

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN
67837 DE 2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE
INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso RUTA DEL SOL
*Resolución de apertura de investigación y
pliego de cargos conductas anticompetitivas en Licitaciones públicas*

Investigados:

*Estudios Y Proyectos Del Sol S.A. (Episol),
Corficolombiana S.A. Y Grupo Aval S.A.,(Corficol),
Construtora Norberto Odebrecht S.A.(Oderbrecht SA)
Y Odebrecht Investimentos Em Infraestrutura Ltda (Oferbrecht
investments)*

Análisis del CEDEC Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

ÍNDICE	2
1. INTRODUCCIÓN	3
3. HECHOS RELEVANTES DEL CASO	7
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	16
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES	19

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 67837 DE 2018 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso RUTA DEL SOL

***Resolución de apertura de investigación y
pliego de cargos conductas anticompetitivas en Licitaciones públicas***

Investigados:

Estudios Y Proyectos Del Sol S.A. (Episol),

Corficolombiana S.A. Y Grupo Aval S.A., (Corficol),

Construtora Norberto Odebrecht S.A. (Odebrecht SA)

Y Odebrecht Investimentos Em Infraestrutura Ltda (Odebrecht investments)

1. Introducción

La conducta que se tratará en esta resolución hace referencia a la existencia de una práctica, procedimiento o sistema, ejecutado a lo largo del tiempo, mediante una conducta anticompetitiva entre los investigados para impedir la competencia en el marco del proceso de selección Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 mejor conocido como Ruta del sol.

2. Hechos relevantes del caso

Antes de relatar los hechos del caso concreto es importante tener en cuenta los antecedentes que dieron lugar a la apertura de la investigación de oficio por parte de la Delegatura para la protección de la Competencia, como bien se realizará a continuación.

Así las cosas, es importante tener en cuenta, que el 21 de diciembre de 2016, el DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA celebró un

Acuerdo de Culpabilidad con ODEBRECHT S.A., mediante ese instrumento, se declaró culpable de haber puesto en funcionamiento una estructura dentro de la organización empresarial para pagar cientos de millones de dólares en sobornos para obtener proyectos en diferentes países, entre estos Colombia.

Por medio de dicho acuerdo, ODEBRECHT reconoció que formaron “esquema de sobornos” mediante el cual, entre los años 2001 y 2016 junto con sus cómplices, con quienes voluntariamente acordaron de manera corrupta, dar millones de dólares en pagos y cosas de valor, en beneficio de agentes, partidos políticos, oficiales políticos, candidatos políticos extranjeros, para asegurar ventajas e influenciar aquellos oficiales para la obtención de negocios en diferentes países, de hecho se configuró una división independiente que manejaba dichos sobornos disfrazándolos mediante la utilización de operadores financieros externos.

Asimismo, frente a los señalamientos del “esquema de sobornos”, en Colombia, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN imputó los delitos de indebida celebración de contratos, cohecho y enriquecimiento ilícito a GABRIEL IGNACIO GARCÍA, quien durante la época de los hechos materia de investigación fue Viceministro de Transporte (2007 - 2010) y Gerente General encargado del INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO) (2009 - 2010) por razón a los hechos delictivos ocurridos durante el proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol.

Conforme a la situación relatada, la Delegatura inició de oficio la recopilación de información pública, relacionada con esos hechos ante la posible ocurrencia de actos anticompetitivos. En ese sentido se realizó una visita administrativa de inspección en las instalaciones de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) (Antes INCO). Para "recaudar información sobre la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 que culminó con la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 de 14 de enero de 2010 correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol". También, el 24 de enero de

2017, se dispuso a efectuar y realizar visita administrativa de inspección en las instalaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN para recaudar información relacionada con la Licitación Pública SEA-LP-001-2009. Con el mismo propósito, el 25 de enero de 2010 se realizó una visita administrativa de inspección en la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Como consecuencia de dichas investigaciones, se dio por terminado y se liquidó el contrato mencionado, mediante la Resolución No. 5216 de 16 de febrero de 2017 la Autoridad decretó una medida cautelar en la que ordenó “la suspensión o cesación de los efectos” de las conductas restrictivas de la libre competencia económica que se habrían configurado en el marco del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 del Sector 2 de la Ruta del Sol y durante la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el (INCO) y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. a la cual pertenecían los agentes investigados.

