionado con su capacidad financiera. En el Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes quedó establecida tal situación:

<sup>151</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "CP\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_15726544", p. 7 y 8.

<sup>152</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_16646237", p. 2 y 3.

<sup>153</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_16705256", p. 2 y 3.

<sup>154</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17119575", p. 2.

<sup>155</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_172138202", p. 4 y 5.

"Por la cual se archiva una investigación"

**Imagen No. 6: Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes<sup>156</sup>****1. VERIFICACIÓN CONSOLIDADA DE REQUISITOS HABILITANTES**

PROPUESTAS	CAPACIDAD JURÍDICA	DOCUMENTOS DE LA MANIFESTACIÓN	CAPACIDAD FINANCIERA	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	HÁBIL
P01	ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO: BENTON S.A.S - CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA	CUMPLE	CUMPLE	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	-
P02	MANIFESTANTE INDIVIDUAL: OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CUMPLE	CUMPLE	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	-
P03	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL GIRARDOT BOGOTA: CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A.- CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	CUMPLE	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	CUMPLE	-
P04	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT: INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S. - CONCRETO INTERNACIONAL S.A	EN PROCESO DE SUBSANACIÓN	CUMPLE	CUMPLE	-

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (recuadro rojo no original).

Teniendo en cuenta lo anterior, **CASS** subsanó el requisito solicitado por la entidad estatal<sup>157</sup> el 25 de noviembre de 2015. Lo anterior, acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ANI, tal y como consta en el documento Informe Definitivo de Requisitos Habilitantes.

**Imagen No. 7: Informe Definitivo de Verificación de Requisitos Habilitantes<sup>158</sup>****1. VERIFICACIÓN CONSOLIDADA DE REQUISITOS HABILITANTES**

MANIFESTANTE	CAPACIDAD JURÍDICA	DOCUMENTOS DE LA MANIFESTACIÓN	CAPACIDAD FINANCIERA	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	HÁBIL
P01	ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO: BENTON S.A.S - CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI
P02	MANIFESTANTE INDIVIDUAL: OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI
P03	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL GIRARDOT BOGOTA: CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A.- CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI
P04	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT: INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S. - CONCRETO INTERNACIONAL S.A	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

Conforme lo anterior, la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) conformó, junto con la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**), **OHL**, **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**), la lista de precalificados, tal como consta en la Resolución No. 2110 del 18 de diciembre de 2015 expedida por la ANI<sup>159</sup>.

Finalizada la primera etapa del proceso, mediante Aviso de Convocatoria, publicado el 18 de marzo de 2016 se establecieron nuevamente las condiciones de participación de los precalificados, así como se publicó el proyecto de pliego de condiciones y sus respectivos anexos. La **ESTRUCTURA PLURAL**

<sup>156</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17288848", p. 2.

<sup>157</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17423279".

<sup>158</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17656952", p. 2.

<sup>159</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_17723098", p. 3 y 4. Contra dicho acto no se interpuso recurso de reposición alguno, motivo por el cual se dejó constancia de tal situación en el archivo titulado CONSTANCIA DE EJECUTORIA, "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_18015864", contenido a folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente. La Resolución No. 2110 de 2015 fue corregida (error de transcripción) por la Resolución No. 075 del 14 de enero de 2016.

"Por la cual se archiva una investigación"

**TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no presentó observaciones al proyecto de pliego de condiciones, tal y como se observa del documento "RESPUESTAS AL PROYECTO DE PLIEGOS DE CONDICIONES DE LA SELECCIÓN ABREVIADA VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016"<sup>160</sup>.

Luego, mediante Resolución No. 520 del 11 de abril de 2016 la **ANI** ordenó la apertura del proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación No. **VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**<sup>161</sup>, publicando a su vez el pliego de condiciones definitivo<sup>162</sup> junto con sus anexos correspondientes. La **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) tampoco presentó observaciones al pliego de condiciones definitivo, tal y como se observa del documento "RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES DE LA SELECCIÓN ABREVIADA VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016"<sup>163</sup>.

Posteriormente, como consta en el Acta de la Audiencia Pública de Cierre del Proceso, la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) presentó propuesta a las 9:10 a.m.<sup>164</sup> el 11 de julio de 2016.

Revisados por la entidad estatal los requisitos habilitantes, como consta en el Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes, se estableció que la estructura plural integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no cumplía con requisitos habilitantes referidos a la capacidad jurídica, a documentos de la propuesta, como tampoco aportó el cupo de crédito (capacidad financiera). Bajo este entendido, a dicha estructura plural se le solicitó subsanar lo siguiente:

**Imagen No. 8: Informe Preliminar de Verificación de Requisitos Habilitantes**<sup>165</sup>

01	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -EN EL ANEXO 14 CUPO DE CRÉDITO GENERAL NO SE INDICA EL NOMBRE DEL BANCO	PENDIENTE
02	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO - EL DOCUMENTO EN EL CUAL CONSTE EL REPRESENTANTE LEGAL DEL BANCO REQUIERE TRAMITE DOCUMENTO DEL EXTERIOR ( LEGALIZACIÓN)	PENDIENTE
03	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA -CARTA DE PRESENTACIÓN: Modificar el literal T - NO SE APORTA EL ANEXO 17 CARTA INTENCION FIDUCIARIA CAPACIDAD JURIDICA -NO SE APORTA LA GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EXIGIDA EN EL NUMERAL 3.8 CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -NO SE ANEXA EL CUPO DE CRÉDITO GENERAL	PENDIENTE
04	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -AL HACER LA CONVERSION A PESOS CONSTANTES, SEGUN EL MES DE REFERENCIA ARROJA UN VALOR INFERIOR AL EXIGIDO	PENDIENTE
05	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA - LA CARTA DE PRESENTACIÓN (ANEXO 2NO MENCIONA LA ADENDA No. 2	PENDIENTE

\*\* Estructura Plural con miembro nuevo

**Fuente:** Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (recuadro rojo no original).

<sup>160</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19122483".

<sup>161</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19119966".

<sup>162</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19120028".

<sup>163</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_19558324".

<sup>164</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20380900", p. 3.

<sup>165</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20598361", p. 3.

"Por la cual se archiva una investigación"

Como se observa, la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no aportó el Anexo 17, relativo a la Carta de Intención Fiduciaria, la garantía de seriedad de la oferta y el cupo de crédito general. Estos tres requisitos versaban sobre la capacidad jurídica, financiera y en relación con los documentos de la propuesta. Al respecto, se observa que la **ANI**, en el Informe de Solicitud de Subsanaciones manifestó:

**"PROPONENTE 3. ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ**

**A. DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA**

**1. CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA – ANEXO 2**

*Se observa que el proponente diligenció el literal t) del anexo 2 Carta de presentación indicando al miembro de la estructura plural CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.*

*Dicho literal debe diligenciarse únicamente si los requisitos de Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera se acreditan mediante la experiencia de un Fondo de Capital Privado.*

*En virtud de lo anterior se solicita la subsanación de dicho documento, modificando el literal t).*

**2. ANEXO 17 CARTA DE INTENCIÓN DE LA FIDUCIARIA**

*Se observa que el proponente no aporta el anexo ANEXO (sic) 17 CARTA DE INTENCIÓN DE LA FIDUCIARIA el cual debe ser aportado con los documentos de la propuesta.*

**B. CAPACIDAD JURÍDICA**

**3. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA**

*De conformidad con el numeral 3.8 del Pliego de Condiciones Para garantizar los términos de la Oferta y ésta pueda ser considerada por 34 la ANI, cada Oferente deberá incluir en su Oferta la Garantía de Seriedad, 35 de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015 (Parte 2 Título I 36 Capítulo II Subsección 1).*

*Teniendo en cuenta que no se observa la garantía de Seriedad dentro de la oferta se solicita aportarla de acuerdo con las exigencias del Pliego de Condiciones.*

**C. CAPACIDAD FINANCIERA CUPO DE CRÉDITO**

*4. Para el cumplimiento de los requisitos de cupo de crédito general, de acuerdo con el Pliego de Condiciones Definitivo en el Numeral 3.10.1 se solicita "La Agencia Nacional de Infraestructura- ANI- con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la Oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general.*

*Verificando la documentación entregada por el proponente no se encontró el certificado del cupo de crédito"<sup>166</sup>. (Negrillas originales)*

Como es posible ver en el Informe Definitivo de Requisitos Habilitantes, la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no cumplió con los requisitos de capacidad jurídica, como tampoco con los documentos de la propuesta, ni con el cupo de crédito, motivos que dieron lugar a declarar su oferta como no hábil. Lo anterior, por cuanto el proponente no subsanó ninguno de los requisitos previamente anotados.

<sup>166</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20598382", p. 2 y 3.

"Por la cual se archiva una investigación"

**Imagen No. 9: Informe Definitivo de Verificación de Requisitos Habilitantes**<sup>167</sup>

PROPUESTAS	SOLICITUD	RESPUESTA
01 ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -EN EL ANEXO 14 CUPO DE CRÉDITO GENERAL NO SE INDICA EL NOMBRE DEL BANCO	APORTÓ RESPUESTA SATISFATORIA
02 CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO - EL DOCUMENTO EN EL CUAL CONSTE EL REPRESENTANTE LEGAL DEL BANCO REQUIERE TRAMITE DOCUMENTO DEL EXTERIOR (LEGALIZACIÓN) - LEGALIZACION DE TRADUCCIONES OFICIALES	APORTÓ RESPUESTA SATISFATORIA
03 ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA -CARTA DE PRESENTACIÓN: Modificar el literal T - NO SE APORTA EL ANEXO 17 CARTA INTENCION FIDUCIARIA CAPACIDAD JURIDICA -NO SE APORTA LA GARANTIA DE SERIEDAD DE LA OFERTA EXIGIDA EN EL NUMERAL 3.8 CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -NO SE ANEXA EL CUPO DE CRÉDITO GENERAL	NO CONTESTO NINGUNA DE LAS SOLICITUDES DE SUBSANE REALIZADAS POR LA ENTIDAD
04 OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CAPACIDAD FINANCIERA- CUPO DE CRÉDITO -AL HACER LA CONVERSION A PESOS CONSTANTES, SEGUN EL MES DE REFERENCIA ARROJA UN VALOR INFERIOR AL EXIGIDO	APORTÓ RESPUESTA SATISFATORIA
05 ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA - LA CARTA DE PRESENTACIÓN (ANEXO 2) NO MENCIONA LA ADENDA No. 2	APORTÓ RESPUESTA SATISFATORIA

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (recuadro rojo no original).

En el mismo documento quedó establecido que la única oferta no hábil del proceso fue la de la estructura plural en comento.

**Imagen No. 10: Puntaje**<sup>168</sup>

PROPUESTAS	OFERTA TÉCNICA Anexo 9	FACTOR DE CALIDAD Anexo 19	BIENES Y SERVICIOS NACIONALES	TOTAL
01 ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL	100	100	100	300
02 CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	100	100	100	300
03 ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	NO HABIL			
04 OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	100	100	100	300
05 ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	100	100	100	300

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (recuadro rojo no original).

Los anteriores hechos fueron recogidos en la Resolución No. 1234 del 12 de agosto de 2016, por medio de la cual se adjudicó el contrato de concesión a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) de la siguiente manera:

*"Que el proponente ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ no aportó ninguna respuesta o pronunciamiento alguno en torno a las solicitudes de subsane realizadas por la entidad en el informe de verificación preliminar"*<sup>169</sup>.

Por tal motivo, y aplicando lo señalado en el Acta de Apertura del Sobre No. 2, la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) fue declarada no hábil.

<sup>167</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20796854", p. 3.

<sup>168</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20796854", p. 9.

<sup>169</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20947017", p. 2.

"Por la cual se archiva una investigación"

Imagen No. 11: Acta Audiencia de Apertura de Sobre No. 2 Oferta Económica<sup>170</sup>

## SEGUNDO: LECTURA DEL INFORME FINAL DE EVALUACIÓN

	PROPONENTE	CAPACIDAD JURÍDICA	DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA	CUPO DE CRÉDITO	HÁBIL
01	ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL**	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HÁBIL
02	CONCESIONARIA VIAS DEL DESARROLLO	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HÁBIL
03	ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO HÁBIL
04	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HÁBIL
05	ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	HÁBIL

Fuente: Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente (recuadro rojo no original).

En la misma acta se dejó constancia que a la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 no asistió ningún representante de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**).

En resumen, **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** formaron la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** con el fin de presentar manifestación de interés al proceso de selección **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, circunstancia que en efecto ocurrió. De esta manera, dicha estructura plural hizo parte de la lista de precalificados, lo cual le otorgaba el derecho a presentar propuesta, situación que se verificó el 11 de julio de 2016 como consta en los documentos oficiales del proceso. Posteriormente, su oferta fue declarada por la **ANI** no hábil en la medida en que no cumplió con requisitos habilitantes referidos a capacidad jurídica y financiera y a documentos de la propuesta. Como quedó expresamente establecido en el numeral **7.1.4.** del presente acto, tal situación implicó que el Sobre No. 2 de la propuesta de ese proponente –oferta económica– no fuera abierta y, por ende, no fue tenida en cuenta en el cálculo de la media que determinaría qué proponente recibiría el puntaje máximo por su propuesta económica.

Ahora bien, teniendo claro el comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** al interior del proceso de selección objeto de investigación, es necesario verificar las situaciones externas que para el lapso de tiempo en que se desarrolló el concurso (31 de julio de 2015 – 12 de agosto de 2016) acontecieron en torno a esas personas.

**(ii) De la participación y adjudicación de grandes proyectos de infraestructura a CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE durante el período de tiempo en que se desarrolló el proceso de selección de APP BOGOTÁ – GIRARDOT**

En este punto, encuentra el Despacho que varias de las personas que rindieron su declaración o testimonio a lo largo de la etapa de averiguación preliminar, así como durante la etapa de investigación, señalaron con claridad que para 2015 y 2016 **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** –empresa no investigada en el presente trámite– fueron adjudicatarios de importantes proyectos

<sup>170</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_20947064", p. 4.

"Por la cual se archiva una investigación"

de infraestructura, los cuales determinaron la imposibilidad de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) lograra cumplir y acreditar la totalidad de requisitos habilitantes exigidos por el Pliego de Condiciones del proceso de selección de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, en particular en lo que al cupo de crédito general se refiere. Esta situación también habría implicado que se perdiera el interés en dicho proceso de selección.

Esto fue lo que manifestaron varios de los declarantes y testigos a lo largo de la presente actuación administrativa:

**Tabla No. 9: Declaraciones y testimonios relacionados con los proyectos adjudicados a CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE entre 2015 y 2016**

Declaración/Testimonio	Prueba
<p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN</b> (Directora de Licitaciones de <b>CASS</b> para la época de los hechos)</p> <p>(Averiguación preliminar – 6 de octubre de 2016)</p>	<p><i>"DELEGATURA: Bien, podría indicarle a este despacho si usted asistió a la audiencia adjudicación.</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: No.</b></p> <p><i>DELEGATURA: ¿Quién asistió?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Nadie.</b></p> <p><i>DELEGATURA: Nadie. ¿Por qué no asistieron?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Se puede ver por Internet y pues ya en su momento no había interés en el resultado.</b></p> <p><i>DELEGATURA: ¿Y por qué no había interés en el resultado?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Porque teníamos falencias en la propuesta.</b></p> <p><i>DELEGATURA: Cupo de crédito. ¿Qué falencias tenían?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Faltaron documentos.</b></p> <p><i>DELEGATURA: ¿Podría indicarle qué documentos faltaron?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Cupo de crédito.</b></p> <p><i>DELEGATURA: Cupo de crédito. ¿Por qué no tenían cupo de crédito?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Porque no lo alcanzamos a tramitar por problemas para tramitarlo.</b></p> <p><i>DELEGATURA: ¿Qué problemas?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: De capacidad, ya nosotros teníamos tres concesiones en ese momento.</b></p> <p><i>DELEGATURA: ¿Podría indicarme qué concesiones tenían?</i></p> <p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN: Aliadas para el Progreso que es Santana – Mocoa, Nuevo Cauca y teníamos Buga – Buenaventura<sup>171</sup>.</b></p>
<p><b>AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN</b></p>	<p><i>"DELEGATURA: ¿Sabe usted qué los motivó a participar en ese proceso de selección?"</i></p>

<sup>171</sup> Folio 921 del cuaderno público No. 8 del Expediente, archivo "6 DE OCTUBRE DE 2016". Min: 11:09.

"Por la cual se archiva una investigación"

(Directora de Licitaciones de CASS para la época de los hechos)

(Etapa de investigación – 15 de agosto de 2019)

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Pues, cumplía con los parámetros que se tenían definidos. Y en ese momento estaban varias APPs publicadas y se participó en varias.*

**DELEGATURA:** *¿En qué APPs se presentaron en esa época?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Pasto-Rumichaca, Santana-Mocoa, Buga-Buenaventura y Popayán-Santander de Quilichao.*

**DELEGATURA:** *¿Esos procesos de selección eran APPs de iniciativa privada?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *APPs.*

**DELEGATURA:** *¿De iniciativa privada?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *App, no me... sí, de iniciativa privada. La verdad no recuerdo bien.*

**DELEGATURA:** *¿A esos procesos se presentaban ustedes a través de estructuras plurales o figuras asociativas?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Plurales.*

**DELEGATURA:** *¿Recuerda usted con que personas conformaron las figuras asociativas o estructuras plurales en esos procesos?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Pues, recuerdo que estaba LATINCO, HIDALGO HIDALGO y no me acuerdo de más. CONCONCRETO para Buga – Buenaventura<sup>172</sup>.*

(...)

**"GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado)** *Usted le mencionó al despacho que había intervenido en Pasto-Rumichaca, Santana – Mocoa, Bogotá... algo que no alcancé a escuchar y Popayán-Santander de Quilichao. ¿esos eran proyectos para los cuáles también se requirió cupo de crédito?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Sí, se requería cupo de crédito.*

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado)** *¿Y para esos se consiguió cupo de crédito?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Sí claro.*

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** *¿Y porque para ese sí y para este no?*

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Porque al...es como cuando usted toma un crédito en un banco y otro y otro...usted tiene cierta capacidad de endeudamiento. Y con esos cupos de crédito que se habían solicitado y que se tenían que hacer efectivos porque se adjudicaron esas dos ofertas, tres ofertas que eran: Santana – Mocoa, Popayán – Santander de Quilichao y Buga – Buenaventura. Con esos tres cupos de crédito que se presentaron, ya la*

<sup>172</sup> Folio 8424 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-150819P2", archivo "0 - 2019-08-15 15-15-00-074". Min: 9:11.

"Por la cual se archiva una investigación"

	<p>compañía no tenía capacidad de adquirir más obligaciones financieras y los bancos tampoco iban a prestar más"<sup>173</sup>.</p>
<p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE</b> (Averiguación preliminar – 28 de agosto de 2017)</p>	<p><b>“DELEGATURA:</b> Bien, usted nos venía diciendo que aclare a ver si, no entendí muy bien lo que veníamos hablando, pero, más o menos era esto: CASS CONSTRUCTORES y CARLOS SOLARTE querían tener tres proyectos grandes de 4G.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Sí.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Sí? Usted dice que uno de sus intereses era Bogotá – Girardot.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Sí, pero habíamos presentado la licitación de Buga – Buenaventura.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿De Buga – Buenaventura paralelamente con?</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Con CONCRETO y los hijos míos, mi persona como CARLOS SOLARTE, CONCRETO y CASS CONSTRUCTORES. Mientras estaba en ese proceso, nos adjudicaron Buga – Buenaventura.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> Mientras están en proceso de APP Bogotá - Girardot le adjudicaron Buga – Buenaventura.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Buga – Buenaventura, en ese momento para nosotros, se puede decir, murió el deseo de ganarnos Bogotá – Girardot. ¿Por qué? porque pues ya teníamos suficiente trabajo y no teníamos la capacidad financiera como para conseguir el cierre financiero.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> Una vez a ustedes adjudicaron Buga - Buenaventura, decidieron no seguir con Bogotá – Girardot.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> No seguir con Bogotá Girardot.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Qué hicieron con esa manifestación de interés?</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Nosotros creo que presentamos la licitación y, no cumplimos con el lleno de requisitos, creo que fue una póliza, uno tiene que presentar póliza, entonces no presentamos la póliza porque esa nos valía harta plata.</p> <p><b>IVETTE MIREYA HERNÁNDEZ ULLOA (apoderada):</b> Nosotros presentamos manifestación de interés con la garantía de seriedad de la oferta, teníamos la obligación de...</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Estábamos obligados a presentar la oferta...</p> <p><b>IVETTE MIREYA HERNÁNDEZ ULLOA (apoderada):</b> Pues presentamos una oferta porque teníamos la obligación de la garantía, pero cuando la ANI ya hizo sus requerimientos...</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Revisiones y requerimientos...</p> <p><b>IVETTE MIREYA HERNÁNDEZ ULLOA (apoderada):</b> Esos requerimientos pues ya no contestamos nada</p>

<sup>173</sup> Folio 8424 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-150819P2", archivo "0 - 2019-08-15 15-15-00-074". Min: 18:20.

