



MEDIDAS CAUTELARES IMPUESTAS POR LA SIC EN EL CASO “RUTA DEL SOL” (Resolución No. 5216 del 16 de febrero de 2017)

Mediante la Resolución 5216 del 16 de febrero de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**) ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura (**ANI**), a título de medida cautelar, dar por terminado de manera inmediata el Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes.

Mediante este negocio jurídico, el Instituto Nacional de Concesiones (**INCO**), predecesora de la **ANI**, y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. acordaron la elaboración de los diseños, la financiación, la obtención de licencias ambientales y demás permisos, la adquisición de predios y la rehabilitación, construcción, mejora, operación y manutención del trayecto entre Puerto Salgar y San Roque, también conocida como “Ruta del Sol 2”.

Pues bien, al iniciar el análisis del caso bajo las normas de competencia de lo sucedido en el proceso de adjudicación de dicho contrato, la **SIC**, como autoridad única de competencia, decidió ejercer la facultad de imponer medidas cautelares en las actuaciones administrativas que adelante, la cual está consagrada el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el artículo 4° del Decreto 2153 de 1992¹.

1 Es necesario anotar que, frente a este contrato, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, impuso medidas cautelares el 9 de febrero de 2017. Sin embargo, la **SIC** expresó que estas –y, en general, toda la actuación judicial– buscan amparar la moralidad

En el análisis para la imposición de las medidas cautelares, la SIC analizó (i) la apariencia de comisión de una infracción administrativa y (ii) el peligro que representa para el interés jurídicamente protegido que se postergue la protección hasta que se adopte la decisión final.

i) Apariencia de comisión de una infracción administrativa

Frente a este requisito, la aparente infracción administrativa detectada por la SIC es la presunta comisión de conductas anticompetitivas por parte de la Organización Odebrecht (**Odebrecht**), quien controla indirectamente la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. a través de sus sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Inversiones em Infra-estructura Ltda². Concretamente, con base en información preliminarmente obtenida, la entidad argumentó que **Odebrecht** habría direccionado la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 mediante el pago de sobornos a los responsables de la adjudicación del proyecto. Esta conducta, de ser comprobada, configuraría un caso de colusión en procesos de contratación con el Estado.

En el ordenamiento jurídico nacional, el Decreto 2153 de 1992, en su artículo 47, prohíbe la colusión en procesos de contratación en los siguientes términos:

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:

(...)

administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos; mientras que su actuación administrativa busca analizar el contrato desde la óptica de la libre competencia y, en consecuencia, la medida cautelar busca tutelar este derecho colectivo. Fue así como justificó la necesidad de imponer la nueva medida cautelar.

- 2 Estas dos sociedades cuentan con 25,01% y 37% de participación en la Concesionaria, respectivamente.

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

La razón de ser de la prohibición radica en que, en un escenario de competencia, al proceso de contratación con el Estado deben concurrir proponentes que presenten ofertas que, dada su relación de costo-beneficio para la entidad, sean óptimas para ella y superen las de sus competidores. En otras palabras, el Estado “*hace las veces de consumidor y como cualquier consumidor tiene el derecho de recibir ofertas con los mejores precios y condiciones, y por tratarse de compras públicas (dineros públicos), el Estado tiene la obligación de escoger la mejor oferta, y no cualquier oferta*”³. En consecuencia, cuando un proceso de contratación conduce a que un contrato estatal sea asignado a una persona distinta al mejor oferente mediante la manipulación ilícita del resultado, se estaría ante una estrategia anticompetitiva.

En contratación pública, las estrategias anticompetitivas, según la SIC, pueden presentarse por acuerdos entre los oferentes o por actos de corrupción de funcionarios públicos relacionados con la adjudicación. Estas dos conductas no son excluyentes entre sí y, en muchos casos, pueden observarse conjuntamente en un mismo proceso contractual.