El 2 de octubre de 2017, GABRIEL GARCÍA presentó solicitud de ingreso al Plan de beneficios por colaboración de acuerdo con artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, en donde reconoció su participación en la comisión de conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica y suministró información y evidencias de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.29.2.3 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015.

El desarrollo del Proyecto Ruta del Sol se orientó a mejorar y expandir la capacidad de la infraestructura física de los corredores de transporte terrestre, con el fin de promover la competitividad y dotar de herramientas a la comunidad para facilitar el comercio, como parte de los lineamientos de CONPES 3413 de 2006, asimismo, era considerado como uno de los principales corredores viales del país en la medida en que, se desarrollaron actividades de rehabilitación y ampliación de la vía existente, conectaría a Bogotá con la Costa Caribe mediante 1.071 kilómetros de recorrido, así las cosas, INVÍAS era la institución encargada de adelantar el proceso público de

adjudicación de contratos de obras públicas y el INCO la Entidad competente para adelantar el proceso público de adjudicación de concesiones, sin embargo, se delegó ambas funciones a INCO de manera que pudiera adelantarse un único proceso correspondiente a la apertura, gestión, cierre y adjudicación del proceso de selección del contrato de obra pública para el Proyecto Ruta del Sol.

Entre mayo y junio de 2007 se llevaron a cabo varias reuniones en las que participaron la CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), el INCO, el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP) y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con el mismo objetivo de determinar quién estaría encargado de prestar la asesoría necesaria para la estructuración de Proyecto Ruta del Sol. Frente a este tema ANDRÉS URIEL GALLEGO (entonces Ministro de Transporte) insistía en que STRUCTURE participara en esa labor, bien fuera como líder de la totalidad de la estructuración o como asesor, dicha empresa fue creada el 17 de octubre de 2006, tan solo un año antes de que se adelantara el proceso de selección para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol. Por lo tanto, esa circunstancia genera dudas respecto de la experiencia e idoneidad de STRUCTURE para participar en semejante labor.

Adicionalmente, HÉCTOR ULLOA ha fungido como su presidente y “persona natural matriz” de la sociedad referida con fundamento en el certificado de existencia y representación legal de STRUCTURE. Quien tuvo diálogos con trabajadores de ODEBRECHT sobre la importancia de que una persona, que ellos identificaban como “Héctor” o con las iniciales “HU”, influenciara a funcionarios del INCO para gestionar diferentes asuntos en beneficio de los intereses de ODEBRECHT.

También en ejercicio de su función de promocionar la realización del Proyecto, la CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (IFC) llevó a cabo una presentación el 20 de noviembre de 2008 en el V Congreso Nacional de Infraestructura. En dicha oportunidad GABRIEL GARCÍA, presentó el Proyecto Ruta del Sol junto con los miembros de la IFC entidad que manifestó su intención de prestar apoyo financiero para la ejecución del Proyecto Ruta del Sol, lo que resultó ser una circunstancia

relevante porque la participación de organismos multilaterales para la financiación del proyecto podía generar tranquilidad a posibles inversionistas, lo cual, podía ser un incentivo para intervenir, de manera mucho más activa de lo que le correspondía, en la determinación de las condiciones del proyecto y del proceso de selección.

El 10 de marzo de 2009 el INCO publicó en el SECOP el “proyecto de pliego de condiciones”, el objeto del proceso de selección consistiría en lo siguiente:

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

Al respecto, la IFC señaló que se podrían presentar dificultades en la consecución de los recursos necesarios para financiar el Proyecto debido a la longitud total del objeto. Por esa razón, sugirió dividir el proyecto en tres sectores, medida que a la postre se terminó por adoptar.