"Por la cual se archiva una investigación"

	<p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Nosotros no contestamos nada de los requerimientos...</p> <p><b>IVETTE MIREYA HERNÁNDEZ ULLOA (apoderada):</b> Y otra cosa es que como ya teníamos adjudicadas las tres concesiones, nuestro cupo de crédito, nuestro, nuestro cupo de crédito.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Nuestra capacidad de crédito...</p> <p><b>IVETTE MIREYA HERNÁNDEZ ULLOA (apoderada):</b> La licitación ya no...</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> Ya no cumplíamos, entonces nos iban a descabezar por lo uno o por lo otro<sup>174</sup>.</p>
<p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ</b> (Gerente Financiera de CASS para la época de los hechos)</p> <p>(Averiguación preliminar – 6 de octubre de 2016)</p>	<p>"<b>DELEGATURA:</b> ¿Conoce los motivos por los que la estructura plural que usted nos está mencionando no fue adjudicataria del proceso?"</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Finalmente no presentamos la propuesta final, eh, que teníamos el proceso se divide en una manifestación de interés y después de esa manifestación de interés tienes que presentar una propuesta final, digamos la llaman, pero no sé el nombre adecuado, eh, decidimos no presentarla.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Por qué?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Porque ya teníamos, no teníamos capacidad financiera suficiente para el proyecto.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> Bien, ¿Cuál fue el motivo de manifestar interés inicialmente?"</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Que para ese momento si lo teníamos.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Después no?"</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Resultamos adjudicatarios de varios procesos y en consecuencia eh, consideramos que ya teníamos las responsabilidades operativas y financieras de la empresa suficientes<sup>175</sup>.</p>
<p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE</b></p> <p>(Etapa de investigación – 16 de agosto de 2019)</p>	<p>"<b>DELEGATURA:</b> Entonces ahora volveremos a preguntarle lo relacionado con el proyecto de APP BOGOTÁ-GIRARDOT, usted nos estaba hablando de la oferta y de algunos de los componentes de la oferta. También nos mencionó el proceso de la consecución del cupo de crédito y que estaban, quiénes normalmente se encargaban de este proceso. Entonces el despacho a continuación le pregunta si usted recuerda por qué la oferta que presentó CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS no resultó hábil en el marco del proceso de la APP BOGOTÁ-GIRARDOT.</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> No resultó hábil porque no cumplimos con el cupo de crédito, realmente estábamos copados. Nos habían adjudicado tres proyectos grandes. El de Aliadas, el de Nuevo Cauca y por último nos adjudicaron el de Vía Pacífico eran tres proyectos grandes que si usted los suma dan cerca de 14.000 millones. Entonces habíamos presentado pues los cupos de crédito para esos proyectos, al igual que las pólizas de las</p>

<sup>174</sup> Folio 1476 del cuaderno público No. 12 del Expediente, carpeta "Declaraciones CASS", archivo "20170828 092755". Min: 59:03.

<sup>175</sup> Folio 921 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "TESTIMONIOS CASS 6 DE OCTUBRE DE 2016", archivo "160408\_002". Min: 6:51.

"Por la cual se archiva una investigación"

	<p>aseguradoras. Y ya en el cuarto proyecto que fue Tercer Carril Bogotá – Girardot, ese fue el problema, que no cogimos cupo de crédito de los bancos.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿En qué época le fueron adjudicados los proyectos que le acaba de mencionar al despacho?</p> <p><b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:</b> No recuerdo su señoría exactamente, pero eso fue entre el 2015 y el 2016. Creo que la de Aliadas fue en mayo de 2015. Nuevo Cauca no recuerdo exactamente, pero entre 2015 - 2016 estaban adjudicados incluso el último proceso de Vía Pacífico no adjudicaron cuando estaba en plena licitación el del Tercer Carril. Pero eso sí le puedo constatar y le puedo decir exactamente<sup>176</sup>.</p>
<p><b>CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ</b></p> <p>(Etapa de investigación – 30 de septiembre de 2019)</p>	<p><b>"GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):</b> En una respuesta previa que le dio al despacho, le explicaba que, utilizo sus palabras, que ustedes estaban o las empresas del grupo estaban "sobreexpuestas" frente a la posibilidad de obtener el cupo de crédito. ¿Usted recuerda quien les manifestó o quien les hizo ver que estaban "sobreexpuestos"?</p> <p><b>CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Sí. Resulta y pasa que nosotros tuvimos la adjudicación de la iniciativa privada de Buga – Buenaventura, y nosotros contratamos una banca de inversión que fue la banca de inversión ASTRIS. Entonces ASTRIS, SANTIAGO PARDO directamente me mandó un correo a mí en aquella época, porque yo era una de las responsables de Buga – Buenaventura y con la relación con la Agencia Nacional de Infraestructura y dentro pues de la junta directiva y uno de los análisis que hizo Astris fue que realmente los "SOLARTE" estábamos sobreexpuestos a nivel de bancos y a nivel de aseguradoras y riesgos, porque nuestra capacidad operativa estaba copada. Ya por dos 4G que nos habíamos ganado, que se le dijo al despacho, que fue Santana – Mocoa – Putumayo en el año 2015 y Nuevo Cauca – Popayan – Santander de Quilichao. Y, obviamente al ganarnos la IP de Buga – Buenaventura pues eso sobredimensionó el tema en el sector de riesgos y en el sector de bancos. No solamente bancos nacionales sino internacionales"<sup>177</sup>.</p>
<p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ</b></p> <p>(Etapa de investigación – 30 de septiembre de 2019)</p>	<p><b>"DELEGATURA:</b> Señora Paola, ¿Conoce usted los motivos por los cuales la estructura plural integrada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS no resultó adjudicataria del proceso de selección mencionado?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Tuve conocimiento que finalmente no presentamos o no pudimos acreditar el cupo de crédito, conocimiento que tuve después de retornar a mis actividades.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Sabe usted las razones por las cuales no se pudo llevar a cabo la consecución del cupo de crédito?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> En específico no sabría decirle, porque como le mencioné por el momento de la consecución del cupo y de la presentación de la oferta, me encontraba en licencia de maternidad.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Sabe usted quién era la persona encargada de llevar a cabo la consecución del cupo de crédito en ese proyecto de selección?</p>

<sup>176</sup> Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 28:45.

<sup>177</sup> Folio 8774 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-300919", archivo "0 - 2019-09-30 15-07-00-044". Min: 33:48.

"Por la cual se archiva una investigación"

	<p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> No. No sabría decirle quien adelanto esas gestiones en este momento" <sup>178</sup>.</p> <p>(...)</p> <p><b>"ANA LUCÍA PARRA VERA (apoderada):</b> Usted, pues nos decía en una respuesta anterior, que en el momento que se solicitó el cupo de crédito usted no estaba en la compañía. ¿Nos podría decir si cuando usted regreso de su licencia de maternidad alguien le comentó que había ocurrido con ese cupo de crédito, por qué se lo habían negado?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Una vez retorné, digamos que me entere que no, que no pudimos tramitar el cupo. Las objeciones o la información que me dieron en ese momento es, que los bancos una vez al hacer la evaluación de la capacidad financiera de la compañía, una vez adjudicados los últimos tres proyectos, que fueron Vía Pacífico, Santana – Mocoa y Nuevo Cauca consideraban que ya la capacidad financiera de la empresa estaba llegando a su límite. Por lo cual la mayoría de bancos no quisieron expedir un cupo adicional" <sup>179</sup>.</p> <p>(...)</p> <p><b>"LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):</b> ¿Y usted sabe, más o menos, cuantas concesiones podían ser... la capacidad administrativa, operativa y financiera de CASS Construcciones?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Digamos que para ese momento 2015, nosotros teníamos una amplia capacidad financiera, que se fue limitando dadas las dos adjudicaciones de las iniciativas públicas, Aliadas que es Santana – Mocoa – Neiva y Nuevo Cauca en el departamento del Cauca. Para el 2016 aún teníamos alguna capacidad pendiente, la cual fue copada para percepción de los bancos con la adjudicación de la iniciativa privada Vía Pacífico.</p> <p><b>LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):</b> ¿Sabe usted cuando fue adjudicada esa iniciativa, la última Vía Pacífico?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Vía Pacífico debió haber sido adjudicada en el primer semestre del 16.</p> <p><b>LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):</b> ¿Y eso es cercano al cierre del Tercer Carril? O sea, ¿es anterior a que revisaran y evaluaran el cupo de crédito para el Tercer Carril?</p> <p><b>PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ:</b> Fue anterior a la, a los trámites de cupo y a la presentación de la oferta de Tercer Carril" <sup>180</sup>.</p>
<p><b>RAFAEL CORTÉS</b> (Gerente de Negocios de CASS)</p> <p><b>EDUARDO URQUIJO</b> de Nuevos Negocios de CASS)</p>	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Sabe usted por qué la oferta de la estructura plural integrada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS no resultó adjudicataria del proceso de selección mencionado?</p>

<sup>178</sup> Folio 8779 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "2019-09-30 13.28.25 Sala de reuniones personales de Sala 19 9325142782", archivo "zoom\_0". Min: 14:10.

<sup>179</sup> Folio 8779 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "2019-09-30 13.28.25 Sala de reuniones personales de Sala 19 9325142782", archivo "zoom\_0". Min: 20:28.

<sup>180</sup> Folio 8779 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "2019-09-30 13.28.25 Sala de reuniones personales de Sala 19 9325142782", archivo "zoom\_0". Min: 23:27.

"Por la cual se archiva una investigación"

(Etapa de investigación – 1 de octubre de 2019)

**RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** La fórmula de adjudicación de ese proceso, si mal no recuerdo, era un porcentaje de un promedio y seguramente pues hubo una propuesta que estuvo más cercana a ese valor de referencia.

**DELEGATURA:** ¿Sabe usted si CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE tuvieron algún inconveniente para llevar a cabo la consecución del cupo de crédito exigido en ese proceso de selección?

**RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** Sí. Tengo entendido que el cupo de crédito no se consiguió. Como lo manifesté hace unos momentos, CASS ya había sido adjudicatario de tres procesos de APP. Y un proceso en particular que es Ptar Salitre. Ptar Salitre fue un proceso de selección que se llevó a cabo bajo lineamientos del Banco Mundial. Y el Banco Mundial en sus pliegos establece que los avales que se deben presentar de cumplimiento y de prestaciones y todos los avales que piden son bancarios. CASS en el momento de consecución de los avances bancarios de Ptar Salitre, tuvo bastantes inconvenientes por el... ya estaba copando el cumulo que tenían con todas las entidades financieras, Para el caso del Tercer Carril, tengo entendido que no lleno el cupo de crédito que se requería<sup>181</sup>.

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas contenidas en el Expediente.

De las anteriores declaraciones y testimonios se concluye que (i) **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** fueron adjudicatarios de importantes proyectos de concesión entre 2015 y 2016 de importancia nacional; (ii) a raíz de la adjudicación de esas concesiones la situación financiera de estas personas se vio alterada; (iii) la imposibilidad de consecución del cupo de crédito que debían presentar los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) al proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** se debió al cambio en dicha situación; y (iv) lo anterior, impactó en la pérdida de interés en el proyecto de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Igualmente, debe ponerse de presente que **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) refirió que **CASS** se encontraba sobreexplotado financieramente hablando con bancos internacionales, no solamente con los nacionales.

A partir de lo establecido por los testigos referidos en la **Tabla No. 9**, la Delegatura realizó un análisis en torno a los contratos que entre 2015 y 2016 le fueron adjudicados a **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, cuyo valor fue superior a 10 billones de pesos. Los procesos y contratos con su información general se presentan a continuación. Debe hacerse énfasis en que estos contratos estatales fueron adjudicados entre junio de 2015 y mayo de 2016.

**Tabla No. 10: Contratos estatales adjudicados a CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE entre junio de 2015 y mayo de 2016**

1. ALIADAS <sup>182</sup>	
Entidad contratante	ANI
Identificación del proceso	VJ-VE-IP-017-2013 / VJ-VE-IP-LP-017-2013
Objeto	"Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la concesión Santana, Mocoa, Neiva, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato".
Descripción	Santana – Mocoa – Neiva

<sup>181</sup> Folio 87990 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 34:56.

<sup>182</sup> La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1954844>.

"Por la cual se archiva una investigación"

Fecha de adjudicación	9 de junio de 2015
Adjudicatario	<b>ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA,</b> integrada por: <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V. (35%)</b></li> <li>• <b>CASS (20%)</b></li> <li>• <b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE (20%)</b></li> <li>• <b>LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. (10%)</b></li> <li>• <b>ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. (10%)</b></li> <li>• <b>ALCA INGENIERIA S.A.S. (5%)</b></li> </ul>
Valor del contrato	\$2.969.581.000.000
Fecha firma del contrato	18 de agosto de 2015
<b>2. TUNEL DEL TOYO<sup>183</sup></b>	
Entidad contratante	<b>GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA</b>
Identificación del proceso	<b>4396-LIC-20-18-2015</b>
Objeto	<i>"Construcción del Proyecto Túnel del Toyo y sus vías de acceso en sus fases de Preconstrucción, Construcción, Operación y Mantenimiento".</i>
Descripción	Túnel del Toyo y sus vías de acceso
Fecha de adjudicación	14 de octubre de 2015
Adjudicatario	<b>CONSORCIO ANTIOQUIA AL MAR,</b> integrado por: <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>COLOMBIANA DE INFRAESTRUCTURA S.A.S. (40%)</b></li> <li>• <b>CASS (20%)</b></li> <li>• <b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE (20%)</b></li> <li>• <b>ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A. (20%)</b></li> </ul>
Valor del contrato	\$ 1.045.793.749.953
Fecha firma del contrato	11 de diciembre de 2015
<b>3. NUEVO CAUCA<sup>184</sup></b>	
Entidad contratante	<b>ANI</b>
Identificación del proceso	<b>VJ-VE-IP-018-2013 / VJ-VE-IP-LP-018-2013</b>
Objeto	<i>"SELECCIONAR LA OFERTA MAS FAVORABLE PARA LA ADJUDICACION DE UN (1) CONTRATO DE CONCESION BAJO EL ESQUEMA DE APP, PARA QUE EL CONCESIONARIO REALICE A SU CUENTA Y RIESGO LA REALIZACION DE ESTUDIOS Y DISENOS DEFINITIVOS, FINANCIACION, GESTION AMBIENTAL, PREDIAL Y SOCIAL, CONSTRUCCION, MEJORAMIENTO, REHABILITACION, OPERACION, MANTENIMIENTO Y REVERSION DE LA DOBLE CALZADA ENTRE POPAYAN Y SANTANDER DE QUILICHAO, DE ACUERDO CON EL APENDICE TECNICO 1 DE LA MINUTA DEL CONTRATO".</i>
Descripción	Popayán – Santander de Quilichao
Fecha de adjudicación	16 de junio de 2015
Adjudicatario	<b>ESTRUCTURA PLURAL HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA – HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S.,</b> integrada por: <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>CASS (35%)</b></li> <li>• <b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE (35%)</b></li> <li>• <b>HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA (25%)</b></li> <li>• <b>HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S. (5%)</b></li> </ul>
Valor del contrato	\$1.702.786.716.167
Fecha firma del contrato	11 de agosto de 2015

<sup>183</sup> La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleproceso.do?numconstancia=15-1-140110>.

<sup>184</sup> La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1954473>.

"Por la cual se archiva una investigación"

<b>4. PTAR<sup>185</sup></b>	
Entidad contratante	<b>CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA</b>
Identificación del proceso	<b>BM LPI 01 2013</b>
Objeto	<b>"DISEÑO DETALLADO, CONSTRUCCION DE LAS OBRAS, SUMINISTRO E INSTALACION DE EQUIPOS, PUESTA EN MARCHA Y OPERACIÓN ASISTIDA DE LA OPTIMIZACIÓN Y EXPANSIÓN DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES EL SALITRE".</b>
Descripción	Planta de tratamiento de aguas residuales El Salitre
Fecha de adjudicación	22 de abril de 2016
Adjudicatario	<b>CONSORCIO EXPANSIÓN PTAR SALITRE, integrado por:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>AKTOR TECHNICAL SOCIETÉ DE GRECIA</b></li> <li>• <b>AQUALIA INFRAESTRUCTURAS DE ESPAÑA</b></li> <li>• <b>CASS</b></li> </ul>
Valor del contrato	\$ 1.357.595.163.640
Fecha firma del contrato	20 de mayo de 2016
<b>5. VÍA PACÍFICO<sup>186</sup></b>	
Entidad contratante	<b>ANI</b>
Identificación del proceso	<b>VJ-VE-APP-IPV-001-2016</b>
Objeto	<b>"La ANI anuncia su intencion de adjudicar un Contrato de Asociacion Publico Privada de Iniciativa Privada al Originador Estructura Plural Via al Puerto, bajo las condiciones acordadas entre este y la Entidad, si no existieren otros interesados en la ejecucion del proyecto, cuyo objeto es: Estudios y diseños de detalle, financiacion, gestion ambiental, predial y social, construccion, mejoramiento, rehabilitacion, operacion, mantenimiento y reversion del Proyecto IP Vía al Puerto, de acuerdo con el Apendice Tecnico 1 y demas apendices del Contrato".</b>
Descripción	VÍA AL PUERTO (Bugá – Buenaventura)
Fecha de adjudicación	20 de mayo de 2016
Adjudicatario	<b>ESTRUCTURA PLURAL VÍA AL PUERTO, integrada por:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.</b></li> <li>• <b>CASS</b></li> <li>• <b>CONSTRUCTORA CONCONCRETO</b></li> </ul>
Valor del contrato	\$3.060.229.319.256
Fecha firma del contrato	6 de julio de 2016

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de información pública contenida en el **SECOP**, a la cual se llegó a partir de los testimonios y declaraciones señaladas en la Tabla No. 9.

Como se observa de la información pública contenida en la anterior tabla, y a la cual se llegó a través de la referencia que testigos y declarantes a lo largo de la investigación realizaron frente a los procesos de selección en los cuales participaron **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, durante 2015 el valor de los contratos estatales que les fueron adjudicados ascendió a la suma de \$5.718.161.466.120, mientras que en 2016 esta ascendió a \$4.417.824.482.896.

No debe perderse de vista que la adjudicación de los procesos del **TÚNEL DEL TOYO, NUEVO CAUCA, PTAR** y **VÍA PACÍFICO** se dieron de manera simultánea al desarrollo del proceso de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** adelantado por la **ANI**, el cual inició formalmente para terceros interesados el 31 de julio de 2015 y finalizó, con la adjudicación del mismo, el 12 de agosto de 2016. También debe hacerse referencia al hecho que para el contrato de concesión de **VÍA PACÍFICO** la estructura plural adjudicataria estuvo compuesta por **CASS, CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, circunstancia relevante para el caso en estudio que se analizará más adelante.

<sup>185</sup> La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoBM.do?numConstancia=13-6-2479>

<sup>186</sup> La información del proceso puede ser consultada en el siguiente link <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-20-1375>.

"Por la cual se archiva una investigación"

De acuerdo con las circunstancias señaladas, la capacidad de endeudamiento de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ**, esto es **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, la cual sería certificada a través del cupo de crédito general que debían presentar los proponentes al proceso de selección objeto de investigación, se encontraba copada. Dicha situación se encuentra corroborada con las respuestas a los requerimientos de información hechos por la Delegatura a **BBVA S.A.** y **BANCOLOMBIA S.A.**

Frente al particular, **BBVA S.A.** señaló que:

*"En mi calidad de Gerente de Cuenta de CASS construcciones y Carlos Alberto Solarte Solarte, en una de las conversaciones que habitualmente se mantienen con los clientes en desarrollo de mi labor comercial, fui enterado por ellos, de la intención que tenían de solicitar al Banco la emisión de las garantías bancarias requeridas para participar en el proyecto VJ-VE-APP-IPV-007-2018/VE-APP-IPV-SA-004-2016.*

*Sobre el particular, les manifesté en la misma conversación que como era conocido por ellos, las líneas de crédito aprobadas por el Banco a su favor ya se encontraban dispuestas (desembolsadas) en su totalidad, razón por la cual no había cupo disponible para la emisión de dichas garantías*<sup>187</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte **BANCOLOMBIA S.A.** manifestó que:

*"1. Como es normal en cualquier dinámica comercial y de negocios, la relación de Bancolombia con el Grupo Solarte, para la época de los hechos mencionados en su comunicación, fluía de principalmente de manera informal a través de reuniones presenciales y conversaciones entre los representantes legales del Grupo Solarte y el equipo comercial de Bancolombia.*

*2. En dicha dinámica, era habitual que se conversara sobre el conjunto de necesidades de financiación del Grupo Solarte en función de los montos requeridos para sus proyectos, los posibles cronogramas de desembolso, las fuentes disponibles, entre otros temas.*

*3. En dichas conversaciones se le dio énfasis al acompañamiento de Bancolombia a otros proyectos del Grupo Solarte distintos al proyecto mencionado en su comunicación.*

*4. Por las razones antes mencionadas, Bancolombia no realizó un estudio de crédito para el Grupo Solarte sobre el proyecto mencionado en su comunicación, ni se llevó a las instancias internas del banco solicitud alguna para otorgarle al Grupo Solarte el cupo de crédito allí mencionado*<sup>188</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior, es posible concluir que, en efecto, la capacidad de endeudamiento tanto de **CASS** como de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se había reducido significativamente. No obstante, en consonancia con lo referido por **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**) en líneas precedentes, relacionado con el posible financiamiento de bancos internacionales, **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** siempre tuvieron la "esperanza" de conseguir la totalidad de los documentos que habilitarían su propuesta en el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**<sup>189</sup>. Es decir, la posibilidad de obtener un cupo de crédito no se agotaba con lo que los bancos nacionales les establecieran a dichas empresas, hecho que generaba incertidumbre para los demás precalificados del proceso de selección.