Pues bien, en el presente caso la SIC determinó que existirían razones para considerar que, durante el proceso de adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, habría sido falseada la libre competencia. A esta conclusión llegó, en un primer momento, a partir de la información divulgada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, el cual suscribió un acuerdo de colaboración con **Odebrecht** que permitió conocer el esquema de soborno operado por la sociedad en diferentes países,

3 Resolución 5216 de 2017. Página 15.

incluidos Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Sobre Colombia, en el acuerdo de colaboración se consignó que entre el 2009 y el 2014, **Odebrecht** realizó y provocó pagos por más de USD\$11.000.000 para asegurar contratos de obras públicas, los cuales le dieron beneficios superiores a \$50.000.000. A partir de esta información, la Fiscalía General de la Nación inició la etapa de indagación preliminar y concluyó lo siguiente:

Un primer ilícito por USD6.5 millones, se llevó a cabo para lograr la adjudicación de la concesión, por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), dirigido en calidad de encargado por Gabriel García Morales (...) del Tramo Dos de la Ruta del Sol (...) contrato que fue adjudicado en diciembre de 2009 y firmado en enero de 2010.

Estos incentivos económicos habrían sido utilizados para la indebida adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Concretamente, la manipulación del proceso se materializó mediante la inadmisión y el rechazo de propuestas presentadas por otros agentes.

Por todo lo anterior, a partir de los estudios financieros de la concesión, la **SIC** concluyó que **Odebrecht** aún recibiría rentas ilícitas por pagos futuros que la **ANI** debe realizar y por concepto de los peajes cedidos en el contrato. Y dado que la medida cautelar adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no amparó el derecho colectivo a la libre competencia, materializado a través del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y del ya citado numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la **SIC** consideró que era necesaria una medida urgente que salvaguarde dicha prerrogativa constitucional.

ii) Riesgo frente a la eventual sanción que la SIC impondría

En segundo lugar, con respecto a la existencia de un riesgo sobre la efectividad de la eventual sanción administrativa que la enti-

dad podría imponer, la entidad señaló que sus decisiones, como autoridad de competencia, deben ser un remedio real y oportuno para proteger la libre competencia y sancionar a los responsables de la trasgresión. Por lo tanto, teniendo en cuenta la ejecución proyectada del contrato y los efectos que se causarían hasta el año 2035, la SIC reiteró la urgencia de adoptar medidas que permitan la cesación de la presunta infracción de la libre competencia:

El Estado Colombia, el Gobierno Nacional y, en particular, la Superintendencia de Industria y Comercio no permitirán que habiendo suficiente y contundente evidencia probatoria respecto de que habrían ocurrido conductas violatorias de la libre competencia económica, el Contrato de Concesión siga surtiendo efectos y por ello ni cesen las presuntas infracciones a la libre competencia ni que haya una restitución efectiva de la libre competencia económica como pilar y principio constitucional de la contratación estatal⁴.

Por lo anterior, y en atención al criterio de proporcionalidad de la medida, la SIC concluyó que la manera idónea de suspender o hacer cesar las presuntas infracciones y restaurar la libre competencia económica en ese mercado, es mediante la orden de terminar el contrato. Así, se restablecerían las condiciones de libre competencia económica en el mercado relacionado con la asignación de dicho contrato.

Para llegar a esta decisión, la SIC analizó las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 –concretamente, la celebración contra expresa prohibición constitucional o legal– y la correspondiente obligación del representante legal de la entidad de dar por terminado el contrato cuando la nulidad se configure dicha causal. Así, por tratarse de un contrato adjudicado en desconocimiento de la prohibición de conductas anticompetitivas consagrada en el artí-

4 Ibid. Página 21.

culo 1° de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, la entidad concluyó que el contrato **sufre** de una nulidad que impone a la **ANI** la obligación de darlo por terminado.

Habiendo comprobado la concurrencia de los dos requisitos anteriormente explicados, la **SIC** concluyó que era necesaria la imposición de una medida cautelar. Así las cosas, ordenó la terminación inmediata del contrato de concesión por parte de la **ANI** y su consiguiente liquidación. Posteriormente, y con el propósito de restablecer la libre competencia, se le ordenó también a la **ANI** la estructuración de una nueva licitación para adjudicar el objeto contractual originalmente previsto.