Finalmente, la versión definitiva, que fue la publicada el 22 de octubre de 2009. De acuerdo con la información disponible en el SECOP.

3. Consideraciones de la Delegatura

Mediante el acto administrativo de apertura de investigación se presentaron las razones que permiten concluir de manera razonable que, EPISOL, controlada por CORFICOL. y GRUPO AVAL S.A., así como ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT INVESTMENTS., habrían incurrido en comportamientos violatorios del régimen de protección de la libre competencia económica en el marco del proceso destinado a desarrollar la Ruta del Sol sector 2.

3.1. En concordancia con lo anterior y de conformidad con la información incorporada en el registro mercantil, EPISOL es una sociedad que está controlada por CORFICOL y se dedica a la estructuración y participación en proyectos de infraestructura. Su principal función es servir como vehículo de inversión de su matriz, de allí que las decisiones relacionadas con el seguimiento a los proyectos de inversión sean realizadas directamente por CORFICOL. En efecto as decisiones eran adoptadas por JOSÉ ELÍAS MELO (presidente de CORFICOL). Ahora bien, dado que la controlante a su vez estaba sujeta al control de GRUPO AVAL, las decisiones que en relación con el Proyecto Ruta del Sol adoptaba el presidente de CORFICOL seguían los lineamientos y parámetros fijados por la empresa matriz indicada.

En Colombia, para la época del proceso ODEBRECHT S.A. hacía parte de un conjunto de varias empresas y se dedica a la planeación y ejecución de proyectos de construcción civil, además de desarrollar otras actividades relacionadas con la industria naval y la explotación de petróleo y gas. Por su parte, ODEBRECHT INVESTMENTS. tiene como actividad económica la de explotar directa o indirectamente negocios de concesiones de obra y servicios públicos.

Con base en los hechos relatados y el proceso indagatorio, la Delegatura afirma que existieron conductas entre estos agentes encaminadas a suprimir las presiones competitivas en el marco del proceso de selección contractual y a garantizar que la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL (en adelante Concesionaria Ruta del Sol) (integrada por ODEBRECHT, EPISOL y CSS) obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente, en perjuicio del derecho a participar y de la probabilidad de victoria de los demás interesados en dicho proceso de selección. Cabe resaltar que la empresa líder del Consorcio fue ODEBRECHT, quien ejerció la representación y liderazgo del Consorcio, es decir contaba con los poderes necesarios para llevar a cabo las obligaciones derivadas del Plan de Acción Anual.

3.2. Primero, la Delegatura encontró plena evidencia sobre el ofrecimiento y pago de un soborno para garantizar que la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL resultara adjudicataria del contrato correspondiente.

Teniendo en cuenta el acuerdo de culpabilidad descrito, se confesó que Entre 2009 v 2014 ODEBRECHT, que se realizó pagos por 11 mil millones en Colombia para asegurar contratos de obras públicas con un beneficio de más de 50 mil millones. LUIZ ANTONIO BUENO (representante de ODERBRECHT) acordó con el doctor JOSÉ ELÍAS MELO, que posteriormente dividirían los costos a lo largo del proyecto.

Respecto a lo anterior, el Señor LUIZ BUENO afirmó que fue él quien negoció con GABRIEL GARCÍA el acuerdo consistente en que este se asegurara de que los términos y condiciones fijados para adelantar el proceso de selección, los cuales estuvieran determinados para beneficiarlos y se cumplieran, tampoco permitieran la flexibilización de errores en los otros proponentes. Influyendo así en la determinación de la estructuración del proyecto y de las reglas del proceso de selección en beneficio de las empresas investigadas, de manera que otros proponentes que incurrieran en cualquier error en sus propuestas fueran eliminados del proceso.