Ahora bien, para el Despacho es evidente la variación en la capacidad de endeudamiento de **CASS** entre el momento en que presentaron su manifestación de interés al proceso de selección y el

<sup>187</sup> Folio 7933 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

<sup>188</sup> Folios 7951 a 7952 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

<sup>189</sup> Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 59:45. Así mismo, folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 59:18.

"Por la cual se archiva una investigación"

momento en el que presentaron la oferta. Tal situación fue corroborada por **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**) quien señaló que:

*"DELEGATURA: ¿Y eso quiere decir que el apetito inicial cuando manifestaron su interés era distinto a cuando presentaron la oferta?"*

***RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** Creo que entre la presentación de la manifestación de interés y la presentación de la oferta económica salió la IP de Buga – Buenaventura. Y pudo haber también estado el proceso de Ptar Salitre. Entonces la condición de CASS desde el principio hasta el final creo que varió, no era la misma.*

*DELEGATURA: Gracias. Entonces ¿a lo fundamental usted se refería realmente en el momento de presentar la oferta no en el de manifestar interés?"*

***RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** En el de presentar la oferta. Correcto. Sí"<sup>190</sup>.*

En resumen, del análisis del material probatorio expuesto, no cabe duda frente al hecho que las condiciones financieras de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se vieron alteradas entre el momento en que presentaron manifestación de interés para conformar la lista de precalificados dentro del proceso de selección objeto de investigación y el momento en que presentaron su propuesta. En esta medida, resulta claro que la imposibilidad de presentar el cupo de crédito por parte de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) se debió a causas externas fundadas en el hecho de que resultaron adjudicatarios de importantes y cuantiosos contratos de concesión entre junio de 2015 y mayo de 2016. Tal situación, además fue determinante para que dichas personas desistieran de su interés en la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**, circunstancia que se ve reflejada en el hecho de no haber subsanado los demás requisitos habilitantes solicitados por la entidad (aportar la garantía de seriedad de la propuesta, modificar el literal t) del Anexo 2 y aportar el Anexo 17).

Teniendo claro lo anterior, pasa el Despacho a presentar los elementos de prueba que dan cuenta que la alteración en la situación financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** fue conocida por los integrantes de las estructuras plurales que hicieron parte de la lista de precalificados al proceso de selección objeto de investigación. Varios de los declarantes fueron enfáticos en señalar que a partir de la adjudicación del contrato del proyecto **VÍA PACÍFICO**, la cual ocurrió el 20 de mayo de 2016, era posible concluir que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) tendría dificultades para presentar el cupo de crédito.

En primer lugar se encuentra lo señalado por **ÁLVARO TORRES MACÍAS**, Presidente de **CONALVIAS** para la época de los hechos, durante la etapa de averiguación preliminar, quien afirmó que:

*"DELEGATURA: ¿Conoce usted cuáles fueron las empresas competidoras que presentaron propuestas dentro de este proyecto?"*

***ÁLVARO TORRES MACÍAS:** Sí, presentó CONCONCRETO, SOLARTE había precalificado, pero finalmente no presentó todos los documentos, la línea de crédito y las garantías de seriedad de la oferta, de tal manera que fue descalificado, pero era uno de los precalificados en el proceso; OHL que es una firma española, y una firma colombiana, BENTON, con una firma china, y nosotros obviamente"<sup>191</sup>.*

(...)

<sup>190</sup> Folio 87990 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 50:27.

<sup>191</sup> Folio 941 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "161005\_003". Min: 35:39.

"Por la cual se archiva una investigación"

**"DELEGATURA:** ¿Cuál creen que fue el motivo por el cual SOLARTE, después de haber manifestado interés, no subsanó en requisitos habilitantes?

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** Pues yo creo que es ese, es decir, **buscar una línea de crédito de las condiciones de estrés que puede tener por otros proyectos que tiene, que le fueron adjudicados en el periodo, sabiendo que su oferta puede ser fácilmente perdida, pues no motiva a mucha gente a presentar la oferta porque conseguir una, creo que la línea de crédito eran 102 mil millones, entonces ya teniendo otros proyectos venirse a buscar una línea de crédito, estarse asegurando o prever las garantías para esa línea de crédito pues lo lleva a una situación que puede hacer que no sea atractivo prestar oferta, yo creo que eso fue**<sup>192</sup>.

De la citada declaración es posible observar que para **CONALVIAS** existía un motivo lógico por el cual la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) pudo haber decidido no presentar la totalidad de requisitos habilitantes en la propuesta.

A su vez, el mismo funcionario, durante la etapa de investigación, fue enfático en señalar que la posibilidad de obtener un cupo de crédito depende de dos factores: **(i)** los índices financieros de cada empresa, así como **(ii)** las adjudicaciones de grandes proyectos. Esto fue lo que refirió:

**"DELEGATURA:** ¿Sabe usted cuál fue el motivo por el cual la estructura plural conformada por Carlos Alberto Solarte Solarte y CASS no cumplió los... no pudo presentar finalmente el cupo de crédito?

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** Bueno, quiero recordarles que todo esto sucedió hace tres años, entonces no tengo, no me acuerdo muy bien. Pero lo que recuerdo es que ellos no pudieron presentar por alguna razón la, las garantías y no pudieron presentar oferta finalmente. Eso es lo que puedo recordarme en este momento"<sup>193</sup>.

(...)

**"GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** ¿Le puede explicar usted al despacho qué impacto, siendo usted ingeniero, qué impacto podría tener el hecho de contar con adjudicaciones en otros proyectos para efectos de poderse precalificar en el caso del grupo SOLARTE?

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** ¿Podría por favor repetirme la pregunta?

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** ¿El hecho de que un oferente tenga varios proyectos adjudicados o tuviera varios proyectos adjudicados, podría llegar a tener o tendría algún impacto en la precalificación?

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** No me acuerdo de las condiciones de precalificación, que eran condiciones de la ANI, y no me acuerdo si había limitación por el número de proyectos que tuviera, no puedo decirle.

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** Me refiero a la obtención del cupo de crédito.

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** No, no tengo información de cuáles cupos de crédito ellos tenían ni que montos tenían ni cuál era su limitación.

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** No le pregunto... Correcto, le pregunto en su condición de ingeniero y de haber participado en ese tipo de procesos, ¿las adjudicaciones con las que cuenta un proponente influyen en su capacidad de conseguir cupo de crédito?

<sup>192</sup> Folio 941 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "161005\_003". Min: 38:47.

<sup>193</sup> Folio 8335 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819", archivo "0 - 2019-08-02 10-05-14-084". Min: 8:56.

"Por la cual se archiva una investigación"

**ÁLVARO TORRES MACÍAS:** *Sí, influye. Pero depende del tamaño de las empresas, de las capacidades. Pero siempre se considera cuando uno presenta una oferta*<sup>194</sup>.

En segundo lugar, **RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN**, Vicepresidente Jurídico de **CONALVIAS** para la época de los hechos, refirió en su testimonio rendido durante la etapa de averiguación preliminar que no le había sorprendido del todo que la propuesta de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** hubiera resultado no hábil, pues conocía que existía la posibilidad de que estos no quisieran asumir más riesgos debido a los contratos que les habían sido adjudicados.

**"DELEGATURA:** *¿Lo de SOLARTE si le sorprendió?*

**RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN:** *De alguna manera no, digamos SOLARTE mmm, con esto no quiero primero hablar mal de ningún competidor, ni segundo menos jactarme del mal ajeno porque además nosotros estamos en una situación similar y tal vez más difícil de hace un año, digamos SOLARTE, pues se sabe que tiene algunas estrecheces financieras, en materia de consecución de garantías y, pues por lo mismo, pienso que, que existía la posibilidad de que, de que de pronto decidiera no asumir más riesgos y no, digamos no subsanar o de pronto el mismo mercado, no le dio póliza con cupo de crédito, porque pues esto depende de la valoración que hacen también los bancos de, de las empresas a la hora de si le otorgan o no un cupo de crédito o no, no para mí lo encuentro en opinión razonable, esperable.*

**DELEGATURA:** *¿Considera usted que los demás participantes también pueden tener esa misma opinión que usted tiene con respecto de eso?*

**RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN:** *Es posible, en este gremio suelen ser vox populi las cosas que se piensan, yo creo que es posible que piensen lo mismo*<sup>195</sup>.

Además, refirió también que en la medida en que en el gremio o sector donde trabajan las sociedades muchos datos son públicos, lo más probable era que el resto de interesados en el proceso hubieren tenido el mismo entendimiento o concepción frente a la situación de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.

El mismo funcionario durante la etapa de investigación reiteró:

**"DELEGATURA:** *Señor Rafael. ¿Le sorprendió que la estructura plural integrada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS no hubiera podido subsanar, no hubiera podido conseguir el cupo de crédito?*

**RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN:** *Pues la verdad, para ese momento, no. Pues hoy con las cosas que han salido en prensa pues, y que han dejado ver cosas, pues obviamente, en mi pensamiento es distinto. Pero para serle totalmente franco, en su momento no. Digamos, a veces las empresas deciden no ir, tienen sobreexposiciones en términos de aseguramiento, de cúmulos de pólizas, de obligaciones con el sector financiero, en fin. No es anormal que una empresa desista de seguir adelante en un proceso y estamos hablando de procesos de montos no pequeños ¿no? Digamos, para serle totalmente honesto, en su momento, no*<sup>196</sup>.

(...)

**"LEIDER GÓMEZ CABALLERO (apoderado):** *Señor Rafael, usted en su declaración señaló que no le sorprendió que CASS Constructores y Solarte no fueran capaces de obtener el cupo*

<sup>194</sup> Folio 8335 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819", archivo "0 - 2019-08-02 10-05-14-084". Min: 25:25.

<sup>195</sup> Folio 941 del cuaderno público No. 8 del Expediente, carpeta "GRABACIONES", archivo "161006\_003". Min: 1:30:54.

<sup>196</sup> Folio 8339 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819P2", archivo "1 - 2019-08-02 15-12-20-087". Min: 22:58.

"Por la cual se archiva una investigación"

de crédito. Señale cuáles son las razones por las cuales eso no le causó sorpresa. La reformulo... En la respuesta que dio frente a este tema, usted señaló de manera genérica las razones por las cuales unos contratistas exitosos puede ocurrirles esta situación. ¿Tiene usted algunas razones particulares en relación con CASS Constructores y Solarte para que les hubiera ocurrido esto?

**RAFAEL ANDRÉS LOW CALDERÓN:** No. Para nada. Hablo es desde la experiencia mía, digamos en trabajos míos anteriores, en que muchas veces quisimos presentar ofertas para cosas y no se pudo pues porque no se consiguieron los cupos sencillamente. Pero digamos, lo hablo desde mi experiencia, 22 años en este sector, en diferentes roles, en que pues, obviamente, muchas veces nos hemos quedado con ofertas, queriendo ir y no pudiendo ir porque no se consiguen los cupos, no, digamos, no es anormal<sup>197</sup>.

Desde su experiencia en el sector, el Vicepresidente jurídico de **CONALVIAS** señaló que no es "anormal" que un proponente con interés en un proyecto no logre conseguir el cupo de crédito.

De la misma manera, **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY** (apoderado de **BENTON** para el proceso de selección contractual), reconoció que tuvo conocimiento de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** venían ejecutando proyectos de concesión que requerían cierres financieros, y que frente a ese particular ya habían tenido dificultades. Esto fue lo que refirió:

**"OMAR AUGUSTO FERREIRA REY:** Los Solarte, hasta donde yo tengo información, venían ejecutando el túnel de la línea con **CONCRETO** y venían ejecutando seis concesiones, no recuerdo cuántos cierres financieros tenían en esas seis concesiones, creo que tenían una dificultad que era en Santana Mocoa Neiva. Pero que no se logró resolver hasta donde estoy informado. Yo la información privilegiada no la puedo comentar porque ha ayudado a uno de los posibles compradores.

(...)

**LEIDER GÓMEZ CABALLERO (apoderado):** ¿Sabía usted que en mayo de 2016 a los SOLARTE les fue adjudicado el proyecto, la concesión Vía Pacífico?

**OMAR AUGUSTO FERREIRA REY:** Sí, señor<sup>198</sup>.

En el mismo sentido, **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**), refirió en su declaración rendida durante la etapa de investigación que los problemas de capacidad financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** eran de público conocimiento. Al respecto señaló:

**"LEIDER GÓMEZ CABALLERO (apoderado):** ¿Los problemas de capacidad financiera por los que atravesaba CASS y SOLARTE, a los que usted ha hecho referencia, eran de conocimiento exclusivo de los empleados de esas empresas o eso era información pública que se conocía en el mercado?

**FELIPE ROCHA SILVA:** Información Pública.

**LEIDER GÓMEZ CABALLERO (apoderado):** Es usual especular sobre el comportamiento que van a tener los proponentes en los procesos de selección?

**FELIPE ROCHA SILVA:** Sí.

<sup>197</sup> Folio 8339 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-020819P2", archivo "1 - 2019-08-02 15-12-20-087". Min: 1:34:24.

<sup>198</sup> Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-210819P2", archivo "0 - 2019-08-21 12-21-31-058". Min: 42:36 y 44:15.

"Por la cual se archiva una investigación"

**LEIDER GÓMEZ CABALLERO (apoderado):** ¿ASTRIS le rindió a CONCONCRETO un concepto relacionado con la capacidad financiera de CASS y CARLOS ALBERTO SOLARTE referente o en relación con la APP Bogotá – Girardot?

**FELIPE ROCHA SILVA:** ASTRIS lo que recomendó, dijo... como ya se han ganado todos estos proyectos anteriores, vemos con serias dificultades que puedan cumplir con las condiciones necesarias para ganarse esto"<sup>199</sup>.

Debe recalcarse de la declaración de **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** no tenía, al igual que los demás proponentes, certeza de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no tuviera interés en el proceso de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** o que no fuera a conseguir el cupo de crédito general.

Igualmente, **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) manifestó que conocía de la información financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** a partir de datos públicos, de los cuales, presentando su análisis, estableció que cualquier persona podría concluir la dificultad que tendrían dichas personas para la consecución del cupo de crédito del proceso objeto de investigación. Refirió el testigo:

**"DELEGATURA:** Señor Julián, ¿sabía usted cual era la situación financiera que afrontaba **CASS** o **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, para la primera mitad del año 2016?

**JULIAN OSEJO VITERI:** Pues, en general, lo que si pasaba es que ehh cuando, en esa época, **CARLOS SOLARTE** era el socio mayoritario, tanto de **CSS** como de **CASS CONSTRUCTORES** y pues de sí mismo, cierto. Entonces, cuando yo iba a pedir un cupo de crédito para **CSS** los bancos me consolidaban el cupo como si fuéramos un grupo. Claramente no es un grupo económico, ¿cierto?, pero por tema de Basilea III que es un acuerdo en Suiza de los bancos en el mundo, hay un tema de concentración de riesgos. Entonces cuando un socio controla a una empresa y a otra, lo toman como si fuera un solo cupo de crédito, para evitar concentración de riesgo en una sola persona, ¿no? Entonces lo que sí sabía es que, digamos, para esa época, nosotros en **CSS** nos habíamos acabado de ganar una 4G, que es **Bucaramanga-Pamplona** y seis meses antes, o menos, en diciembre nos habíamos ganado **Neiva -Girardot**. Y ellos por su lado se habían ganado dos 4G que era: **Popayán – Santander de Quilichao** y **Santana – Mocoa – Neiva** y **Buga – Buenaventura**. O sea que ahí teníamos cinco carreteras donde las empresas donde participaba **CARLOS SOLARTE**, además era mayoritaria. O sea, por ejemplo, en **Bucaramanga – Pamplona** nos fuimos solos, o sea, el 100% de participación sobre **Bucaramanga – Pamplona**. **Neiva – Girardot** 85% y algo similar, o sea ellos tenían la mayoría en las de ellos. Entonces, se confabula con una sumatoria de eventos y eso. **CARLOS SOLARTE** es el mayoritario de las dos empresas y esas empresas a su vez, son las mayoritarias de las concesiones. Entonces los bancos, cuando uno es mayoritario en una concesión, lo toman como si uno fuera, así tuviera el 60% o el 50%, lo toma como si fuera uno solo, 100%. Entonces, pues como ustedes saben, cada carretera de 4G pues son proyectos grandes, que más o menos la financiación está entre unos 800 mil millones y un billón de pesos. O sea que era como consolidar cinco billones de pesos en cabeza de **CARLOS SOLARTE**. Entonces, digamos, para esa fecha, yo sabía que cinco billones de pesos en cabeza de un solo personaje, pues era mucho para los bancos. Sobre todo, porque el grupo **AVAL** no apoyaba ningún proyecto de **SOLARTE**, o sea, que quedaba, **BANCOLOMBIA**, **DAVIVIENDA** y la **FDN**. Entonces desde ese punto de vista, digamos, no sé si ellos estaban boyantes, no boyantes, no sé si tenían flujo de caja, lo que, si sé, es que para esa época y pues lo digo con toda franqueza, para esa época yo sabía que, por esa condición, y sobre todo porque nos habíamos acabado de ganar en abril **Bucaramanga – Pamplona**, estamos copados con los bancos, ¿no? También puedo decir que, cómo uno lo puede calcular fácil, con información que es pública. Los bancos no se van por más del 10% de su patrimonio técnico, que es un dato público. Entonces cuando uno multiplica el patrimonio técnico de **BANCOLOMBIA** por el 10% y el de **DAVIVIENDA** por el 10% y el de la **FDN** por el 10% y suman casi cinco billones de pesos, se da cuenta que los cupos estaban copados. Pero, como

<sup>199</sup> Folio 8499 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 1:40:41.

"Por la cual se archiva una investigación"

*te digo, no sé si ellos tenían flujo de caja, no sé, esa parte si no la conozco. Porque yo nunca veo los estados financieros de esa empresa"*<sup>200</sup>.

De lo anterior, puede decirse que bajo la gravedad del juramento, **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) mencionó que no conocía los estados financieros ni la situación financiera real de **CASS** o de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, que finalmente son los insumos que determinan la posibilidad de obtener o no el cupo de crédito. Bajo este entendido, como se analizará más adelante, puede aseverarse que este funcionario (i) no conocía la información real y verídica de la situación de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y (ii) cualquier opinión o comentario que emitiera frente a estas personas no generaría ningún tipo de certeza.

En la misma línea, **ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS** (Inversor de Banca de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) refirió que para el momento de presentación de las propuestas existía un "rumor" o "chisme" en el sector conforme al cual debido a la adjudicación de grandes proyectos de infraestructura a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y sus compañías sería complicado que consiguieran los cupos de crédito. Nuevamente debe resaltarse la incertidumbre frente a tal situación. Refirió el testigo:

**"DELEGATURA:** El despacho va a hacerle unas preguntas para que precise su declaración. Usted mencionó cuando se le preguntó respecto de las comunicaciones que usted había podido tener con Julián Osejo y bueno, lo relacionado con el proyecto de Via Pacifico. Usted le mencionó al despacho que el sector estaba haciendo "doble check", respecto de la capacidad de **CARLOS** y de **CASS**. ¿Precísele al despacho a que se refiere con que el sector estaba haciéndole "doble check" a eso por favor?

**ALEJANDRO VILLEGAS CAÑAS:** Voy a aclarar, no es más que un rumor, un chisme, una suposición que había en el sector. Cuando hablo del "doble cheque" para expedir una carta cupo, para expedir un crédito, crédito cuenta el sector financiero tiene que validar la capacidad crediticia de apalancarse de la persona que lo está solicitando. En ese momento, si no estoy mal, Carlos Alberto Solarte a través de sus compañías o directamente se había ganado 3, 4 proyectos de concesión. Un contrato de concesión es muy grande, dos contratos de concesiones son muy grandes, tres contratos de concesión son muy grandes. Entonces es por eso (audio no es claro) ...Nosotros lo vivimos ¿cierto? Cuando nosotros solicitamos una carta cupo de crédito el banco (audio no es claro)"<sup>201</sup>.

Tal situación también fue corroborada por **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**), quien resaltó que las dificultades para la consecución del cupo de crédito por parte de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** que sería presentado en el proceso de **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** pudo ser anticipada por las empresas del sector y por ende los proponentes de ese proceso desde el 20 de mayo de 2016 con la adjudicación del contrato de **VÍA PACÍFICO**. Sin embargo, tal situación no les habría otorgado certeza de que, en efecto, no lo conseguirían. Frente al particular indicó que:

**"LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):** ¿Y podían haber anticipado que no iban a obtener el cupo de crédito?

**RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** Pues anticipado, que hubiéramos tenido dificultades, sí. Pero tanto como no conseguirlo, no.

**LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):** ¿Y desde cuando podían haber anticipado?

**RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** Desde que se gana uno la última concesión que fue la de Vía al Puerto.

<sup>200</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 13:56.

<sup>201</sup> Folio 8220 del cuaderno público No. 31 del Expediente. Min: 1:09:50.

"Por la cual se archiva una investigación"

**LAURA BUENDÍA GRIGORIU (apoderada):** ¿Y recuerda cuándo fue eso?

**RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO:** No. Eso fue todo muy cercano. Eso, tengo en mente que fue...todo eso ocurrió en el primer semestre de 2016<sup>202</sup>.

De las anteriores declaraciones se colige, que el público general podía suponer, a partir de la información pública, que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** tenían copada su capacidad de endeudamiento para el momento en que presentaron su propuesta al proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**. Sin embargo, tal situación no se traducía en que tuvieran certeza de que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no conseguiría el cupo de crédito. Esta situación fue referida por funcionarios de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL** (integrada por **CONALVIAS**, **INFRACÓN** e **ICEIN**) quienes manifestaron –tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la de investigación– que la no presentación del cupo de crédito general por parte de las referidas personas no había sido una sorpresa

Debe resaltarse el hecho que desde mayo de 2016, mes en el cual fue adjudicado el contrato de **VÍA PACÍFICO**, los demás interesados que conformaban la lista de precalificados al proceso objeto de investigación podían anticipar –lo cual no implica que ya no hubiese incertidumbre– que la capacidad de endeudamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se había reducido sustancialmente. Este hecho generó que los demás precalificados al proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** pudieran anticipar que la estructura plural conformada por estas personas tendría dificultades en la consecución del cupo de crédito que debían presentar para que su propuesta fuera declarada hábil.

(iii) De la relación de socios de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** con **CONSTRUCTORA CONCRETO** en otros proyectos

Ahora, habiendo mencionado el contrato de **VÍA PACÍFICO** es menester tener presente que la estructura plural adjudicataria de dicho contrato estuvo conformada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.**, **CASS** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**. Es decir, en este caso particular quienes suelen ser competidores, a partir de la habilitación legal que al respecto hace la Ley 80 de 1993, se asociaron a través de una estructura plural con el fin de presentar propuesta al proceso de selección contractual **VJ-VE-APP-IPV-001-2016** adelantado por la **ANI**, convirtiéndose en socios. Sumado a la información pública ya presentada, tal situación fue reiterada por **AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN** (Directora de Licitaciones de **CASS** para la época de los hechos), quien señaló:

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** ¿Mencionó usted frente a una pregunta del despacho que uno de ellos estuvo con **CONCRETO** o le entendí mal?

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** Entendió bien. Buga – Buenaventura se presentó con **CONCRETO**.

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** ¿Qué quiere decir que se presentó con **CONCRETO**?

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** Se hizo una estructura plural para presentar esa **APP** y fue adjudicada

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES (apoderado):** ¿Se comparte la información sobre el cupo de crédito con los otros oferentes en una estructura plural?

<sup>202</sup> Folio 8790 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 1:00:52.

"Por la cual se archiva una investigación"

**AÍDA CONSUELO RODRÍGUEZ RINCÓN:** *Pues todo conforma... claro... es una, es un, es uno solo. O sea cuando se unen se vuelven uno solo*<sup>203</sup>.

Debe resaltarse también que **CSS** –empresa no investigada en el presente trámite–, de la cual también es accionista **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y cuyo Director Financiero es **JULIÁN OSEJO VITERI**, era socia de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** en otros proyectos. Tal situación fue referida por **JULIÁN OSEJO VITERI**:

**"DELEGATURA:** *Señor Julián, para el año 2015 y 2016, ¿conocía usted alguna persona vinculada con CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.?*

**JULIAN OSEJO VITERI:** *Sí, conocí a varias personas, en particular, en lo referente digamos, a los tres proyectos que tenemos con CONCONCRETO en CSS. Primero es el Túnel de la Línea, que lo estamos, todavía estamos ejecutándolo. Segundo, es la Ruta del Sol I, la Ruta del Sol I todavía la estamos ejecutando, es un proyecto entre Villeta y el Coran, cerca a Puerto Salgar. Y, el tercero también eran unas obras públicas que tuvimos en la vía hacia Buenaventura con el INVÍAS junto con CONCONCRETO*

**DELEGATURA:** *¿A qué personas de constructora CONCONCRETO S.A. conocía usted para esa época?*

**JULIAN OSEJO VITERI:** *Conocí, con el que más me llevaba o me trataba en las reuniones de trabajo era con Juan Guillermo Saldarriaga, en algunos casos muy eventuales ehh también asistió a algunas juntas del consorcio VIAL HELIOS que es el de la Ruta del Sol I LUIS ARISTIZÁBAL y en algunos temas de la, principalmente de, del túnel de la línea y de las obras de Buenaventura A Felipe Rocha y ALEJANDRO VILLEGAS. Ahh RICARDO RODRÍGUEZ también lo conozco*<sup>204</sup>.

En efecto, una vez revisada la información pública contenida en el **SECOP** de los procesos de selección de Ruta del Sol Tramo <sup>205</sup>, Doble Calzada Cisneros – Loboguerrero (Tramo 4 fase 1) <sup>206</sup> y el túnel de la línea<sup>207</sup>, se corroboró que **CSS** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** en efecto son socios.

Así las cosas, encuentra el Despacho que pese a ser competidores, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**, **CASS CONSTRUCTORES**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** han sido socios en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura vial en el país. Como de esta situación se desprende, es lógico, que en el marco de una dinámica en la cual las sociedades han hecho parte de distintas estructuras plurales y en otros casos se han convertido en socios de sociedades de objeto único para desarrollar esos contratos estatales, estas hayan podido tener un mayor conocimiento de la situación interna de estas, lo cual pudo implicar que tanto **CONSTRUCTORA CONCONCRETO** como **CASS** o **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** hubiesen usado esa información en las estimaciones realizadas para el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**.

<sup>203</sup> Folio 8424 del cuaderno público No. 32 del Expediente, carpeta "16-223755-150819P2", archivo "0 - 2019-08-15 15-15-00-074". Min: 19:34.

<sup>204</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 18:27.

<sup>205</sup> Información que puede consultarse en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316> (**SECOP I**: Proceso SEA LP 001 2009).

<sup>206</sup> Información que puede consultarse en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-40366> (**SECOP I**: Proceso LP-SGT-SRN-002-2009).

<sup>207</sup> Información que puede consultarse en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.640923&isFromPublicArea=True&isModal=False> (**SECOP II**: Proceso LP-DO-GTL-043-2018).

"Por la cual se archiva una investigación"

En esta línea, encuentra el Despacho que **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) refirió esta situación en la declaración rendida durante la etapa de investigación. Al respecto indicó:

*"DELEGATURA: Señor Felipe, el día de ayer usted nos mencionó cuáles eran las expectativas que usted tenía de los demás competidores, mencionaba frente a una pregunta que se le hizo más o menos qué esperaba de cada uno de los competidores que iba a tener CONCRETO en la estructura plural en la que participó en la APP BOGOTÁ – GIRARDOT. El despacho lo que quiere saber es, en la segunda reunión a la que asistió personal de CONCRETO y VINCI, las demás personas ¿qué mencionaron con relación al comportamiento que podían esperar los competidores de CONCRETO a ese proceso de selección?"*

***FELIPE ROCHA SILVA:** La verdad no recuerdo. Muchos decían que, había unos, no sé los nombres, pero creo que algunos habían... cuando usted ya entiende el mecanismo del juego y tiene sus cifras, usted cree que muchos van a llegar a la misma cifra. Entonces había varios que creían que íbamos a estar todos muy por encima o cerquita al 79 y pico. Entonces muchos decían que, los que habían entendido el juego, y tenían la capacidad de bajar su piso a 75 o 70, lo que fuera, iban a entender el juego por eso iban a estar así. Otros pensaban que los chinos eran muy agresivos y se podían ir bajito. Otros pensaban que, en lo que había como consenso más o menos, era en el tema de Solarte por el tema financiero que habíamos tratado mucho con bancos por conocimientos internos de CONCRETO por su relación con directa con ellos en Vía Pacífico, por informes que habíamos pedido a la banca de inversión donde nos decían como estaban ellos económicamente. Digamos, que Solarte fue el más fácil, digamos, de enmarcar en todo esto especulativo, a pesar de que el despacho dice que hay certeza, nada de esto hay certeza. Todo es especulativo, pero con OHL la verdad no me acuerdo. Yo ni los conocía. Yo lo que me acuerdo de... y se los dije ayer y vuelvo y se lo repito, en mi cabeza era que eran agresivos, porque el presidente lo dijo en una entrevista, ni conozco al presidente, ni sé si sea mentira o verdad, evidentemente (bloqueo) porque se fue más alto de lo que dijo, pues lo que pretendió decir en su entrevista. Pero claramente que esta vez es un, lo que le dije, esta vez realmente, esta parte del proceso me parece muy especulativo y todos votan sus ideas y todos corren y corren entonces la verdad yo como que me desentendí un poco de eso, tenía era la idea mi cabeza, pero ya mi labor estaba digamos que yo ya estaba tranquilo con la definición del piso que había logrado en la primera reunión"<sup>208</sup>.*

En resumen, de las pruebas presentadas y el análisis realizado, se encuentra que (i) el hecho que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** hubiesen sido adjudicatarios de importantes contratos de infraestructura de relevancia nacional, le permitía a todos los agentes de mercado del sector de infraestructura suponer que para el proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) tendría dificultades para lograr obtener el cupo de crédito y (ii) que al ser socios **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** en la ejecución de otros proyectos de infraestructura, pudieron tener mayor conocimiento de la situación interna de estas, lo cual se pudo haber visto reflejado en la estimaciones realizadas por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) para determinar el valor de su oferta económica.

(iv) Del papel de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) y su relación con **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y su comportamiento en el caso concreto

Teniendo en cuenta estos antecedentes, pasa el Despacho a analizar de forma detallada el rol de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) revisando las pruebas que, según la Delegatura dan cuenta del aparente intercambio de información con **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) el cual, según el Informe Motivado, no fue

<sup>208</sup> Folio 8496 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-233755-280819", archivo "1 - 2019-08-28 10-27-16-122". Min: 30:27.

"Por la cual se archiva una investigación"

idóneo para afectar la libre competencia económica dentro del proceso de selección objeto de investigación.

Según las declaraciones y testimonios de **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos), **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**), **JULIÁN OSEJO VITERI** es el Director Financiero de **CSS**, empresa independiente a **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.** Según lo establecido por **JULIÁN OSEJO VITERI**, sus funciones eran:

**"DELEGATURA:** ¿Señor Julián por favor precísele al despacho cuáles son sus funciones al interior de **CSS**?

**JULIAN OSEJO VITERI:** Yo estoy encargado de varios aspectos. Primero, elaborar los presupuestos de la empresa, los flujos de caja"<sup>209</sup>.

(...)

**"JULIAN OSEJO VITERI:** Entonces iba en las funciones. Yo elaboro el presupuesto de la compañía, de **CSS constructores**, con base en los flujos de caja de los proyectos y adicionalmente para los proyectos en que se presenta **CSS** en licitación y gana, coordino toda la financiación de, de los mismos, con los bancos y los financiadores, sean locales o internacionales.

**DELEGATURA:** ¿En el marco de esas funciones relacionadas con el financiamiento de los proyectos, se encarga usted de llevar a cabo la consecución de cupos de créditos?

**JULIAN OSEJO VITERI:** Si. Sí, yo, digamos tengo relación con las entidades financieras y bancarias. Y en su momento para las presentaciones en particular de la 4G que son las que...realmente antes de las 4G no se pedían cupos de crédito. Uno se presentaba a proyectos con el **INVIAS** o con el **ANI**, y digamos, uno no tenía la figura que tiene ahora, y esos cupos de crédito que se llamaban cupo general o específico, que se hicieron para las 4G, pues yo tenía que gestionarlos ante los bancos"<sup>210</sup>.

El declarante fue enfático en señalar que las funciones anotadas las cumplía únicamente para la empresa **CSS**, en ningún momento para **CSS** o **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE S.A.S.** o **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** persona natural. Bajo la gravedad de juramento señaló:

**"DELEGATURA:** ¿Estas funciones que le acaba de mencionar usted al despacho que ejercía las desempeñaba usted también cuando **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** se presentaba a un proceso de selección con el Estado?

**JULIAN OSEJO VITERI:** No. No. Digamos **CSS Constructores**, -y eso es un buen punto para aclarar porque hay mucha confusión en eso en el mercado- Tanto **CSS Construcciones** y **CARLOS SOLARTE S.A.S.** y **CARLOS SOLARTE** persona natural como **CASS Constructores** y en particular **CSS** con esas dos, se manejan de forma independiente. Entonces ellos tienen su propia nomina, ellos tienen pues, sus propios departamentos que les tramitan eso. Yo solamente me encargo de lo que corresponde a **CSS constructores**"<sup>211</sup>.

En esta misma línea, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** indicó:

**"DELEGATURA:** ¿Sabe usted quién es **JULIÁN OSEJO**?

<sup>209</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 8:04.

<sup>210</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 8:55.

<sup>211</sup> Folio 8999 del cuaderno público No. 36 del Expediente, carpeta "16-223755-051119\_2", archivo "0 - 2019-11-05 13-13-03-108". Min: 10:47.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:** JULIÁN OSEJO sí.

**DELEGATURA:** ¿Quién es?

**CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:** Es un funcionario de CSS. CSS yo la llamo "la firma de los viejos" Es decir de LUIS SOLARTE y CARLOS SOLARTE. LUIS SOLARTE es mi hermano y yo, CARLOS SOLARTE. La empresa que prácticamente viene funcionando desde mucho tiempo atrás.

**DELEGATURA:** ¿Qué cargo desempeña él en esa empresa?

**CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:** Él en esa empresa desempeña el cargo de financiero.

**DELEGATURA:** ¿En algún momento se reunió usted con JULIÁN OSEJO para hablar del proyecto de la APP BOGOTÁ – GIRARDOT?

**CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE:** No. Él lógicamente habrá portado algún comentario, alguna pregunta que le hayan hecho. Pero no. No era el elemento indispensable en eso. No, él es de CSS. Vuelvo y hago énfasis, es la empresa de los viejos. No tiene nada que ver ni con CASS Constructores ni con los viejos. No tiene nada que ver ni con CASS CONSTRUCTORES ni con CARLOS ALBERTO SOLARTE S.A.S, ni con la persona<sup>212</sup>.

Vale la pena aclarar que, si bien **RAFAEL EDUARDO CORTÉS URQUIJO** (Gerente de Nuevos Negocios de **CASS**) refirió en su declaración que **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) solía apoyar en los aspectos financieros a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**<sup>213</sup>, lo cierto es que en la misma declaración no lo incluyó dentro de las personas de confianza de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**<sup>214</sup>.

Ahora bien, se encuentra acreditado dentro de la actuación que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) mediante correo electrónico con asunto "Re: Avances 3er Carril" manifestó expresamente su interés en conocer cuál sería la estrategia que adoptaría la estructura plural conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. Sin embargo, de la literalidad del texto del correo no es posible deducir que hubiese ordenado a "JG", que sería **JUAN GUILLERMO SILDARRIAGA SILDARRIAGA** (Vicepresidente de Infraestructura de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**), comunicarse con "Carlis" o "Claudia", haciendo referencia a **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y a **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), hecho que, independientemente de haber sido una orden o no, en ningún momento aconteció<sup>215</sup>. Igualmente, debe resaltarse el hecho de que a ese mismo correo dio respuesta **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**). Este fue el correo:

"Buenos días Juan Luis

Le contesto sobre su correo  
Slds,

Felipe Rocha Silva

<sup>212</sup> Folio 8474 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta "16-223755-160819", archivo "0 - 2019-08-16 10-12-41-003". Min: 48:00.

<sup>213</sup> Folio 87990 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 38:02.

<sup>214</sup> Folio 87990 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-011019", archivo "0 - 2019-10-01 10-19-48-002". Min: 1:04:02.

<sup>215</sup> Folio 8774 del cuaderno público No. 35 del Expediente, carpeta "16-223755-300919", archivo "0 - 2019-09-30 15-07-00-044". Min: 1:15:03.

"Por la cual se archiva una investigación"

Vicepresidente de Inversiones  
**Constructora Concreto**

Enviado desde mi iPhone

On Jul 6, 2016, at 4:48 AM, Juan Luis Aristizabal <[jl.aristizabal@concreto.com](mailto:jl.aristizabal@concreto.com)> wrote:  
Necesitamos:

- Que va a hacer Solarte. JG puede llamar a Carlis o a Claudia para preguntarles si van al 100 o presentan propuesta. **R/ ayer hablamos con Julian y en principio siguen sin interés, lo que tenemos que averiguar es si van al 100% (o un % alto) o si van a buscar el mecanismo para que la oferta no sea válida y que no les abran el sobre económico. Esta posibilidad es viable y nosotros con PHR ya la hemos estudiado.**
- Van los chinos? **R/ intentamos averiguar pero parece que sí, OHL seguro que sí y lo dicen públicamente.**
- Probabilidades con escenarios Solarte/chinos. **R/ hacemos una sensibilidad con algunos supuestos y la circulamos para que todos tengamos una idea.**
- Felipe puede ir a Bogotá mañana para reunirse con Gnecco y Jean Luc Audureau el jueves o viernes AM para saber qué camino siguen y cuál es la respuesta de Globalvias. **R/ ok. El tema con Jean Luc del EPC, esta es mi posición no sé qué opina Juan Guillermo y Julio, el tema que sigue realmente abierto es el de garantizar la oficina central y la utilidad en euros (los costos de esta cobertura son COP36kMM).**

Hagan la reunión y me llaman al final para darme resumen.

Fadi me preguntó si estábamos dispuestos a ir al 79%.

**R/ más que si estamos dispuestos (que hoy con una revisión de Opex que estamos haciendo le podemos dar una mejor respuesta) lo que creo es que no es la oferta más competitiva teniendo en cuenta las reglas de juego, y que la rentabilidad como está hoy el proyecto es baja para un riesgo 100% tráfico (10.11% real).**

También me dijo que si presentamos 91%. No nos pueden descalificar. Si Colpatria iguala a OHL si está por debajo podríamos entrar si hay acuerdo entre VC-Concreto-Colpatria y Globalvias. No sabemos en qué van. Hablamos en la tarde.

Juan Luis Aristizabal

Enviado desde mi iPhone<sup>216</sup>(Subraya y negrilla original).

El correo presentado demuestra que **CONSTRUCTORA CONCRETO** adelantó gestiones internas, así como externas con sus asesores, con el fin de obtener información para establecer escenarios de la forma en que podrían comportarse sus competidores. Véase que tal situación no se redujo al comportamiento exclusivo de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**). Además, es posible concluir que existía incertidumbre frente al comportamiento que tendrían todos sus competidores dentro del proceso de selección.

Ahora, frente al caso particular de la información contenida en el mensaje relacionada con el comportamiento de "Solarte", se observa que en efecto existió una comunicación con **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero **CSS**), sin embargo, no expresa con claridad la estrategia que implementaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) en el proceso de selección adelantado por la ANI. No puede evidenciarse a partir del correo electrónico que se informara a **CONSTRUCTORA CONCRETO** cuál sería el comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, pues como en el mismo se estableció no existía certeza de si presentarían una oferta económica al 100% del VPIP o si buscarían que su oferta no fuera válida.

<sup>216</sup> Folio 2067 del cuaderno público No. 15 del Expediente, carpeta "EVIDENCIAS FORMATO PDF", archivo "4880212 Re\_%20Avances%203er%20Carril".

“Por la cual se archiva una investigación”

Inclusive, el hecho de no tener interés en el proyecto como tal habría significado la no presentación de propuesta por parte de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**), hecho que no ocurrió en la medida en que sí presentaron propuesta el 11 de julio de 2016 como quedó establecido y probado en líneas precedentes.

Debe señalarse, que para ese preciso momento –6 de julio de 2016– para **CONSTRUCTORA CONCRETO** no era clara cuál sería la estrategia que implementaría **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**; sin embargo, algo sí sabía y era que varios proyectos de infraestructura les habían sido adjudicados.

En este punto conviene señalar que, contrario a lo señalado por **ICEIN** en sus observaciones al Informe Motivado, no encuentra el Despacho que exista prueba que permita concluir que la información que le habría suministrado **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) a **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) hubiese girado en torno a la decisión de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** de no participar en el proceso, la cual a claras luces resulta ser información sensible, reservada y que hubiese significado una ventaja competitiva en el proceso de selección objeto de investigación para **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

Ahora, debe precisarse que se encuentra probado que con posterioridad al 6 de julio de 2016 existió comunicación telefónica entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**). Sin embargo, no existe prueba dentro del Expediente que demuestre que en dicha llamada existió un suministro de información sensible respecto al comportamiento que iba a tener la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) en el proceso de selección objeto de la presente investigación que hubiese podido ser utilizada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** con el fin de obtener una ventaja competitiva con respecto a los demás participantes. Los elementos probatorios acá mencionados solo parecerían evidenciar que **JULIÁN OSEJO VITERI**, funcionario vinculado con una empresa que no participó del proceso de selección y que no es investigada en esta actuación, habría brindado una opinión meramente personal.