Al respecto MAURICIO MILLÁN (director de EPISOL) afirmó que MANUEL RICARDO CABRAL (director del Contrato para el Proyecto Ruta del Sol) le informó que ODEBRECHT había pagado comisiones al "Gobierno" para obtener la adjudicación del contrato. Es preciso resaltar, con fundamento en la declaración de LUIZ BUENO, que MANUEL CABRAL tenía la función de "hacer la división de los costos" para asegurar que CORFICOL reembolsara su parte del soborno.

Aunque el pago del soborno fue realizado por ODEBRECHT, la Delegatura consideró que ocurrió con el conocimiento y autorización de CORFICOL quién, además adquirió el compromiso de reembolsar parte de dichos costos, con cargo a la ejecución del contrato de concesión en proporción de su participación en el negocio. En efecto, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR declaró lo siguiente:

"ODEBRECHT haría los pagos a GABRIEL GARCIA y posteriormente en el desarrollo, a lo largo del proyecto de construcción, nosotros íbamos a dividir los costos de los 6.5 millones de dólares que se le pagarían a GABRIEL GARCIA, entre ODEBRECHT y CORFICOLMBIANA, de los 6.5

millones, la división era directamente proporcional con el porcentaje de participación de cada uno en el proyecto”.

De acuerdo con la Delegatura, la participación de CORFICOL se corroboró porque, GABRIEL GARCÍA le solicitó a LUIZ BUENO el concepto de un abogado reconocido en el que se avalaran las decisiones que iba a tomar, Como condición para adoptar las decisiones que sabían serían ilegales para que los investigados requirieran para obtener la victoria, sin embargo, quien gestionó la obtención del documento y su entrega fue JOSÉ ELÍAS MELO.

Con fundamento en la información provista por la declaración de MAURICIO MILLÁN (Representante de CORFICOL en el consorcio constructor CONSOL), afirmó que se realizaron pagos al exterior por cerca de los \$ 18 mil millones de pesos cuyo objeto se refería a la preparación de la oferta. La Delegatura analizó documentos del consorcio constructor CONSOL y encontró unos soportes de los papeles de trabajo del auditor externo de CONSOL, hallaron, tres pagos efectuados entre junio y agosto de 2010 a una empresa llamada DCS MANAGEMENT empresa intermediaria encargada del pago de los sobornos.

Por otro lado, la Delegatura pudo demostrar que GABRIEL GARCÍA era indispensable para los intereses de los investigados, toda vez participó en el proyecto desde una fase muy inicial, asimismo, fue designado como coordinador interinstitucional. Por lo tanto, obtuvo un conocimiento profundo del desarrollo del proyecto y una relevante influencia en los aspectos relacionados con su devenir.

Así las cosas, GABRIEL GARCÍA quien gozaba de una triple calidad de como Viceministro de Transporte, coordinador interinstitucional del Proyecto Ruta del Sol y Gerente del INCO, le dio una posición destacada en el proceso de estructuración del Proyecto Ruta del Sol y era quien tenía la capacidad de influenciar, decidir y actuar en todas las instancias del proceso de selección, quizás como nadie más en el Gobierno.

En definitiva, el objetivo de LUIZ BUENO con el soborno que ofreció al entonces Viceministro de Transporte fue asegurar que las condiciones fijadas en el pliego de condiciones se preservaran y así se mantuvieran las ventajas competitivas logradas ilegalmente desde la estructuración del Proyecto Ruta del Sol no afectaran a los investigados. Dicho objetivo, de hecho, se cumplió como se explica de manera breve a continuación.

En primer lugar, cabe mencionar que la solicitud que formuló MNV S.A. (Grupo NULE) en la octava ronda de preguntas con el propósito de que se incluyera en el concepto de "Proyecto de Infraestructura", pues bien, la decisión del INCO de no considerar esas observaciones careció de un fundamento razonable y estuvo motivada por la intención de favorecer a los investigados. Asimismo, CHINA RAILWAY y OHL solicitaron la ampliación del término puesto que, el tiempo no era suficiente para conformar la totalidad de los documentos, petición que tampoco fue atendida.

Con el pago del soborno a GABRIEL GARCÍA, se imputó a ODEBRECHT, CORFICOL, EPISOL y CONCESIONARIA RUTA DEL SOL, por el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y que habrían infringido la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En consideración a que las personas mencionadas son agentes del mercado y habrían desarrollado los comportamientos materia de investigación sin importar ser personas jurídicas o personas naturales.

3.3. Para la Delegatura existió el aprovechamiento de un conflicto de Intereses que entre un alto ejecutivo de GRUPO AVAL y una importante funcionaría del organismo multilateral encargado de la estructuración del proyecto Ruta del Sol.

Es importante que no solo existió el pago de sobornos sino también la evidencia que de acuerdo con la Delegatura afirma que las empresas investigadas habrían aprovechado en su beneficio un conflicto de intereses que existía entre un alto ejecutivo de GRUPO

AVAL y una importante funcionaria del organismo multilateral encargado de la estructuración del proyecto Ruta del Sol.

Como se indicó en esta Resolución, la IFC fue el organismo multilateral elegido para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol y para brindar asesoría al INCO por lo tanto, MARÍA VICTORIA GUARÍN (ejecutiva de IFC) esposa de DIEGO SOLANO (Trabajador de Grupo Aval), jugó un importante papel en la estructuración de esas actividades ajustadas a los intereses de los investigados y aprovechó dicha relación para compartir información relevante del proceso así como tomar decisiones que beneficiaran a los investigados.

Ninguna medida existió en relación con ese aspecto, a lo que se debe agregar que, por ejemplo, GUSTAVO ANTONIO (vicepresidente de CORFICOL), manifestó que DIEGO FERNANDO SOLANO jamás se apartó del Proyecto Ruta del Sol ni le pidió que no le entregara información precisa sobre ese tema.

Por otro lado, la Delegatura evidenció la destacada labor que DIEGO SOLANO desempeñó en la estructuración del Proyecto Ruta del Sol y en la participación de EPISOL en el Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-200.

Declaraciones de varios trabajadores de GRUPO AVAL afirman que DIEGO FERNANDO SOLANO tuvo un relevante papel en la participación de EPISOL y CORFICOLMBIANA en el Proyecto Ruta del Sol, aspecto al que se debe agregar, con fundamento en la declaración de ese funcionario de GRUPO AVAL, mantenía comunicaciones con LUIS CARLOS SARMIENTO (presidente de GRUPO AVAL) para reportarle sus actividades. Enviaba correos electrónicos que contenían los comentarios de ese funcionario de GRUPO AVAL al proceso, diversas versiones del Memorando de Entendimiento (MOU) que negociaron CORFICOL y ODEBRECHT con el fin de asociarse en el proyecto.

Los documentos hallados en el computador corporativo de JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA acreditan que DIEGO SOLANO participó en el Proyecto Ruta del Sol.

Adicionalmente, es importante anotar que la relación conyugal DIEGO SOLANO y MARÍA VICTORIA GUARÍN y dicho conflicto de intereses era conocido por parte de los funcionarios de EPISOL, CORFICOLMBIANA y GRUPO AVAL. Sin embargo, la Delegatura afirmó que las empresas investigadas, lejos de haber adoptado alguna medida para impedir la materialización del conflicto de intereses que se ha referido, lo aprovecharon ilegítimamente.

El interés que tenían los funcionarios de CORFICOL y GRUPO AVAL para mantener comunicación privada y directa con MARÍA VICTORIA GUARÍN (IFC), era evidente con el fin, de no levantar sospechas sobre la estrategia de coordinación que contó con la presencia de servidores públicos.