De otro lado, tampoco existe prueba alguna que demuestre que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, a través de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), hubiese suministrado información de su compañía a funcionarios de **CONSTRUCTORA CONCRETO**, como tampoco que **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos) o **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Representante Legal de **CASS**), hubiesen dado a conocer información de la estrategia que implementarían en el proceso de selección o suministrado u ordenado a **JULIÁN OSEJO VITERI** transmitirla a **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

En síntesis, para este Despacho se encuentra probado que **CONSTRUCTORA CONCRETO** preparó su propuesta buscando tener información de todos sus competidores. Frente al caso particular de análisis de la estrategia o comportamiento que tendría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**), los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) habrían tenido en cuenta el hecho que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** habían sido adjudicatarios de varios proyectos de infraestructura lo cual implicaba una reducción en su capacidad de endeudamiento, lo cual podría verse reflejado en las dificultades que tendrían para conseguir el cupo de crédito que se estableció en los pliegos de condiciones como requisito habilitante de las propuestas; información que fue de público conocimiento.

Por su parte, debe reiterarse que el hecho de que **CONSTRUCTORA CONCRETO** fuera socia de **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** en otros procesos de selección y proyectos de concesión, le habría permitido a **CONSTRUCTORA** tener un mayor conocimiento del mercado al momento de realizar sus estimaciones.

"Por la cual se archiva una investigación"

Las conclusiones anotadas en el párrafo anterior, explicarían el motivo por el cual en el archivo denominado "*Sinóptico de Ofertas*", el cual se adjuntó al correo electrónico del 11 de julio de 2016, cuyo asunto fue "*Re: Escenarios*", no se establecieron datos para el proponente **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**). Bajo este entendido, la explicación de dicha circunstancia encontraría sustento en el riesgo tomado por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**), considerando la opción de que la estructura plural conformada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** no presentarían propuesta o buscarían que su propuesta no fuera habilitada, conforme la información pública que se tenía para el momento.

En resumen, encuentra el Despacho que no existen pruebas que permitan arribar a la conclusión de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** suministraran información sensible o reservada a **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO** y **VINCI** la cual hubiese derivado en una ventaja competitiva a la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) dentro del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016**.

*Contrario sensu*, existen suficientes elementos de juicio que indican que la situación financiera de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) se vio alterada desde el momento de la presentación de la manifestación de interés (10 de noviembre de 2015) hasta el momento de presentación de las propuestas (11 de julio de 2016), por cuanto dichas personas resultaron adjudicatarias de grandes proyectos de infraestructura, lo que implicó que su capacidad de endeudamiento se redujera, lo que a su vez permitía inferir que tendrían dificultades en la consecución del cupo de crédito que debían presentar al proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT**. Igualmente, se encontró que funcionarios de las demás sociedades integrantes de las estructuras plurales que habían manifestado interés al proceso y que presentaron propuesta al proceso de selección refirieron que lo acontecido con la propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) en el proceso de selección no fue sorpresivo. Por otro lado, no debe olvidarse que la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no cumplió con la capacidad jurídica, financiera y con documentos de la propuesta, motivo por el cual, al no responder las solicitudes de subsanación de la **ANI**, su oferta fue declarada no hábil.

En consecuencia, se encuentra probado que (i) **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** resultaron adjudicatarias de varios contratos estatales entre 2015 y 2016, información que es de público conocimiento, hecho que le permitió a los demás precalificados del proceso de selección de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** suponer con alto grado de confianza que los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** tendrían dificultades para obtener el cupo de crédito; (ii) **CONSTRUCTORA CONCRETO** era socia de **CASS**, **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CSS** en la ejecución de distintos contratos estatales, lo cual les pudo otorgar información adicional de la situación financiera de las empresas; (iii) **CONSTRUCTORA CONCRETO**, con base en la información que tenía del mercado y que había obtenido de manera lícita, buscó analizar y establecer internamente, con ayuda de sus asesores externos, cuán sería el comportamiento de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** en el proceso de selección objeto de investigación; y (iv) el solo registro de llamadas entre **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) y **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**) no prueba que hubiese existido un intercambio de información sensible que permitiera dilucidar cuál sería el comportamiento que presentaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) en el proceso de selección.

### Conclusiones

De acuerdo con el material probatorio presentado anteriormente, en la presente investigación se encuentra acreditado lo siguiente:

"Por la cual se archiva una investigación"

- La propuesta de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) fue declarada no hábil por la **ANI** en la medida en que no cumplió con la capacidad jurídica, la capacidad financiera (cupo de crédito) y con otros documentos establecidos por el pliego de condiciones del proceso. Es decir, la no acreditación de los requisitos habilitantes para que el sobre económico de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT-BOGOTÁ** fuera abierto se debió a una causa externa a sus integrantes.
- Entre junio de 2015 y mayo de 2016 las empresas de **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** fueron adjudicatarias de importantes proyectos como **ALIADAS** (Concesión vial Santana-Mocoa-Neiva), **TÚNEL DEL TOYO** (construcción túnel y vías de acceso así como su operación y mantenimiento), **NUEVO CAUCA** (Concesión vial Popayán-Santander de Quilichao), **PTAR** (concesión de la planta de tratamiento de aguas residuales El Salitre) y **VÍA PACÍFICO** (Concesión vial Buga-Buenaventura), cuyo valor era superior a los 10 billones de pesos, hecho que impactó en la situación financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** copando su capacidad de endeudamiento.
- La información relacionada con la adjudicación de los proyectos es de público conocimiento, toda vez que de ella se deja constancia y registro en el **SECOP**.
- Varios de los funcionarios de las sociedades que integraban las estructuras plurales que estaban en la lista de precalificados al proceso de selección indicaron que el hecho de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE** no hubiesen podido presentar el cupo de crédito no fue sorprendente, toda vez que habían sido adjudicatarios de grandes proyectos de concesión.
- La situación financiera de **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** cambió desde el momento en que presentaron manifestación de interés (10 de noviembre de 2015) y el momento en el cual presentaron la propuesta (11 de julio de 2016), situación que originó la dificultad en la consecución del cupo de crédito general que debían presentar en el proceso de selección objeto de investigación.
- La imposibilidad de conseguir el cupo de crédito para el proceso objeto de investigación fue corroborada por **BBVA S.A.** y **BANCOLOMBIA S.A.**
- **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** fueron integrantes de la estructura plural que resultó adjudicataria del contrato de concesión **VÍA PACÍFICO**. Bajo esa relación, funcionarios de ambas empresas tuvieron conocimiento de información sensible y reservada de su socio.
- Los interesados que conformaron la lista de precalificados pudieron anticiparse al hecho de que **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE** tendrían dificultades para obtener el cupo de crédito desde el 20 de mayo de 2016, fecha en la cual les fue adjudicado el contrato de **VÍA PACÍFICO**.
- **CONSTRUCTORA CONCRETO** estuvo interesada en conocer la estrategia que utilizarían todos sus competidores, no solamente **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, dentro del proceso de selección contractual adelantado por la **ANI**. Sin embargo, frente al comportamiento que tendría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**) **CONSTRUCTORA CONCRETO** hizo sus predicciones conforme la información que tenía del mercado y que había obtenido de manera lícita.
- **JULIÁN OSEJO VITERI** es el Director Financiero de **CSS** empresa de la cual es accionista **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y la cual funciona de manera independiente a **CASS**.
- Si bien **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCRETO**) se comunicó con **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**), lo cierto es que este funcionario no conocería información reservada o sensible de **CASS**, según lo

“Por la cual se archiva una investigación”

establecido por varios testigos. Igualmente, el solo registro de llamadas no prueba que haya existido un intercambio de información sensible. Bajo este entendido, teniendo en cuenta lo señalado en la declaración de **FELIPE ROCHA SILVA** y en el testimonio de **JULIÁN OSEJO VITERI**, lo conversado entre estas personas constituiría una opinión personal sustentada en el conocimiento de la información pública, la cual no dio ningún tipo de certidumbre o ventaja competitiva a **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

- No existe prueba de que **CASS**, a través de **PAOLA FERNANDA SOLARTE ENRÍQUEZ** (Gerente Financiera de **CASS** para la época de los hechos), **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**, (Representante Legal de **CASS**) o **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** hubiesen suministrado información sensible o reservada a **CONSTRUCTORA CONCRETO**, **INDUSTRIAL CONCRETO** o **VINCI** de forma indirecta a través de **JULIÁN OSEJO VITERI** (Director Financiero de **CSS**).

#### 7.5. Consideraciones adicionales del Despacho en relación con el intercambio o suministro y uso de información entre competidores

Teniendo en cuenta el análisis realizado por el Despacho en torno al supuesto intercambio o suministro y uso de información sensible es relevante presentar algunas consideraciones adicionales frente a la investigación adelantada bajo la prohibición general. Para tal efecto, se hará referencia a (i) el intercambio o suministro y uso de información entre competidores y (ii) la imposibilidad de existir efectos coordinados con la conducta de intercambio o suministro y uso de información en el caso objeto de investigación.

Así bien, debe iniciarse precisando que la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única en materia de libre competencia en Colombia, reconoce que las dinámicas de los mercados nacionales son cambiantes y cuentan con características propias dependiendo del sector en el que se encuentren. En este sentido, factores como el número de oferentes, la estructura del mercado, así como la manera en que se comportan la oferta y la demanda son determinantes para establecer el comportamiento de los diferentes agentes en los mercados nacionales. Por esta razón, la información del mercado es un insumo esencial para los agentes económicos, puesto que a través de esta podrán determinar su comportamiento y competir de manera más eficiente.

Conforme lo anterior, es natural que los agentes de mercado busquen obtener la mayor cantidad de información del mercado en el que compiten, lo cual incluye necesariamente información de sus competidores. Si bien esto no es ilegal per se, dicha obtención de información se torna ilegal y contraviene el régimen de la libre competencia cuando a través de medios o mecanismos ilegítimos, fraudulentos o contrarios al orden público y las buenas costumbres, se obtiene información reservada o sensible de los competidores que constituya una ventaja competitiva en determinado mercado, en desmedro de los demás agentes de mercado o incluso de los mismos consumidores.

Esta circunstancia comporta mayores impactos negativos en la contratación estatal. De hecho, recientemente mediante Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019, este Despacho precisó lo siguiente respecto al acceso a información confidencial en el marco de un proceso de selección contractual público:

*“Precisamente, esta Superintendencia ha considerado que dentro de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia en los procesos de contratación pública se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios de la entidad contratante y los futuros proponentes<sup>217</sup>. Según la **OCDE**, la ocurrencia de estas prácticas en los procesos de contratación puede desalentar la participación de compañías competidoras, disminuir la*

<sup>217</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Guía Práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. Disponible en: [https://www.sic.gov.co/recursos\\_usuario/documentos/articulos/2010/Guia\\_Contratacion.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_usuario/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf).

"Por la cual se archiva una investigación"

*confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavar los beneficios de un mercado competitivo*<sup>218</sup>.

*En tal medida, en la estructuración de un proceso de contratación existe determinada información que por sus particularidades, el momento en que es manejada por la entidad pública y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista, resulta confidencial. De ese modo, todas las personas o interesados en contratar con el Estado deben gozar de idénticas oportunidades respecto del acceso a la información relacionada con el proceso licitatorio en los tiempos y a través de los mecanismos previstos en la ley, con lo que se garantiza la libre concurrencia en condiciones de igualdad de aquellos oferentes potencialmente habilitados para participar según las exigencias de cada proceso contractual y, a su vez, se beneficia a la entidad pública de las ventajas económicas que la competencia en el mercado le puede generar.*

**Así las cosas, en el desarrollo de las actividades propias de la contratación estatal, la publicidad y la igualdad de oportunidades son elementos fundamentales para garantizar que todos los agentes participantes puedan actuar en condiciones que garanticen el libre desarrollo del proceso competitivo y, por esa vía, materialicen el principio de selección objetiva, es decir, que la escogencia se lleve a cabo con el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva**<sup>219</sup>. **Entonces, cualquier distorsión injustificada de estas condiciones afecta el desenvolvimiento natural de sus participantes y la igualdad de oportunidades en las que se espera que estos concurren a rivalizar en los procesos de contratación estatal.**

**En efecto, cuando un interesado en contratar con el Estado se anticipa indebidamente a las condiciones o exigencias que tendrá un proceso contractual a través del acceso fraudulento a información confidencial, en forma inmerecida se atribuye una ventaja competitiva frente a los demás interesados, circunstancia que limita la libre competencia en el proceso contractual.** Esta situación se configura, por ejemplo, cuando uno de los agentes del mercado se entera de determinadas condiciones o exigencias que aún no han sido públicamente reveladas por quien dirige un proceso de contratación estatal y esa información es relevante y concreta para el desarrollo del proceso de selección o suficiente para darle ventaja a quien accede a la misma para participar en el proceso<sup>220</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con este precedente, los principios de publicidad e igualdad, propios del ámbito de la contratación estatal, son elementos esenciales que garantizan la materialización del derecho a la libre competencia económica en los procesos o concursos públicos, lo cual, a su vez, se traduce en el perfeccionamiento del principio de selección objetiva. Por tal motivo, cualquier afectación, impacto o distorsión en tales principios frustra el normal desenvolvimiento del proceso competitivo y, por ende, puede ser constitutivo de una práctica anticompetitiva afectando negativamente el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Así las cosas, cuando en el marco de un proceso contractual proponentes intercambian información sensible o reservada frente a la estrategia que adoptarán u otorgan o reciben una ventaja competitiva ilegítima frente a los demás competidores, afectan intereses superiores en la medida en que quien funge en esos procesos como oferente es el Estado Colombiano.

Esta Superintendencia ha tenido ocasión de referirse en varias oportunidades al intercambio de información entre agentes de mercado, aunque no como conducta autónoma e independiente que se

<sup>218</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. Disponible en: [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>219</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 5.

<sup>220</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019.

"Por la cual se archiva una investigación"

enmarcaría dentro de la prohibición general de competencia (artículo 1 Ley 155 de 1959), sino como un instrumento para perpetrar otras conductas ilegales. Particularmente en dos casos ("Cuadernos" y "Tuberías"), esta Entidad ha analizado intercambios de información entre competidores como parte de sistemas o acuerdos anticompetitivos. Así, en el caso de "Cuadernos" se estableció:

*"El Despacho encontró demostrado que los investigados acordaron una estrategia que tuvo por objeto el desarrollo concertado, continuado y coordinado de políticas de comercialización consistente en abstenerse de vender cuadernos en consignación, de recoger unidades sueltas, de refacturar las mercancías y de entregar obsequios a los consumidores finales".*

(...)

*"Respecto de la naturaleza de la información compartida, se observa que era privada y que se relacionó con los comportamientos y condiciones privados de los clientes con cada una de las empresas participantes, sin que pudieran ser conocidos por terceros, a menos que las compañías decidieran compartirlos. Adicionalmente, el envío de información sobre clientes morosos o riesgosos por parte de las empresas participantes en los mencionados Comités de Crédito, implica igualmente compartir información correspondiente a su listado de clientes, es decir, el intercambio de información sensible que en un ambiente de libre competencia no sucedería.*

*De acuerdo con lo anterior, el intercambio de información por parte de **CARVAJAL** y **SCRIBE** a través de la realización de los denominados Comités de Crédito, tenía la potencialidad de favorecer a **CARVAJAL** y **SCRIBE** para que estas pudieran coordinar sus políticas comerciales y de tratamiento de los clientes, particularmente en lo relacionado con las condiciones crediticias que se aplicarían a estos. Para el Despacho resulta claro que, en un ambiente de libre competencia y ardua rivalidad en el mercado, se habría mantenido la reserva que debe existir sobre dicha información. Adicionalmente, es muy importante tener en cuenta que el ejercicio conducido en el Comité de Crédito tenía una implicación directa en un aspecto muy importante de cualquier negociación, relacionado directamente con la posibilidad de obtener un plazo para el pago y la extensión del mismo, lo que repercute de manera directa en el precio*

*Ahora bien, en la presente actuación el Despacho también encontró evidencia de que las investigadas coordinaron sus políticas comerciales y de crédito frente a sus clientes, como fruto del intercambio de información dentro del contexto de los Comités de Crédito en los cuales participaron.*

*Esta información fue utilizada por estas compañías para la toma de decisiones sobre el otorgamiento de créditos a sus clientes. Prueba de lo anterior, es el documento aportado por **CARVAJAL** relacionado con su política de crédito y en el que se observó, que para la evaluación de riesgo crediticio era tomada en cuenta la validación de las referencias comerciales en los Comités de Crédito del Sector Papelero"<sup>173</sup> (...)*

(...)

*"Lo anterior demostró que el intercambio de información entre **CARVAJAL** y **SCRIBE** dentro del contexto de los denominados Comités de Crédito, además de tener la idoneidad de favorecerlos para que pudieran coordinar variables de competencia como los cupos de crédito o los plazos de pago, fue efectivamente empleado con dicha finalidad".*

(...)

*"En conclusión, el Despacho reitera que, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, constató que el mecanismo de los Comités de Crédito va en contravía de la libre competencia, teniendo en cuenta que, de una parte, el comité constituyó un espacio de intercambio de información tendiente a seleccionar los "buenos clientes", excluyendo aquellos que se retrasan con el pago a los competidores que no son miembros del Comité. Por otro lado, se generó un mecanismo de cierre de mercado para aquellos agentes que por alguna razón incumplieron con su obligación financiera, siendo los más afectados aquellos agentes*

"Por la cual se archiva una investigación"

que por su tamaño y capacidad de pago, enfrentaron mayores restricciones para cumplir con plazos relativamente cortos"<sup>221</sup>.

Por su parte, en el caso de "Tuberías" esta Entidad indicó:

"En este sentido, el constante intercambio de información y el conocimiento mutuo de la situación financiera y de la política empresarial de **APC**, **TITÁN** y **TUBOX** frente a sus proyectos, posibles clientes y facturación, fue fundamental para la implementación y ejecución de la dinámica anticompetitiva. Dicho intercambio de información sirvió además de insumo para las reuniones presenciales que periódicamente adelantaron los investigados, en las cuales tomaban decisiones concertadas sobre el desarrollo del cartel, las cuales posteriormente se veían materializadas en la práctica habitual de cada empresa".

(...)

"De las pruebas presentadas, las cuales además fueron soportadas por las declaraciones rendidas por **JOSÉ ANTONIO CAMARGO BERMÚDEZ** (Gerente General de **APC**), **JUAN PABLO BETANCOURT ESCOBAR** (Ex Gerente Comercial de **APC**) e **HIPÓLITO SUÁREZ SUÁREZ** (Ex Asistente de Presupuestos de **APC**), se concluye que **APC**, **TITÁN** y **TUBOX** estructuraron un esquema anticompetitivo con una dinámica propia para el desarrollo del acuerdo ilegal consistente en la asignación de clientes o proyecto a través del ofrecimiento de porcentajes de descuento previamente definidos. En ese sentido, utilizaron correos electrónicos corporativos, personales y ficticios como mecanismos de comunicación para el intercambio de información y designación de los clientes y proyectos, al paso que celebraron reuniones en las que concertaban las particularidades del cartel investigado".

(...)

"(iii) En la dinámica de ejecución del acuerdo se identificaron tres etapas: la de consolidación de las listas de clientes y datos de facturación de cada compañía, la de intercambio de la información a través de correo electrónico, y en la que los cartelistas se reunían para realizar la repartición del mercado teniendo en cuenta la participación de cada uno ellos, esto a través de la fijación de precios de descuento. En este sentido, la fijación de precios (a través del establecimiento de descuentos a ser aplicados) sirvió como mecanismo para lograr y garantizar la repartición de los clientes y/o proyectos.

(iv) Los investigados, para la ejecución del acuerdo, utilizaron distintas herramientas tales como la comunicación a través de correos electrónicos diferentes a los institucionales o con nombres ficticios (para el intercambio de información sensible de las compañías), aplicativos móviles no convencionales y lugares de reunión tales como clubes sociales y oficinas comerciales"<sup>222</sup>.

Como se observa, esta Superintendencia tuvo ocasión de referirse a conductas de intercambio de información sensible que hicieron parte de un sistema anticompetitivo o de un acuerdo restrictivo de la libre competencia que se investigaron y sancionaron de esta forma. Véase cómo, en ambos casos, los cartelistas compartieron entre ellos información privada y sensible que un ambiente de libre competencia no ocurriría, comportamiento que les generó una ventaja competitiva contrariando el régimen general de la libre competencia económica. Así, en el caso de "Cuadernos" dos competidores (**CARVAJAL** y **SCRIBE**) utilizaron dicho intercambio de información reservada para coordinar sus políticas comerciales y de tratamiento de los clientes, situación que fue idónea para favorecerlos y de esa forma generar una distorsión en la sana y libre competencia. En forma similar, en el caso de "Tuberías" el intercambio de información entre competidores fue la base para repartirse el mercado a través de la fijación de precios de descuento que serían ofrecidos a los clientes.

Sentado lo anterior, debe señalarse que en la Cartilla expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la Aplicación de las Normas de Competencia frente a las Asociaciones de Empresas

<sup>221</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016.

<sup>222</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019.