Además, de lo anterior la Delegatura considera que la IFC supo de la relación conyugal entre los referidos funcionarios de GRUPO AVAL y de ese organismo multilateral, sin embargo, lo mantuvo oculto durante un lapso considerable que, además, resultó de trascendental importancia para la estructuración del Proyecto Ruta del Sol

En efecto se consideró que esa conducta restringió la libre competencia puesto que, al estructurar el proceso de selección solamente con las opiniones de aquellos beneficiarios del conflicto de intereses y, adicionalmente, que las oportunidades para someter a examen esas opiniones mediante un ejercicio dialéctico propio de ese tipo de procesos tengan un valor apenas aparente, desconocen el principio de transparencia en el marco de la contratación pública, pues impiden la adecuada publicidad de las actuaciones de la administración, obstaculizan el suficiente ejercicio del derecho de contradicción por parte de los interesados excluidos de los escenarios de discusión y, como resultado, dan lugar a reglas que no cumplen con condiciones de objetividad, neutralidad y claridad. Esto, por supuesto, desvirtúa la igualdad de oportunidades entre los proponentes y, consecuentemente, impide la materialización de una selección objetiva como resultado de los sesgos que termina padeciendo la autoridad decisora.

Lo que claramente se aleja de unas condiciones de igualdad, transparencia, objetividad y competencia, es que los contactos en los que el inversor plantea sus expectativas y

pretensiones se lleven a cabo con la presencia y participación de la persona con la que el funcionario estructurador tiene una íntima relación pues es su cónyuge.

En conclusión, de todo lo expuesto, EPISOL, CORFICOL y GRUPO AVAL, desde el inicio de la estructuración del Proyecto Ruta del Sol, habrían aprovechado ilegalmente el conflicto de intereses derivado de la relación entre MARÍA VICTORIA GUARÍN y DIEGO FERNANDO SOLANO. En consecuencia, se imputó a la violación de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

3.4. De acuerdo con lo evidenciado, es posible señalar que se realizaron contactos privados y directos con posterioridad a la iniciación del proceso de selección en claro incumplimiento de la regla que, en aras de materializar los principios de transparencia, igualdad, selección objetiva y competencia, establecía que ese tipo de comunicaciones se adelantara a través de los mecanismos formales establecidos para el efecto.

Tanto ODEBRECHT como CORFICOLOMBIANA realizaron contactos privados y directos con la entidad encargada de estructurar el Proyecto Ruta del Sol y con aquella responsable de adelantar el proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009, contactos a través de los cuales habrían hecho valer sus opiniones y consideraciones sin que estas fuesen sometidas a la contradicción de las demás empresas que compitieron dentro del proceso de selección que aquí interesa. Todo ello, con inobservancia de la regla que prohibía tales comportamientos. Más aun teniendo en cuenta la vigencia de una regla que prohibía a la IFC y al INCO tener contactos privados y directos con las empresas participantes en el proceso de licitación una vez que inició el mismo.

De hecho la estrategia fue exitosa puesto que se modificó un Decreto para cuya elaboración se debió tener en cuenta el Proyecto Ruta del Sol y las condiciones económicas de contexto en ese momento, incluso 6 meses después, por recomendación de la IFC, específicamente de MARÍA VICTORIA GUARÍN (motivada en solicitudes de ODEBRECHT), se modificó nuevamente el régimen de garantías en condiciones que

correspondieron con las expectativas que sobre esa materia tenía la referida compañía constructora.

El hecho de que en ese documento se aprecien pretensiones de modificaciones adicionales a gestionar por vías "no formales", distintas de las que MARÍA VICTORIA GUARÍN efectivamente gestionó según las pruebas que se presentaron en la primera parte de esta sección, evidencia que los contactos privados y directos, así como la influencia derivada de esa estrategia, involucran a más personas que tenían la capacidad de determinar las condiciones del proceso, así como que tuvieron alcances aún más profundos que los que se han referido hasta ahora.

Se concluyó por parte de la Delegatura que respecto a este aparte que las condiciones de las garantías dentro del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 se modificaron de conformidad con las pretensiones de ODEBRECHT y CORFICOL. Ahora bien, aunque podría objetarse que las modificaciones en cuestión beneficiaron a todos los proponentes que participaron en el proceso, ese sería un argumento en extremo discutible.

Lo verdaderamente relevante para el régimen de libre competencia fue que la modificación en el régimen de garantías tuvo lugar por las solicitudes directas y privadas que formuló ODEBRECHT en beneficio propio y de su socio CORFICOL, y que ese comportamiento hizo parte de toda una campaña encaminada a que esas empresas resultaran adjudicatarias del contrato que interesa en este caso en perjuicio de la probabilidad de victoria de los demás proponentes.

Como consecuencia de las actuaciones referidas en este acápite, se imputará a ODEBRECHT quién habría violado la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. En el mismo sentido, se imputará a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES y MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS quienes habrían incurrido en la prohibición general

prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

3.5. Finalmente, la Delegatura concluyó la realización de comportamientos atribuibles a los investigados que estuvieron encaminados a consolidar acuerdos restrictivos de la libre competencia económica, con otros agentes de mercado que tenían interés en participar en el proceso de selección. Estos comportamientos, de haberse concretado, se hubieran adecuado a la conducta anticompetitiva de colusión o cartelización en un proceso de contratación estatal de conformidad con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, afirmó expresamente JOSÉ ELÍAS MELO al rendir declaración durante la etapa preliminar de esta actuación administrativa pues, Sobre la motivación de ese tipo de estrategias, dijo lo siguiente:

"DELEGATURA: "¿Y para qué?"

JOSÉ ELÍAS MELO ACOSTA: Para tener mejor capacidad de que hubiera menos competencia

El ofrecimiento v pago de sobornos: un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica"

En últimas el sistema descrito en este acto habría permitido que la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL, fuera el único oferente habilitado para participar por el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y, por ello, que presentara una oferta económica que claramente es el resultado de un comportamiento que no estuvo sometido a las presiones competitivas que se esperaban de un proceso de selección. De allí que en un comportamiento racional y maximizador de utilidades, al momento de fijar el valor de la oferta optó por un valor elevado frente al presupuesto oficial. Lo cual le permitía extraer la mayor cantidad posible de utilidades aprovechando que adoptó medidas para impedir condiciones de efectiva competencia.

4. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la Delegatura en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

ARTÍCULO PRIMERO. ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A, ODEBRECHT INVESTIMENTO EM INFRAESTRUTURA LTDA, CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A - CORFICOLOMBIANA S.A. ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** para determinar si, en los términos señalados en este acto administrativo, incurrieron en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en razón al esquema de pago de sobornos a funcionarios públicos.

ARTÍCULO SEGUNDO ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **LUIZ ANTONIO MAMERI, LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, LUIZ EDUARDO**

DA ROCHA SOARES, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, YEZID AGUSTO AROCHA ALARCÓN Y OSÉ ELÍAS MELO ACOSTA para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos referidos en el **ARTÍCULO PRIMERO** de la Parte Resolutiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra los agentes del mercado **CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S A - CORFICOLOMBIANA S.A. ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A. Y GRUPO AVAL ACCIONES Y VALORES S.A.** habrían infringido la prohibición general prevista en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad

prevista en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la ley 1340 de 2009, en razón al aprovechamiento del conflicto de intereses.

ARTÍCULO CUARTO. ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **LUIS CARLOS SARMIENTO GUTIÉRREZ, DIEGO FERNANDO SOLANO SARAVIA, JOSÉ ELIAS MELO ACOSTA, GUSTAVO ANTONO RAMÍREZ GALINDO, ALEJANDRO SÁNCHEZ VACA Y MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos referidos en el **ARTÍCULO TERCERO** de la Parte Resolutiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO. ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS Contra **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. y ODEBRECHT INVERSIÓN EN INFRAESTRUTURA LTDA** para determinar si, en los términos señalados en este acto administrativo, habrían infringido la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SEXTO. ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR, YEZID AGUSTO AROCHA ALARCÓN, MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES y MARÍA VICTORIA GUARÍN VANEGAS** para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos referidos en el **ARTÍCULO QUINTO** de la Parte Resolutiva de este acto administrativo.