"Por la cual se archiva una investigación"

y Asociaciones o Colegios de Profesionales, se establecieron como criterios determinantes de los intercambios de información que pueden restringir la libre competencia los siguientes:

**a. La estructura del mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información**

*Hace referencia a la concentración del mercado. Entre más concentrado sea el mercado, mayor probabilidad de que el intercambio de información tenga efectos anticompetitivos en razón del número reducido de competidores, como en el caso de un oligopolio.*

**b. La naturaleza del producto sobre el cual se intercambia información**

*Tratándose de un producto homogéneo (es decir, productos que por regla general no son diferenciables, como el petróleo, el cemento o la soya) el intercambio de información de mercado hace más probable la homogeneización de comportamientos entre competidores, siendo más fácil la coordinación de voluntades entre ellos en este tipo de productos que en otros. Lo contrario sucede cuando se trata de productos diferenciados, pues es menos probable que el intercambio de información resulte en coordinación al interior del mercado. Lo cual no implica que no sea posible.*

**c. La clase y naturaleza de información intercambiada**

*El tipo de información intercambiada a través de la asociación es un aspecto crucial al momento de determinar si la conducta es restrictiva de la competencia o no. El intercambio de información relacionada con la naturaleza intrínseca del negocio, como precios, cantidades, estrategias comerciales, proyectos de inversión, entre otros, es proclive a afectar el mercado, al paso que la información que es de conocimiento público no resulta problemática para el régimen de competencia.*

**d. El nivel de detalle de la información compartida**

*Entre más detallada sea la información compartida en el marco de la asociación, habrá mayor probabilidad de que existan comportamientos colusorios o restrictivos de la competencia entre competidores. Lo anterior ocurre especialmente en los eventos en que la información que se comparte permite dar luces sobre la empresa o agente del mercado que dio origen a la misma.*

**e. El periodo de referencia de la información intercambiada**

*Mientras que el intercambio de información actual o proyectada a futuro tiene la potencialidad de afectar la libre competencia, el intercambio de información histórica<sup>16</sup> de las compañías no es, por regla general, considerada sensible, en la medida en que pierde la capacidad de afectar las conductas futuras de los agentes. Lo anterior siempre que sea presentada de forma agregada.*

**f. La frecuencia con la que se lleva a cabo el intercambio de información**

*Entre más frecuente sea el intercambio de la información, mayor probabilidad habrá de que las compañías puedan adaptarse fácilmente a las estrategias de sus competidores y, en consecuencia, de que el intercambio afecte la competencia.*

**g. Los beneficiarios de los programas de intercambio de información**

*Entre mayores sean los destinatarios del intercambio de información, es menos probable que sean únicamente los competidores quienes se benefician de la información. Además, si el intercambio de información únicamente se realiza entre los miembros de la asociación, es más probable que quienes se benefician de este intercambio sean únicamente estos agentes, mientras que si se hace pública, los productores normalmente no podrán abusar del conocimiento que tienen del mercado"<sup>223</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

<sup>223</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA FRENTE A LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y ASOCIACIONES O COLEGIOS DE PROFESIONALES, p. 15 y 16. Disponible en:

"Por la cual se archiva una investigación"

Bajo este contexto, los elementos que deben acreditarse para declarar que con el intercambio de información se generó una ventaja competitiva ilegítima a determinado agente, lo cual conlleva una distorsión en el mercado son: (i) que exista prueba del intercambio o el suministro y uso indebido de información de un competidor; (ii) que se tenga certeza de cuál fue la información y si esta tiene el carácter de sensible o reservada; (iii) que no exista ningún mecanismo público a través del cual se pueda acceder a dicha información; y (iv) que con dicha información el agente de mercado hubiese obtenido una ventaja competitiva en el mercado.

En síntesis, la información es un insumo esencial de los agentes económicos en cualquier mercado, el cual les sirve para competir eficientemente y buscar ventajas frente a sus competidores. Las dinámicas de cada mercado son cambiantes en el tiempo y tienen características propias. Sin embargo, la obtención de información sensible o reservada de sus competidores mediante medios o mecanismos ilegítimos, fraudulentos o contrarios al orden público y las buenas costumbres que les impliquen una ventaja competitiva es un comportamiento violatorio del régimen de la libre competencia económica. Esta circunstancia resulta especialmente aplicable en los mercados en los que el Estado colombiano funge como consumidor, es decir en los procesos de selección contractual, casos en los cuales con el intercambio o suministro y uso de esa información se atenta de forma directa contra los principios de publicidad, igualdad y selección objetiva, puesto que distorsiona de manera grave el correcto desarrollo de la selección del proponente. Tal comportamiento, conforme los lineamientos dados por la Corte Constitucional en sentencia C-032 de 2017, es posible enmarcarlo dentro de la prohibición general de competencia.

En segundo lugar, debe hacerse referencia a que en la Resolución de Apertura de Investigación la Delegatura vinculó la conducta de intercambio o suministro y uso de información a la generación de efectos coordinados. Al respecto, la Delegatura consideró que la información compartida por **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) con la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**) era de carácter sensible y que su "revelación habría resultado idónea para generar efectos coordinados ilícitos en el marco del proceso de selección contractual que interesa en este caso"<sup>224</sup>, lo anterior por cuanto, podría: disminuir la incertidumbre de los participantes respecto al comportamiento de los competidores; promover un ambiente propicio para que competidores alineen su conducta; o permitir la alteración artificial de las condiciones de mercado<sup>225</sup>.

No obstante, en el Informe Motivado la Delegatura consideró que el intercambio de información analizado bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, no fue idóneo para vulnerar la libre competencia ya que, aunque reprochable desde el derecho de la competencia y la ética empresarial, en el caso concreto "no resultó idónea para alterar el proceso competitivo"<sup>226</sup> por cuanto:

*"[L]a ventaja ilegítima que pudo tener **CONSTRUCTORA CONCRETO**, se frustró debido a que existían elementos de juicio de público conocimiento que permitieron que otros participantes dentro del proceso de la **APP BOGOTÁ – GIRARDOT** pudieran conocer la situación financiera por la que pasaban **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**".*

Con base en lo anterior, este Despacho advierte una diferente interpretación entre la Resolución de Apertura de Investigación y el Informe Motivado frente al análisis del intercambio de información, toda vez que mientras en la primera se imputó que este fue idóneo para generar efectos coordinados ilícitos junto con sus posibles consecuencias, en el segundo se consideró que fue idóneo para alterar el

[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartilla\\_sobre\\_asociaciones\\_de\\_empresas\\_y\\_asociaciones\\_de\\_profesionales2.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartilla_sobre_asociaciones_de_empresas_y_asociaciones_de_profesionales2.pdf)

<sup>224</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 56979 del 10 de agosto de 2018 (Resolución de Apertura de Investigación).

<sup>225</sup> *Ibidem*.

<sup>226</sup> Folio 9595R del cuaderno público No. 39 del Expediente. (Informe Motivado, p. 150).

proceso competitivo utilizando como objeto de análisis la posible ventaja competitiva. Este cambio en el criterio de análisis frente al intercambio de información implica una modificación en el eje conceptual fáctico jurídico de la Resolución de Apertura de Investigación frente a la imputación por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que, de ser avalado en la decisión final del caso, podría llegar a contrariar el principio de congruencia.

En consecuencia, dado que en la Resolución de Apertura el intercambio de información se analizó desde su idoneidad para la generación de efectos coordinados, este Despacho debe indicar que para su generación se requiere de mínimo dos partes que ejecuten una conducta restrictiva de la libre competencia y que ambas se vean beneficiadas. Esto por cuanto las consecuencias en el mercado derivan de una modalidad de coordinación; en otras palabras, de unir y concertar varios elementos<sup>227</sup>.

Conforme lo anterior, y teniendo en cuenta que los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ**, esto es **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, no fueron vinculados a la investigación adelantada bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no es posible aseverar que se generaron efectos coordinados en el mercado (que sería el proceso de selección objeto de investigación) frente a dichas personas. Igualmente, de llegarse a considerar que los efectos coordinados se predicen respecto de los integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**, es decir **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**, lo cierto es que al desvirtuarse el aparente acuerdo colusorio con **BENTON** y **CHINA GEZHOUBA**, la configuración de tales efectos se hace imposible. Por ende, al no encontrarse probada la colusión, la conducta investigada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 pierde su fundamento al haber sido relacionada en la Resolución de Apertura de Investigación con la generación de efectos coordinados.

#### **7.6. Consideraciones frente a las observaciones presentadas al Informe Motivado por los terceros interesados**

##### **7.6.1. Consideraciones frente a los argumentos presentados por CONALVIAS e ICEIN relacionados con el análisis del material probatorio contenido en el Expediente**

**CONALVIAS** señaló en las observaciones al Informe Motivado que (i) en el derecho administrativo sancionatorio no existe la necesidad de una prueba directa de la culpabilidad del investigado, motivo por el cual los indicios por sí solos pueden sustentar la declaratoria de responsabilidad; (ii) la Delegatura no realizó un análisis detallado de las pruebas que fueron practicadas durante la etapa de investigación, hecho que generó las conclusiones anotadas en la recomendación; y (iii) debe tenerse especial cuidado a la hora de valorar las declaraciones rendidas durante la etapa de investigación, puesto que son las declaraciones tomadas en la etapa de averiguación preliminar las que gozan de la característica de ser espontáneas.

Por su parte, **ICEIN** refirió que: (i) la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** era excesivamente baja frente a las ofertas presentadas por el **ORIGINADOR** y por los demás competidores del proceso de selección, la cual corría el riesgo de ser eliminada y (ii) los contactos entre empleados de **CONSTRUCTORA CONCRETO** y **CASS** pudieron haber versado sobre una situación de la que había cierta información pública, pero la decisión de participar o no en la licitación no era información que el mercado o los terceros podrían tener. Como se observa, ambas observaciones están estrechamente relacionadas con la valoración probatoria realizada por la Delegatura.

Con el fin de dar respuesta a las observaciones presentadas el Despacho se referirá a (i) las particularidades y finalidades del derecho administrativo sancionatorio en Colombia; (ii) los indicios como prueba en el régimen sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica; (iii) la valoración de las pruebas conforme las reglas de la sana crítica; (iv) las características de la etapa de averiguación preliminar en relación con los testimonios que en ella se practican; y (iv) los elementos particulares del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-**

<sup>227</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5769 del 12 de marzo de 2019.

"Por la cual se archiva una investigación"

2016, en lo que tiene que ver con la valoración realizada por la Delegatura, así como la reiteración de elementos ya señalados en capítulos precedentes.

El derecho administrativo sancionatorio hace parte, junto con el derecho penal, del *ius puniendi* del Estado. Según la Corte Constitucional:

*"El derecho administrativo sancionatorio es una regulación específica concerniente a un género más amplio que abarca una multiplicidad de disciplinas jurídicas -el derecho sancionatorio-. Esta rama especializada del derecho público, debido a su genética normativa dual: punitiva y, a la vez, administrativa, ha desarrollado su propia dogmática a través de la construcción de fundamentos, categorías y concepciones propias de esa especial técnica de juzgamiento, encargada de determinar el régimen de responsabilidad ante la comisión de conductas antijurídicas en diversas actividades públicas y privadas"*<sup>228</sup>.

En esta medida, la finalidad perseguida por el derecho administrativo sancionatorio es la de:

*"[G]arantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo"*<sup>229</sup>. Y, que **en su desarrollo y aplicación comparte principios del derecho penal, éste "reviste características propias y específicas que ameritan un tratamiento diferencial, entre otras razones, al carácter flexible y menos riguroso que tiene la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo"**<sup>230</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, frente a tales diferencias la misma Corporación ha enfatizado que:

*"Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica"*<sup>231</sup>.

Estas diferencias han sido señaladas por la Superintendencia de Industria y Comercio en repetidas ocasiones<sup>232</sup>. Frente al particular se ha mencionado:

*"Así, "[e]n el derecho sancionatorio administrativo se utiliza la prohibición, el mandato, la observancia, el cumplimiento de determinadas obligaciones, para luego tipificar como ilícito el*

<sup>228</sup> Corte Constitucional, sentencia C-699 de 2015.

<sup>229</sup> Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

<sup>230</sup> Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

<sup>231</sup> Corte Constitucional, sentencia C-860 de 2006.

<sup>232</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Ver resoluciones No. 9433 del 23 de abril de 2019, 22233 del 20 de junio de 2019 y 68412 del 29 de noviembre de 2019, entre otras.

"Por la cual se archiva una investigación"

desobedecimiento a las mismas o al desconocimiento a dichas especificaciones<sup>233</sup>. Por ende, "castiga el desconocimiento a su normatividad administrativa"<sup>234</sup>.

Vistas estas diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio –y sin perder de vista que ambas forman parte de la potestad punitiva del Estado– si bien el segundo aplica de una manera flexible los principios que rigen el derecho penal, por la finalidad que cada uno pregonan, los procedimientos que adelantan las autoridades son completamente autónomos y diferentes. Al respecto señaló la Corte Constitucional que:

"[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial –como los servidores públicos– o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal."<sup>235</sup>

Conforme lo anterior, es lógico que el legislador no exija para la estructuración de la responsabilidad administrativa el juicio que en materia penal debe hacerse frente a los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (Artículo 9 Código Penal). Así, las distintas autoridades que cumplen funciones de policía administrativa no tienen la obligación legal de adecuar las conductas a los elementos señalados. En tal sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentran regidas por el conjunto de normas que regulan el derecho penal. Es así como el derecho administrativo sancionatorio se integra de normas diferentes al derecho penal<sup>236</sup>.

En esa misma línea, no puede perderse de vista que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

"Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no sólo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. **En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad**"<sup>237</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Es por este motivo en particular que en el derecho administrativo sancionatorio y, por ende, en los procedimientos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica los indicios sirven como prueba para declarar la responsabilidad de los investigados. El uso de indicios como prueba de la ejecución de conductas anticompetitivas ha sido avalado por el Consejo de Estado, quien ha señalado que:

"Dentro de los acuerdos tácitos, se encuentran las **"prácticas concertadas"** y las **"conscientemente paralelas"** (...) Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

<sup>233</sup> Ossa, Jaime. (2009). Derecho administrativo sancionador. P. 155.

<sup>234</sup> Ossa, Jaime. (2009). Derecho administrativo sancionador. P. 156.

<sup>235</sup> Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

<sup>236</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 22233 del 20 de junio de 2019.

<sup>237</sup> Corte Constitucional, sentencia C-762 de 2009.

"Por la cual se archiva una investigación"

**En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia**".

(...)

"Así las cosas, considera la Sala que el análisis en conjunto de, entre otros, los elementos probatorios descritos previamente en realidad permite asentar la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas, **sin que sea de recibo la censura del demandante quien parece echar de menos o exigir la existencia de una prueba única o directa del elemento consciente y, en tal sentido, pretende restar valor a las evidencias recaudadas que, analizadas en conjunto por la administración dieron cuenta de conductas concertadas entre competidores**, pasando por alto que sobre esta materia se ha definido recientemente por esta corporación que:

"Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. **Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible** (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc. (...)"<sup>238</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lógicamente, la declaratoria de responsabilidad administrativa de una persona podría ser fundada en indicios tras haber analizado y valorado de manera integral las pruebas obrantes en cada caso particular y concreto. Teniendo en cuenta esto, esta Superintendencia ha señalado:

"[E]n el derecho de la competencia se ha establecido que los indicios son medios de prueba válidos, indirectos, a través de los cuales la Autoridad puede probar la existencia de un acuerdo colusorio. En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que en la medida en que las personas que celebran acuerdos anticompetitivos son altamente sofisticadas por lo general no dejan prueba alguna del convenio, motivo por el cual es posible recurrir a los indicios, siempre y cuando reúnan los elementos de (i) hecho indicador, (ii) inferencia lógica y (iii) la conclusión –hecho nuevo"<sup>239</sup>.

Por otro lado, es obligación de la Autoridad de Competencia valorar las pruebas obrantes en cada investigación de forma integral conforme las reglas de la sana crítica. El artículo 176 del CGP expresamente señala:

**"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.

*El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*".

Conviene señalar que esta Entidad ha referido el deber que tiene como autoridad administrativa de realizar una apreciación en conjunto de las pruebas para cada caso, utilizando las reglas de la sana crítica.

"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,

<sup>238</sup> Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta (Descongestión), sentencia del 9 de agosto de 2018, Rad. 250002324000201000334 01. Ver también Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01.

<sup>239</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 22233 del 20 de junio de 2019.

"Por la cual se archiva una investigación"

acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176<sup>240</sup> de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "Código General del Proceso" o "CGP").

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme, sostiene que todas las pruebas del proceso forman una unidad y, por consiguiente, deben apreciarse en su conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos<sup>241</sup>.

A partir de lo expuesto, 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<sup>242</sup>.

Teniendo en cuenta las características y consecuencias de las reglas de la sana crítica en la valoración integral de las pruebas que conforman un expediente judicial o administrativo, debe señalarse que, como ha quedado establecido en el presente acto, el Despacho ha realizado conforme a ley la revisión de las pruebas, arribando a las conclusiones previamente anotadas que determinarán la decisión de acoger las recomendaciones del Informe Motivado de archivar la investigación.

En efecto, si bien como se explicó anteriormente es perfectamente viable la posibilidad de utilizar los indicios como medios probatorios para sustentar la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia económica, el Informe Motivado acreditó que los indicios presentados en la Resolución de Apertura de Investigación fueron desvirtuados por las pruebas allegadas y practicadas durante la instrucción de la investigación. De tal suerte, contrario a lo afirmado por CONALVIAS, esto no se traduce en que la Delegatura buscó únicamente pruebas directas para fundar su recomendación dejando de lado pruebas indiciarias que demostraban la violación del régimen de la libre competencia económica. Por tal motivo, no se encuentra fundamento en la observación presentada por CONALVIAS en torno a la indebida valoración probatoria.

A su vez, es importante mencionar las características de la etapa de averiguación preliminar en los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, por cuanto es la antesala de la investigación que, tras encontrar suficientes elementos de juicio, puede abrir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. En dicha etapa se busca recaudar pruebas con el fin de verificar el efectivo cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y la necesidad de iniciar una investigación formal. Por tal motivo, en dicho momento de la actuación administrativa no hay personas vinculadas al proceso y su principal característica es que es reservada e informal. Respecto a dichas características el Consejo de Estado ha indicado:

"Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el

<sup>240</sup> "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. (...)". (Subraya y negrilla fuera del texto).

<sup>241</sup> Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012.

<sup>242</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020.

"Por la cual se archiva una investigación"

C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento<sup>243</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, es en el marco de dicha etapa que, por regla general, la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce las facultades contenidas en los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011. Los cuales estipulan:

*"La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

*(...)*

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

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

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

Teniendo en cuenta esto, como bien lo afirma **CONALVIAS** en su escrito de observaciones, la espontaneidad de quienes rinden testimonio en el marco de la etapa de averiguación preliminar es un elemento fundamental al momento de la valoración probatoria. No obstante, tal característica no determina la necesidad de fundar la decisión de la actuación administrativa en ellos, puesto que los investigados tienen la posibilidad de solicitar la ratificación de testimonios y declaraciones durante la etapa de investigación para poder controvertir la prueba. Ya será a discreción del juez o del competente para tomar la decisión la manera en que, conforme las reglas de la sana crítica, valore el material probatorio. Así, en el presente caso este Despacho ha realizado una valoración integral de las declaraciones y testimonios rendidos durante la etapa de averiguación preliminar e investigación de conformidad con las reglas de la sana crítica y ha arribado a las conclusiones que han sido expuestas.

Finalmente, para contestar los argumentos presentados por **CONALVIAS** e **ICEIN** relacionados con la existencia de las conductas anticompetitivas —es decir la valoración de las mismas—, las cuales en su concepto se encuentran probadas, el Despacho pasará a reiterar algunos elementos que fueron tenidos en cuenta y que fueron expuestos en el numeral 7.4. del presente acto.

- Las reglas de adjudicación redujeron la incertidumbre alrededor del proceso de selección, por cuanto era posible anticipar la oferta límite que le impediría **ORIGINADOR** ejercer su derecho a contraofertar. Por lo anterior, cada agente por aparte podía prever que sus posibilidades de ganar se incrementaban en la medida en que se encontraran por debajo de esa oferta límite, que en este caso correspondía al 80% del valor del VPIP propuesto por el **ORIGINADOR**, siendo la principal restricción la rentabilidad mínima que su estructura de costos le permitiera alcanzar.

Así mismo, bajo las reglas del pliego de condiciones, la estrategia ganadora para cualquier agente distinto del **ORIGINADOR** consistía en realizar una oferta suficientemente baja como para que se encontrara debajo del 80% y que a su vez no estuviera debajo del límite inferior de manera que no fuera rechazada. Como el límite inferior se calcula con base en las ofertas hábiles, es posible que la oferta de **CHINA GEZHOUBA** y **BENTON** sea resultado de un ejercicio introspectivo que consideró expectativas de ofertas agresivas por parte de sus competidores, una expectativa racional en un escenario de competencia.

- El valor de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**), que fue la

<sup>243</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2003, rad. No. 7909.

“Por la cual se archiva una investigación”

adjudicataria del contrato y que posteriormente constituyó la sociedad **VÍA 40 EXPRESS**, de la cual son accionistas **CONSTRUCTORA CONCRETO, INDUSTRIAL CONCRETO y VINCI**, tuvo como sustento distintos ejercicios de estimación con el fin de llegar a un valor conciliado. En esa medida, establecieron un piso mínimo y posteriormente un rango superior, los cuales tuvieron en cuenta, entre otros aspectos la TIR del proyecto. Lo anterior encuentra fundamento en distintas pruebas contenidas en el Expediente, tal y como se señaló en el presente acto.

- El valor de la oferta económica de la **ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO** (integrada por **BENTON y CHINA GEZHOUBA**) fue establecido teniendo en cuenta distintas expectativas a los demás proponentes. Esto se tradujo en que, para los integrantes de esta estructura plural, la TIR estimada del proyecto si la oferta se presentaba por encima del 60% del VPIP del **ORIGINADOR** sería del 19,5%.

Entre otras pruebas, como ya fue señalado, el documento denominado “*Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia*”<sup>244</sup> evidencia que la estructura de costos de **CHINA GEZHOUBA y BENTON** le permitía obtener altas rentabilidades aun con una oferta “*tan baja*”, como lo señala **ICEIN**. Por lo anterior, no se descarta que agentes menos eficientes hubiesen podido alcanzar rentabilidades aceptables con ofertas que se encontrarán en rangos menores al 80% del VPIP. Del mismo modo, está la circunstancia anotada por los investigados conforme la cual consideraron que **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE y CASS** serían competidores incluso más agresivos que ellos<sup>245</sup>.

En este sentido, y teniendo en cuenta las demás pruebas presentadas en el numeral **7.4.** del presente acto, la Delegatura, logró probar que **CHINA GEZHOUBA y BENTON** estimaron las ofertas en un rango entre 60% y el 80%, como se registra en el documento de Excel denominado “*Estrategia para la presentación de la oferta*”<sup>246</sup>. Es decir, que fue probada su racionalidad, cuya diferencia respecto de sus competidores y del mismo **ORIGINADOR** radican en que partieron de supuestos diferentes. Por lo anterior, no puede descartarse la racionalidad de una oferta, aparentemente baja, basada en los siguientes supuestos:

- Que sea una oferta que supera los costos estimados del proyecto.
- Que sea una oferta que entrega una rentabilidad esperada por los inversionistas.
- Que se encuentre en un rango cercano a las ofertas de sus competidores.
- Que tenga probabilidades de quejar adjudicada al ser una oferta baja pero no lo suficiente como para ser rechazada.

Finalmente debe recordarse que en el documento titulado “*Tema de Overseas Investment Company sobre la inversión en el proyecto de la autopista Bogotá – Girardot en Colombia*”<sup>247</sup> se evidencia que la estructura de costos de **CHINA GEZHOUBA y BENTON** le permitía obtener altas rentabilidades aún con una oferta económica “*tan baja*” teniendo en cuenta el valor del VPIP del **ORIGINADOR**, como la señala **ICEIN**. Por lo anterior, no se descarta que agentes menos eficientes hubiesen podido alcanzar rentabilidades aceptables con ofertas que se encontrarán en rangos menores al 80% del VPIP.

- Sin duda alguna, y como suele ocurrir en las dinámicas de los mercados, de lo cual no escapan los procesos de selección contractual adelantados por entidades estatales, **CONSTRUCTORA**

<sup>244</sup> Folio 6643 a 6644 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>245</sup> Folio 8458 del cuaderno público No. 33 del Expediente, carpeta “16-233755-210819”, archivo “0 - 2019-08-21 10-11-07-124”. Min: 1:08:13.

<sup>246</sup> Folio 5886 del cuaderno reservado general del Expediente.

<sup>247</sup> Folio 6643 a 6644 del cuaderno reservado general del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONCRETO** al momento de establecer su estrategia competitiva buscó establecer las posibles estrategias y comportamientos de sus competidores. Así las cosas, la búsqueda de información en torno al papel que jugaría la **ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT – BOGOTÁ** (integrada por **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE** y **CASS**) no fue la excepción. Sin embargo, quedó probado que la información conocida y utilizada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** fue conseguida lícitamente debido a su relación de socio en otros proyectos con **CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**. Igualmente, la información de los contratos que fueron adjudicados a esas personas en 2015 y 2016 fue información pública que pudo ser conocida por todos los agentes de mercado.

Conforme lo anterior, no le asiste razón a **CONALVIAS** cuando afirma que a partir de las pruebas contenidas en el Expediente es posible concluir que las prácticas anticompetitivas endilgadas en la Resolución de Apertura de Investigación a **INDUSTRIAL CONCRETO, CONSTRUCTORA CONCRETO, VINCI, VÍA 40 EXPRESS, BENTON, CHINA GEZHOUBA, CASS** y **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, en efecto se presentaron.

Por los motivos expuestos, las observaciones de **CONALVIAS** e **ICEIN** en torno a la valoración probatoria no tienen sustento.

#### **7.6.2. Consideraciones frente a los argumentos presentados por CONALVIAS e ICEIN relacionados con la conducta de obstrucción de CONSTRUCTORA CONCRETO en el desarrollo de la visita administrativa**

En las observaciones presentadas al Informe Motivado, **CONALVIAS** e **ICEIN** señalaron que la Delegatura no tuvo en cuenta, para determinar la gravedad de la conducta investigada en el presente trámite administrativo, el comportamiento desplegado por **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el marco de la visita administrativa adelantada a sus instalaciones. Además, **ICEIN** manifestó que la Delegatura habría tomado por cierta la afirmación según la cual, el comportamiento de **CONSTRUCTORA CONCRETO** habría sido generado por la "ansiedad" del Presidente de dicha compañía.

Con el fin de resolver estos argumentos, pasará el Despacho a (i) realizar un análisis en torno a la conducta por obstrucción de las investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia y (ii) referirse en particular a la conducta por la cual se sancionó a **CONSTRUCTORA CONCRETO**.

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece que son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:

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

En desarrollo de lo anterior, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de actuaciones administrativas, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

Dicho reproche se estructura sobre un comportamiento que no permite que esta Entidad ejerza sus funciones de una manera adecuada, motivo por el cual resulta de especial relevancia y gravedad al afectar el correcto desenvolvimiento de los procesos administrativos en los que se busca garantizar (i)

la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (artículo 2 Ley 1340 de 2009).

Lo anterior, ha sido referido por el Consejo de Estado, quien ha señalado que:

*"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibidem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable** que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como **la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.***

*Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y **sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta** (...)"<sup>248</sup>. (Negrilla y subraya fuera de texto original).*

En esta línea, esta Superintendencia ha enfatizado que:

*"[E]l artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer este derecho constitucional, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con abstenerse de incurrir en violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, **incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta esta Superintendencia y la obstrucción de sus actuaciones administrativas,** entre otras, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009".*

(...)

*"En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho de que esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para **reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones**"<sup>249</sup>. (Negrilla y subraya fuera de texto original).*

(...)

*"Visto lo anterior, es importante mencionar que **si bien las conductas relacionadas con la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones hacen parte del régimen de libre competencia, estas están previstas en el ordenamiento jurídico nacional con el fin de proteger bienes jurídicos diferentes a los protegidos por las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia** y, por tanto, cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y al procedimiento que debe surtirse para hacerlas cumplir.*

*De esta forma, el legislador, por un lado, estableció un procedimiento administrativo de carácter general para las investigaciones por **prácticas restrictivas de la competencia**, el cual está detallado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mientras que, por el otro lado, estableció procedimientos de carácter especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y específicos dentro del régimen de libre competencia, como **la omisión en acatar en debida***

<sup>248</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

<sup>249</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019.

"Por la cual se archiva una investigación"

forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia, o la obstrucción de sus actuaciones administrativas". (Negrilla y subraya fuera de texto original).

En resumen, el no acatamiento en debida forma de las solicitudes de información o de las órdenes e instrucciones impartidas por esta Entidad, así como la obstrucción a las investigaciones adelantadas por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, son comportamientos de extrema gravedad reprochables por la Autoridad Nacional de Competencia, los cuales dan lugar a los procedimientos a través de los cuales se censura su falta de colaboración con la administración y que, conforme lo establecido por el legislador hacen parte del régimen de la libre competencia económica, buscando proteger bienes jurídicos diferentes, siendo muestra de ello la situación según la cual son aplicables las sanciones señaladas por el numeral 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente.

Ahora bien, mediante Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 –confirmada por la Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019–, este Despacho declaró que **CONSTRUCTORA CONCRETO** había incumplido instrucciones y obstruido la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la actuación administrativa identificada con el radicado No. 16-223755. Por tal infracción fue impuesta a **CONSTRUCTORA CONCRETO** una multa de **VEINTIUN MIL SEISCIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$21.601.405.860)** equivalentes a **VEINTISEIS MIL OCHENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (26.085 SMLMV)**.

Tal decisión estuvo fundada en pruebas que demostraron que en el marco de las visitas de inspección administrativa adelantadas el 7 y 22 de septiembre de 2016, **CONSTRUCTORA CONCRETO** adelantó una serie de conductas que obstruyeron dichas diligencias. Al respecto quedó establecido en el acto sancionatorio señalado:

*"De esta manera, se evidenció que la conducta de **CONCRETO** configuró una obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio durante las visitas administrativas llevadas a cabo los días 7 y 22 de septiembre de 2016, en los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Dicha conducta se perfeccionó por: (i) las instrucciones dadas por el presidente y representante legal de la empresa, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, a los demás empleados de la compañía respecto a la forma como debían limitar sus respuestas en el marco de las declaraciones adelantadas por esta Entidad; (ii) las órdenes de borrar información de los teléfonos, correos electrónicos y computadores de los funcionarios de la compañía; y (iii) la existencia de un actuar conjunto por parte de diferentes empleados de **CONCRETO** con el objetivo de impedir que esta Superintendencia obtuviera acceso a todos los equipos y medios de prueba que considerara necesarios para el ejercicio de sus funciones de inspección.*

*De esta forma, no quedan dudas para este Despacho que se afectó el adecuado desarrollo de las funciones de la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia como entidad encargada de la inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia"<sup>250</sup>.*

De lo anterior se desprende que la conducta desplegada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** en el marco de la averiguación preliminar del presente trámite administrativo ya fue objeto de investigación y sanción. De igual forma, de haber encontrado elementos probatorios que sustentaran la existencia de un acuerdo colusorio o la violación de la prohibición general de competencia, tal situación habría sido tenido en cuenta como indicio grave contra la investigada. Sin embargo, en la medida en que, como ha sido explicado en la presente resolución, no existen pruebas que acrediten las infracciones administrativas investigadas, el Despacho debe limitarse a señalar que con solo el comportamiento que ya fue sancionado a **CONSTRUCTORA CONCRETO** no es posible declarar su responsabilidad.

<sup>250</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019.

En consecuencia, los argumentos frente a este tema, presentados por CONALVIAS e ICEIN deben desestimarse.

### 7.6.3. Consideraciones frente a los argumentos presentados por ICEIN relacionados con la imposibilidad de acceder a la totalidad de pruebas presentadas en el Informe Motivado

ICEIN refirió en su escrito de observaciones al Informe Motivado que no le fue posible acceder a varias de las pruebas contenidas en el Expediente que fueron presentadas en el Informe Motivado, situación que va en contravía de lo señalado por el artículo 38 de la Ley 1437 de 2011.

Con el fin de responder el argumento presentado por ICEIN en su calidad de tercero interesado, el Despacho realizará algunas precisiones en torno dicha figura, haciendo énfasis en la imposibilidad que tienen estos de acceder a los documentos del Expediente que gozan de reserva.

Para los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 establece las particularidades en torno a la figura de los terceros interesados en el desarrollo y decisión de la actuación administrativa. El mencionado artículo dispone:

**"Artículo 19. Intervención de terceros.** <Inciso modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva.

De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado.

**PARÁGRAFO.** Adiciónese el tercer inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: "Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos".

De la norma transcrita, es posible identificar los siguientes aspectos relacionados con la regulación de la intervención de terceros en los procesos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por prácticas restrictivas de la libre competencia:

- (i) Quiénes pueden ser terceros interesados
- (ii) El término para aportar consideraciones y pruebas
- (iii) El derecho que tienen los investigados a que se les corra traslado de lo aportado por los terceros
- (iii) La prohibición de los terceros interesados de acceder a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva

"Por la cual se archiva una investigación"

(iv) El derecho que tienen los terceros interesados reconocidos de que se les corra traslado de la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías, así como del informe motivado

Adicional a estos aspectos, debe señalarse que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, también establece el derecho que tienen los terceros interesados en asistir y participar de la audiencia verbal para que puedan presentar de forma verbal los argumentos que pretenden hacer valer en la investigación.

No puede perderse de vista que, un elemento fundamental que deben probar quienes pretendan ser terceros reconocidos dentro del trámite por prácticas restrictivas es la prueba del interés directo e individual en la decisión de la actuación. Dicho elemento debe ser acreditado y probado ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, a quien corresponde reconocer a los terceros interesados.

Por otro lado, uno de los elementos que expresamente señala el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 consiste en que los terceros investigados no tienen acceso a los documentos reservados del expediente<sup>251</sup>. Tal situación encuentra fundamento en la misma naturaleza y derechos que les asisten a personas ajenas a los investigados. Resulta relevante indicar que dentro de la exposición de motivos de la Ley 1340 de 2009 quedó consignado tal aspecto:

*"De otra parte, el proyecto de Ley clarifica el tratamiento que se debe dar a los documentos reservados en trámites sobre protección de la competencia, cuestión que es objeto de debate constante en la actualidad. **En general, el proyecto establece que son reservados los documentos que la Constitución o la Ley señalen como tales, y que a dichos documentos no podrán tener acceso ni las partes ni terceros. No obstante lo anterior, el proyecto señala que los investigados podrán conocer la información que obre en el cuaderno reservado del expediente cuando la misma sirva de base para formular un pliego de cargos o para imponer una sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia.** Igualmente, las intervinientes en una operación de concentración sujeta a trámite de control podrán conocer la información reservada en aquellos casos que esta sirva de fundamento para objetar o condicionar la operación. Señala la norma que el acceso al expediente reservado tendrá como único objeto el ejercicio del derecho de defensa, y en ningún caso supondrá la reproducción de los documentos contenidos en el mismo o su utilización para un propósito diferente al contemplado en este artículo. **Con estas normas se pretende garantizar la reserva de los documentos al tiempo que se otorgue mayor transparencia en los trámites sobre protección de la competencia de cara a los investigados**"<sup>252</sup>.*

De esta manera, independientemente de que ciertos documentos del Expediente que gozan de reserva hubiesen sido utilizados para fundamentar la recomendación contenida en el Informe Motivado, lo cierto es que los terceros investigados no se encuentran legalmente facultados para acceder a ellos.

Tal situación, sin embargo –y contrario a lo señalado por ICEIN–, no desconoce por completo a los terceros interesados como tampoco hace inocua su participación. Finalmente, fue el legislador quien estableció los parámetros bajo los cuales actúan los terceros en los procesos por prácticas restrictivas de la libre competencia, señalando los intereses que prevalecen en tales actuaciones.

Por último, encuentra el Despacho que las pruebas a las cuales no les fue posible acceder a los terceros interesados, las cuales fueron presentadas en el Informe Motivado, no se encuentran enlistadas en las observaciones presentadas por ICEIN. En tal documento únicamente se estableció

<sup>251</sup> **Artículo 19. Intervención de terceros.** (...) La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos. Ningún tercero tendrá acceso a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva (...).

<sup>252</sup> Exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se archiva una investigación"

que en la versión pública del Informe Motivado habían más de veintitrés pruebas "ocultas" que fueron determinantes en la recomendación emitida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, sin embargo, se limita el tercero interesado a señalar los temas decididos en torno a esas pruebas.

En consecuencia, hecho el análisis frente a la figura de los terceros interesados en los procedimientos por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, se reitera que uno de los aspectos esenciales contenidos en la regulación especial es el hecho consistente en que los terceros interesados no se encuentran legalmente facultados para acceder a los documentos del expediente que se encuentren bajo reserva, lo cual, al ser norma expresa especial, se antepone a lo dispuesto sobre el particular en el artículo 38 del CPACA.

Por los motivos expuestos es infundado el argumento presentado por ICEIN frente a la imposibilidad de acceder a ciertas pruebas contenidas en el Expediente.

#### **7.6.4. Consideraciones frente a los argumentos presentados por CONALVIAS relacionados con el papel de VINCI en la estructuración de la propuesta presentada por la ESTRUCTURA PLURAL TC GIRARDOT - BOGOTÁ**

También señaló **CONALVIAS** que la Delegatura no tuvo en cuenta que **VINCI**, pese a no ser parte del proceso licitatorio, tuviera una participación activa en la presentación de la oferta económica presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**). Tal situación resultaría extraña en la medida en que no existía ningún documento contractual que vinculara a **VINCI** con **CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO** de manera previa a la adjudicación del contrato estatal.

Para responder el argumento del tercero interesado, el Despacho se referirá a (i) los motivos por los cuales **VINCI** no pudo hacer parte de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**; (ii) el memorando de entendimiento suscrito entre **VINCI**, **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**; y (iii) la inexistencia de normas legales que impidan que una sociedad pueda participar en la estructuración de una propuesta y de forma posterior ser parte de la sociedad de objeto único que ejecutará el contrato estatal.

Debe advertirse que, como lo afirma **CONALVIAS** y quedó expuesto en el Informe Motivado y en el numeral 7.4. del presente acto, **VINCI** participó en la estructuración y determinación del valor establecido en la oferta económica presentado por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO**). Sin embargo, de los documentos oficiales del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** se concluye que no hizo parte, formalmente hablando, de dicho proponente.

En primer lugar, de las pruebas obrantes en el Expediente<sup>253</sup> se encuentra probado que **VINCI** es accionista de **CONSTRUCTORA CONCRETO**. Según lo establecido en el escrito de descargos presentado por **VINCI** y **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**), **VINCI** tuvo interés en presentar manifestación de interés en el proceso de selección de forma independiente o asociada con **CONSTRUCTORA CONCRETO**<sup>254</sup>. Sin embargo, dicha imposibilidad habría radicado en dos temas: (i) **CONSTRUCTORA CONCRETO** no cumplía con el requisito de antigüedad exigido por la **ANI** y (ii) que existía un problema en relación con la legalización y apostille de los documentos de **VINCI**. Estos dos motivos encuentran sustento en lo señalado en el escrito de descargos presentado por **VINCI** y **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** y las declaraciones rendidas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de

<sup>253</sup> Folio 553 del cuaderno público No. 5, carpeta "TESTIMONIOS", subcarpeta "GRABACIONES", archivo "160906\_FELIPE\_ROCHA\_SILVA". Min: 36:29.

<sup>254</sup> Folios 4342 a 4344 del cuaderno público No. 23 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

**CONSTRUCTORA CONCRETO), FELIPE ROCHA SILVA (Vicepresidente de Inversiones de CONSTRUCTORA CONCRETO) y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM.**

Así las cosas, se lee del escrito de descargos referido que:

**"Sin embargo, el 9 de noviembre de 2015 y en el marco de una reunión sostenida entre funcionarios de CONSTRUCTORA CONCRETO, VINCI y sus asesores legales en la etapa de precalificación (la firma Brigard & Urrutia), cuyo propósito era la revisión final de la documentación que se acompañaría con la manifestación de interés, estos advirtieron que CONSTRUCTORA CONCRETO no cumplía con uno de los requisitos para presentar esa manifestación (duración de la sociedad) y que, por ende, no podría integrar la estructura plural junto con VINCI HIGHWAYS.**

La situación presentada con CONSTRUCTORA CONCRETO, significó que VINCI HIGHWAYS tampoco pudiera integrar esa estructura pues, como se explicó previamente, el poder otorgado a sus apoderados en Colombia se confirió respecto de una estructura plural que VINCI HIGHWAYS integraría con CONSTRUCTORA CONCRETO y si ésta no hacía parte de la misma, el poder perdía efecto.

De esta circunstancia da cuenta el correo electrónico enviado por el señor SANTIAGO ARROYO (Representante Comercial en VINCI) a LUIS PALAZZI (Director Américas de VINCI) el 9 de noviembre de 2015 a las 3:00 p.m., cuyo texto se transcribe a continuación:

"Luis,  
Concreto se acaba de dar cuenta que con su casa matriz no se puede presentar a la EoI<sup>255</sup> de mañana ya que no cumple con uno de los requisitos (duración de la sociedad).

**Por lo tanto están haciendo maromas para poder presentarse con otras filiales que sí cumplen este requisito. Pero como los documentos de VINCI están relacionados a la casa matriz de Concreto y no a sus filiales, y éstos están apostillados y legalizados, VINCI Concessions no podrá presentarse como parte de la Estructura Plural.**

Como ya he señalado, VINCI no está en capacidad de presentarse sólo, i.e. Sin Concreto.

Por lo tanto, quien se presentará mañana será una filial de Concreto o una estructura plural de 2 filiales de Concreto.