(...)*

5. Análisis y conclusiones

La presente resolución es muy interesante, puesto que analiza el comportamiento de toda una organización pensada, organizada y estructurada para el fin de involucrarse en los entes estatales encargados de realizar el proceso de selección para la Ruta del Sol.

Así las cosas, realizaron todo un esquema de sobornos a funcionarios públicos, para que estos tuvieran en cuenta únicamente sus observaciones y no las realizadas por los demás participantes, tampoco se permitía aceptar ningún error por parte de los demás proponentes y peor aún se generaron barreras a la entrada dentro de dicho mercado con el fin de evitar que proponentes que tuvieran experiencias que relacionadas con labores necesarias para la ejecución correcta del proyecto pudiesen participar en el mismo y con el fin de que fuera el consorcio conformado por los investigados el único proponente habilitado como bien ocurrió, Así las cosas, se violó uno de los objetivos de la contratación pública el cual consiste en la igualdad de oportunidades y peor aún la pluralidad de oferentes, afectando de esta manera el mercado, pues se privó a la parte demandante es decir al Estado, de obtener mayor competencia a la hora de poder observar distintos proponentes que quizás tuvieran ofertas que generaran mayor beneficio al mercado y ofrecieran un mayor ahorro para el presupuesto público.

Sin embargo, lo anterior no fue la única circunstancia que evidencia la práctica anticompetitiva, toda vez que se observó un aprovechamiento sobre el conflicto de intereses que existía entre una funcionaria pública involucrada con el proyecto Ruta Del Sol y un trabajador de una de las empresas investigadas, con el propósito de que ella influenciara en la toma de decisiones del proyecto y que cumpliera con los mejores intereses de los investigados, incluso logró el cambio del régimen de garantías que regalaba el proceso de selección, además se corroboró la violación a la prohibición de comunicaciones por medios no oficiales con la entidad pública encargada del proceso.

En el caso concreto se imputó a los investigados tanto por el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 como por la prohibición legal del artículo 1 de la ley 155 de 1959 la primera imputación se realizó con base en el acuerdo entre CORFICOL y ODERBRECHT, EPISOL y los investigados para alterar las condiciones del mercado en la contratación de la Ruta del Sol, y se imputó el artículo 1 de la ley 155 por el mismo hecho, lo cual podría ser contrario al principio *no bis in ídem* pues se estaría imputando dos conductas por los mismos hechos.

Seguidamente se imputa de nuevo el artículo 1 de la ley 155 de 1959, debido al esquema de sobornos fraguado con los servidores públicos y el aprovechamiento de conflictos de intereses entre la funcionaria pública y el señor DIEGO SOLANO, se considera que esta imputación de la Delegatura se realizó en razón a una conducta autónoma e independiente de la realizada anteriormente, pero la resolución no es muy clara en afirmar por qué dicha conducta no pudo ser parte del mismo acuerdo, dado que este puede darse tanto horizontal como verticalmente, más aun cuando se involucró a los funcionarios públicos quienes son los que definen las condiciones a contratar de la parte compradora quien está en últimas se encuentra aguas abajo en la cadena de valor y en ese sentido, la entidad pública es un agente que determina las condiciones del mercado, sin importar que estas entidades sean parte del Estado.

Finalmente, se descubrió la intención de coludir con los demás participantes, sin embargo, nunca se llevó a cabo, A pesar de que se sanciona por la potencialidad que tenga la conducta de afectar las condiciones normales de competencia dentro de un proceso contractual, sin importar los efectos que se produzcan, es importante precisar que dicha conducta debe exteriorizarse y salir de la esfera interna de quien tiene la intención de formarse, así las cosas, si los investigados manifiestan a otros la intención de realizar un acuerdo pero este nunca se lleva a cabo, si se materializó una conducta anticompetitiva pero no como un acuerdo colusorio puesto que se necesita la unión de voluntades, sino por una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia.

Proyectado por: Daniela Margarita Pérez Doria.