Todo esto resulta del análisis de B&U

Saludos,  
Santiago"

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, CONSTRUCTORA CONCRETO y el Grupo VINCI decidieron que éste último continuaría siendo parte del proyecto y participaría en la preparación y elaboración de la oferta que presentaría VÍAS A GIRARDOT dentro del proceso de selección (...)<sup>256</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

El problema administrativo que se desprendía de los documentos de VINCI para su validez en Colombia, fue reiterado por JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ (Presidente de CONSTRUCTORA CONCRETO), FELIPE ROCHA SILVA (Vicepresidente de Inversiones de CONSTRUCTORA CONCRETO) y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM (Representante Legal de VINCI CONCESSIONS).

<sup>255</sup> Según VINCI "Expression of Interest".

<sup>256</sup> Folios 4342 a 4344 del cuaderno público No. 23 del Expediente.

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (Presidente de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) señaló en el marco de su declaración rendida en la etapa de averiguación preliminar:

**“DELEGATURA:** *Pasemos a otro tema. Usted nos podría explicar, lo más detallado posible, ¿en qué consistió y cómo se originó la relación de VINCI, no sé si VINCI HIGHWAYS o VINCI CONCESSIONS, con CONCONCRETO para los efectos de la APP BOGOTÁ- GIRARDOT?*

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** *Sí. CONCONCRETO participó en las 3G de primera y segunda generación con VINCI como socio. Dentro de todos los acuerdos, el vehículo que usan en Colombia es un vehículo que ellos deciden, pero nuestra relación es realmente con el grupo VINCI.*

*Ellos iban a participar y en la etapa de precalificación no se cumplieron todos los requisitos de apostillamiento de documentos, etcétera, para conformar un consorcio proponente. Después, iniciamos el proceso de licitación y el grupo VINCI nos acompañó en el proceso en la parte técnica, definiendo todo lo que ese estudio, unos temas técnicos, geología, en el OPEX, CONCONCRETO es una compañía, un contratista constructor, el grupo VINCI es un gran concesionario de carreteras en el mundo. Entonces nos dieron una información del OPEX, y gran parte de la ventaja de la propuesta nuestra está basada en la competitividad del OPEX.*

*Al final en el proceso, cuando se juntaron las variables, se hizo una debida diligencia del contrato, de los riesgos, cada compañía independientemente hace su matriz de riesgos y sus niveles de cierre. Hallado esto fue donde se llegó al consenso de que por debajo del 78% no se presentaba propuesta. Ese era el límite mínimo para presentar propuesta.*

*En el proceso de licitación hubo muchas reuniones y muchos contactos entre CONCONCRETO y VINCI, y finalmente, al momento del cierre, se montó el equipo de cierre de la licitación.*

**DELEGATURA:** *¿Y en qué consistía ese acuerdo para participar acá? Ya sabemos que VINCI los asesoró, ¿cómo era el negocio entre VINCI y CONCONCRETO?*

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** *El negocio era que si se conseguía una propuesta competitiva, que cumplieran unos criterios de rentabilidad, definíamos un memorando de entendimiento, antes de entregar la propuesta firmábamos un memorando entendimiento y posterior, con todas las autorizaciones del contrato, con todos los mecanismos que prevé el contrato, proponíamos a la ANI la entrada de VINCI al consorcio.*

**DELEGATURA:** *¿Y así lo hicieron?*

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** *Así lo hicimos.*

**DELEGATURA:** *Concretamente ¿cuál fue la documentación que causó el problema de la entrada para que VINCI pudiera entrar al proponente de la estructura plural conformada por CONSTRUCTORA CONCONCRETO e INDUSTRIAL CONCONCRETO? Le pregunto ¿por qué VINCI no entró a la estructura plural de una vez, desde el principio?*

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** *Porque las exigencias para presentarla para el proceso de precalificación. Habían unas exigencias y esas exigencias requiere que los documentos de un proponente internacional estén apostillados. El plazo era muy apretado para tener toda la documentación lista para presentar la estructura plural<sup>257</sup>.*

Por su parte, **FELIPE ROCHA SILVA** (Vicepresidente de Inversiones de **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**) dijo:

**“DELEGATURA:** *Esta relación comercial que, que, que tuvieron con Vinci, que pena, Vinci, desde que momento se efectuó, si usted lo recuerda o tiene conocimiento.*

<sup>257</sup> Folio 1103 del cuaderno público No. 10 del Expediente, carpeta "204-16-223755-130317", archivo "0 - 2017-03-13 10-36-24-033". Min: 2:26:10.

"Por la cual se archiva una investigación"

**FELIPE ROCHA SILVA:** *Le voy a contar un poco de historia patria, VINCI en el 2015 adquirió el 20% de CONSTRUCTORA CONCONCRETO, hicimos una emisión de acciones y entraron con el 20%, ¿VINCI quién es?, y si estoy aburriéndolos me cuentan, es una compañía que funciona como nosotros pero mucho más grande y más ordenada, tiene una, tiene 2700 compañías en el mundo, pero tiene una compañía de inversiones que ellos la llaman de concesiones y un compañía construcción, entonces la idea de ellos para comprar esta, al invertir en CONCONCRETO, era también desarrollar los proyectos que venían trabajando con nosotros, ellos estuvieron en todos los proyectos de 4G asociados con nosotros, ¿sí? entonces perdimos todo pues, pero en todos participamos en conjunto, incluso en los que al final no presentamos oferta habíamos trabajado juntos todo el proceso, que no es visible para nadie pero que pues, internamente si lo trabajamos solo que no se dieron los números para presentar la oferta. En este caso también participaron, sólo que por temas de apostillamiento y todo, no llegaban a la precalificación, entonces CONCONCRETO decidió ir solo, pero todo el proceso, detrás estuvo VINCI acompañándonos, VINCI y aclaro, VINCI inversionista con mi equipo y VINCI construcción con el área de infraestructura"<sup>258</sup>.*

En el mismo sentido, **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (Representante Legal de **VINCI CONCESSIONS**) estableció:

**"DELEGATURA:** *Como para precisar esta historia que usted nos está contando, usted nos mencionaba VINCI no precalificó por un problema administrativo.*

**BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM:** *Yo no estaba, yo no conozco el detalle puede averiguar, faltó seguir en documentos faltó presentar una apostilla, faltaba no sé exactamente, no se pudo no se llegó y entro hizo la precalificación sola conconcreto y en ese momento nadie sabía, usted tiene que entender la naturaleza de este contrato este contrato la primera APP en que hubo manifestación de interés, que no es común fue la misma ANI que salió buscando postores esa fue la historia que yo no estaba aquí, pero me han comentado, la ANI cuando entendió el problema que tenía con CONALVÍAS es un proyecto crítico para el país salió viéndose bien interesados porque nadie estaba seguro si CONALVÍAS llegaría a borrar o no la iniciativa privada que había presentado la idea fue traer empresas interesadas, pero cuando tu manifiestas tu interés tu no tienes tiempo para estudiar ese un proyecto que lleva 6 meses en estudiar y gastas un millón de dólares en esto, o sea antes de saber si vas o no si participas o no, entonces por eso nosotros preferimos quedarnos fuera e ir analizando pues entraríamos uno porque hubo muchos momentos en que se estuvo para no participar diez veces. CONCONCRETO y nosotros retirado nuestro interés porque nosotros estamos en una concesionaria y tienes sus socios y tienes nuestra constructora entonces necesitamos los dos para que existan negocios, porque si la constructora pierden interés se acaba el negocios para nosotros y si nosotros les decimos que no vamos, entonces hay tantas especificidades que en este proceso que hubo varios altos y bajos que la otra la decisión de CONCONCRETO de presentar oferta se tomó muy encima porque si nosotros tampoco les decíamos que no, yo creería que terminarían presentando ofertas también, si nosotros no nos decidíamos de forma abierta, si nosotros no entraremos en ese nuestro futuro, quizás CONCONCRETO no participan"<sup>259</sup>.*

Por estos motivos **VINCI** no pudo ser parte de la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT**. Sin embargo, como ha quedado señalado, participó activamente de la estructuración y presentación de la oferta.

En segundo lugar, encuentra el Despacho que en el Expediente obra un documento denominado **"MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO PROYECTO TERCER CARRIL BOGOTÁ GIRARDOT"**<sup>260</sup>. Este fue suscrito el 10 de julio de 2016 y consagró, entre otras obligaciones de los suscriptores del mismo, la siguiente:

<sup>258</sup> Folio 553 del cuaderno público No. 5, carpeta "TESTIMONIOS", subcarpeta "GRABACIONES", archivo "160906\_FELIPE\_ROCHA\_SILVA". Min: 36:29.

<sup>259</sup> Folio 1049 del cuaderno público No. 9 del Expediente, carpeta "DECLARACIONES", subcarpeta "GRABACIONES", archivo "BERNARDO SERAFIM - COUNTRY MANAGER". Min: 08:59.

<sup>260</sup> Folios 5219 a 5235 del cuaderno RESERVADA VINCI No. 8 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

"2.1. En caso de adjudicarse la Oferta a la Promesa de Sociedad futura, Industrial Concreto, Concreto y VINCI se obligan a celebrar un Contrato de Cesión de Posición Contractual, en virtud del cual Industrial Concreto y Concreto se obligan a ceder a favor de VINCI, quien a su vez se obliga a aceptar dicha cesión, los derechos y obligaciones que se deriven del contrato de Promesa de Sociedad futura en un porcentaje. Este Contrato de Cesión de Posición Contractual deberá ser suscrito por los Patrocinadores Actuales dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adjudicación de la Ofert. Adjunto a este Memorando de Entendimiento, como Anexo 3 se adjunta el modelo de Contrato de Cesión de Posición Contractual a suscribirse"<sup>261</sup>.

Igualmente se dispuso en el referido documento que:

"3.2. En principio y dependiendo de lo que los Patrocinadores Actuales acuerden, el capital social de la Compañía del Proyecto se distribuirá entre los Patrocinadores Actuales de la siguiente manera:

VINCI 50%  
Industrial Concreto 25%  
Constructora Concreto 25%"<sup>262</sup>.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por **CONALVIAS** en sus observaciones, si existía un documento suscrito por **VINCI**, **CONSTRUCTORA CONCRETO** e **INDUSTRIAL CONCRETO** previo a la entrega de las propuestas y, por ende, previo a la adjudicación del contrato estatal.

Finalmente, encuentra este Despacho que tanto en las disposiciones legales de contratación estatal como en las del régimen de la libre competencia económica no existe una prohibición de participación de una sociedad en la estructuración de una oferta a presentar por parte de una estructura plural en un proceso de selección que, de manera posterior pueda ser parte de la ejecución del contrato. Bajo este entendido, debe recordarse que en virtud de la vinculación negativa al principio de legalidad, los particulares están facultados para hacer todo lo que no se encuentre prohibido por la ley.

Por tal motivo, no se encuentra reproche alguno en la participación de **VINCI** en la estructuración de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT**, más, cuando quedó establecido en un documento suscrito por **VINCI**, **INDUSTRIAL CONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCRETO** el cual generó efectos con posterioridad a la adjudicación del contrato estatal. Debe recordarse que el contrato fue adjudicado el 12 de agosto de 2016. Posteriormente, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 7.3.1. del pliego de condiciones<sup>263</sup>, el 13 de septiembre de 2016 por medio de documento privado se constituyó la sociedad **VIA 40 EXPRESS**, la cual fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Bogotá el 16 de septiembre de 2016<sup>264</sup>.

De esta forma, el 18 de octubre de 2016 se suscribió el Contrato de Concesión No. 4 entre la **ANI** y **VIA 40 EXPRESS**<sup>265</sup>. Finalmente, y en cumplimiento de lo acordado en el "**MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO PROYECTO TERCER CARRIL BOGOTÁ GIRARDOT**"<sup>266</sup> de manera posterior a la

<sup>261</sup> Folio 5222 del cuaderno RESERVADA VINCI No. 8 del Expediente.

<sup>262</sup> Folio 5223 del cuaderno RESERVADA VINCI No. 8 del Expediente.

<sup>263</sup> "7.3.1. Dentro de los treinta (30) Días Hábiles siguientes a la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía con precalificación, el Adjudicatario deberá constituir un SPV para la suscripción del Contrato de Concesión. El SPV deberá ser una sociedad comercial por acciones de nacionalidad colombiana, cuyo único objeto sea la suscripción y ejecución del Contrato de Concesión". Según las definiciones del pliego de condiciones definitivo SPV era la Sociedad de Objeto Único que debía constituir la estructura plural que resultara adjudicataria del contrato.

<sup>264</sup> Conforme lo establecido en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad.

<sup>265</sup> Folio 1000 del cuaderno público No. 8 del Expediente, DVD, carpeta "16-223755", archivo "DA\_PROCESO\_15-20-532\_124001001\_21938516".

<sup>266</sup> Folios 5219 a 5235 del cuaderno RESERVADA VINCI No. 8 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

suscripción del contrato, **VINCI** adquirió el 50% de las acciones de **VÍA 40 EXPRESS**, sociedad que como se ha referido es la que actualmente se encuentra ejecutando el contrato de concesión.

Por los motivos expuestos, no encuentra el Despacho que le asista razón a **CONALVIAS** frente al reproche hecho a la participación de **VINCI** en la estructuración de la propuesta presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT** (integrada por **INDUSTRIAL CONCONCRETO** y **CONSTRUCTORA CONCONCRETO**).

En consecuencia, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el Expediente y las consideraciones realizadas en el presente acto administrativo, la investigación adelantada contra los agentes de mercado y las personas naturales a ellos vinculadas será archivada.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** ARCHIVAR la investigación iniciada contra **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.**, identificada con el NIT. 890.901.110-8; **INDUSTRIAL CONCONCRETO S.A.S.**, identificada con el NIT. 890.908.901-9; **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.888.427-7; **BENTON S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.437.865-5; **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA**, identificada con el NIT. 900.417.609-0; y **VÍA 40 EXPRESS S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.009.478-6, por no encontrarse demostrado que incurrieron en la conducta descrita en el numeral 9 de artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** ARCHIVAR la investigación iniciada contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con C.C. 2.774.008; **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA**, identificado con C.C. 8.297.222; **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**, identificado con C.C. 1.020.742.053; **FELIPE ROCHA SILVA**, identificado con C.C. 80.874.691; **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, identificado con C.E. 430.071; **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**, identificado con C.C. 19.204.444; y **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, identificada con C.C. 1.026.259.346, por no encontrarse demostrado que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la imputación realizada a los agentes de mercado bajo el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**ARTÍCULO TERCERO:** ARCHIVAR la investigación iniciada contra **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.**, identificada con el NIT. 890.901.110-8; **INDUSTRIAL CONCONCRETO S.A.S.**, identificada con el NIT. 890.908.901-9; **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.888.427-7; **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, identificado con C.C. 5.199.222; y **CASS CONSTRUCTORES S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.018.975-1, por no encontrarse demostrado que incurrieron en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en relación con el presunto suministro y uso indebido de información en el marco del proceso de selección **VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016** adelantado por la ANI.

**ARTÍCULO CUARTO:** ARCHIVAR la investigación iniciada contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con C.C. 2.774.008; **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA**, identificado con C.C. 8.297.222; **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**, identificado con C.C. 1.020.742.053; **FELIPE ROCHA SILVA**, identificado con C.C. 80.874.691; **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, identificado con C.E. 430.071; y **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**, identificada con C.C. 52.147.563, por no encontrarse demostrado que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la

"Por la cual se archiva una investigación"

Ley 1340 de 2009, en relación con la imputación realizada a los agentes de mercado bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**ARTÍCULO QUINTO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**, identificada con el NIT. 890.901.110-8; **INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S.**, identificada con el NIT. 890.908.901-9; **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.888.427-7; **BENTON S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.437.865-5; **CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA**, identificada con el NIT. 900.417.609-0; **VÍA 40 EXPRESS S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.009.478-6; **CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, identificado con C.C. 5.199.222; **CASS CONSTRUCTORES S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.018.975-1; **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con C.C. 2.774.008; **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA**, identificado con C.C. 8.297.222; **ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**, identificado con C.C. 1.020.742.053; **FELIPE ROCHA SILVA**, identificado con C.C. 80.874.691; **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, identificado con C.E. 430.071; **OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**, identificado con C.C. 19.204.444; **MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO GONZÁLEZ**, identificada con C.C. 1.026.259.346; **CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**, identificada con C.C. 52.147.563; a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, identificada con NIT. 830.125.996-9; **CONALVIAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**, identificada con NIT. 890.318.278-6; e **ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.**, identificada con NIT. 860.005.986-1, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO SEXTO:** COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con NIT. 899.999.119-7, y a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con el NIT. 800.152.783-2.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los

16 JUN 2020

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**

Proyectó: D. Londoño.  
Revisó y Aprobó: A. Pérez.

**NOTIFICAR EN CALIDAD DE INVESTIGADOS:**

**INDUSTRIAL CONCRETO S.A.S.**  
NIT: 890.908.901-9  
**CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**  
NIT: 890.901.110-8  
**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**  
C.C. 2.774.008  
Apoderado

"Por la cual se archiva una investigación"

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES**

C.C. 79.779.355  
T.P. 82.904 del C.S. de la J.  
Calle 97A No. 8-10, oficina 204  
Bogotá D.C.

**ANDRÉS DAVID LEGUIZAMÓN GONZÁLEZ**

C.C. 1.020.742.053

**FELIPE ROCHA SILVA**

C.C. 80.874.691

**JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA**

C.C. 8.297.222

Apoderada

**LAURA BUENDÍA GRIGORIU**

C.C. 52.268.705

T.P. 108.942 del C.S. de la J.  
Calle 97A No. 8-10, oficina 204  
Bogotá D.C.

**VÍA 40 EXPRESS S.A.S.**

NIT: 901.009.478-6

**VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.**

NIT: 900.888.427-7

**BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**

C.E. 430.071

Apoderado

**GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.  
Calle 98 No. 9A - 41, oficina 309  
Bogotá D.C.  
[mcastiblanco@ibarra.legal](mailto:mcastiblanco@ibarra.legal)

**CASS CONSTRUCCIONES S.A.S.**

NIT: 900.018.975-1

**CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**

C.C. 5.199.222

Apoderado

**ENRIQUE DE JESÚS GIL BOTERO**

C.C. 70.071.004

T.P. 27.154 del C.S. de la J.  
Carrera 1 Este No. 74-76, Interior 2, edificio Montecapiro  
Bogotá D.C.  
[enriquegilb1@gmail.com](mailto:enriquegilb1@gmail.com)

**CLAUDIA BIBIANA SOLARTE ENRÍQUEZ**

C.C. 52.147.563

Carrera 7 Km 16 Vereda Fuzca, Lote Shosua  
Chía, Cundinamarca

**MÓNICA VIVIANA CRISTANCHO**

C.C. 1.026.259.346

Apoderado

**DANILO ROMERO RAAD**

C.C. 79.547.687

T.P. 79.289 del C.S. de la J.  
Carrera 7 No. 71-21, Torre A, piso 8  
Bogotá D.C.  
[danilo.romero@hklaw.com](mailto:danilo.romero@hklaw.com)

**CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA**

“Por la cual se archiva una investigación”

NIT: 900.417.609-0

Apoderado

**JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO**

C.C. 80.417.606

T.P. 66.218 del C.S. de la J.

Avenida Calle 92 No. 11 - 51, piso 4

Bogotá D.C.

[jose.miguel.delacalle@garrigues.com](mailto:jose.miguel.delacalle@garrigues.com)

**BENTON S.A.S.**

NIT: 900.437.865-5

Apoderado

**OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**

C.C. 19.204.444

T.P. 32.256 del Ministerio de Justicia

Calle 95 No. 14-45, oficina 702

Bogotá D.C.

[oferreira@ferreiraasociados.com](mailto:oferreira@ferreiraasociados.com)

**OMAR AUGUSTO FERREIRA REY**

C.C. 19.204.444

Calle 95 No. 14-45, oficina 702

Bogotá D.C.

[oferreira@ferreiraasociados.com](mailto:oferreira@ferreiraasociados.com)

**NOTIFICAR EN CALIDAD DE TERCEROS INTERESADOS:**

**CONALVÍAS CONSTRUCCIONES S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL**

NIT: 890.318.278-6

Apoderado

**JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA**

C.C. 19.439.307

T.P. 39.927 del C.S. de la J.

Carrera 19 No. 82-40, piso 5

Bogotá D.C.

**ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.**

NIT: 860.005.986-1

Apoderada

**XIMENA ZULETA LONDOÑO**

C.C. 39.691.462

T.P. 51.725 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52, Torre B, piso 9

Bogotá D.C.

[ximena.zuleta@dentons.com](mailto:ximena.zuleta@dentons.com)

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

NIT: 830.125.996-9

Apoderado

**JIMMY ALEXANDER GARCÍA URDANETA**

C.C. 80.442.163

Calle 26 No. 59-51, Edificio T4, Torre B, segundo piso

Bogotá D.C.

[buzonjudicial@ani.gov.co](mailto:buzonjudicial@ani.gov.co)

**COMUNICAR:**

**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

NIT: 899.999.119-7

"Por la cual se archiva una investigación"

---

Procurador 196 Judicial I:

**YESID FERNANDO ALVARADO RINCÓN**

Calle 16 No. 4-75, piso 3

Bogotá D.C.

[yalvarado@procuraduria.gov.co](mailto:yalvarado@procuraduria.gov.co)

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

NIT. 800.152.783-2

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

Bogotá D.C.