

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 5216 DE
2017 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

***Caso Ruta del Sol II
Decreta medida cautelar***

**Investigados:
ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA
RUTA DEL SOL S.A.S. -hoy CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA.	5
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	10
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	12

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 5216 DE 2017 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Ruta del Sol II

Decreta medida cautelar

Investigados:

PROMOTORA EL CAMPIN S.A. y contra EDUARDO GABRIEL HERNÁNDEZ PEÑA

1. Introducción

Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 14 de febrero de 2017 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó al Superintendente de Industria y Comercio, por unanimidad, adoptar medidas cautelares para preservar y salvaguardar el orden legal y constitucional de la libre competencia económica y garantizar así, la efectividad de una eventual decisión sancionatoria y las medidas que eventualmente pudiesen llegar a ser adoptadas.

2. Conductas imputadas

Que el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, establece que al Superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control como autoridad administrativa para la protección de la libre competencia económica, le corresponde adoptar las medidas cautelares a que hubiere lugar, con el fin de suspender o hacer cesar las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia para garantizar la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Libre Competencia en Colombia, por lo que le corresponde conocer de las investigaciones administrativas y en tal función, adoptar las demás decisiones administrativas a que hubiere lugar por infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

Que mediante oficio radicado con el número 17-14777-0-0 del 20 de enero de 2017, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia inició una actuación

administrativa con el fin de indagar la eventual comisión de conductas anticompetitivas en el proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 que culminó con la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes.

Que mediante memorando con radicado número 17-32513-0-0 del 9 de febrero de 2017, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia puso a disposición del Superintendente de Industria y Comercio el expediente número 17-14777, a efectos de considerar la posibilidad de decretar medidas cautelares en la presente actuación administrativa con el fin de suspender o hacer cesar los efectos de las conductas presuntamente violatorias de la libre competencia económica e impartir las instrucciones para su eventual restablecimiento, y de esa forma garantizar la efectividad de una eventual decisión sancionatoria y las medidas que eventualmente pudiesen llegar a ser adoptadas.

3. Consideraciones de la Delegatura

En el presente trámite este Despacho hará, con fundamento en las normas ya comentadas (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), una calificación preliminar de las conductas presuntamente desplegadas por **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. -hoy CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.-** (en adelante **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL**) durante el proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, que dio lugar a la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 entre el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES** (en adelante **INCO**) -hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante **ANI**)- y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL** (en adelante **Contrato de Concesión**). Así mismo, este acto administrativo reparará en los efectos actuales de dichas conductas y la limitación que proyectan sobre la libre competencia económica en el mercado, lo que en consecuencia obliga a la Autoridad de Competencia a la adopción de medidas cautelares, en los términos que adelante se detallan como también a la adopción de algunas medidas u órdenes consecuenciales a la misma.

Así las cosas, la imposición de una medida cautelar, como expresión del ejercicio de la potestad estatal para salvaguardar el interés general, en todo caso, está limitada por el criterio de proporcionalidad que rige las actuaciones administrativas, pues solamente así se cumplen los principios constitucionales que la gobiernan, principalmente, la finalidad estatal de mantener la vigencia de un orden justo, sin alterar o desconocer otros derechos o principios.

Para tal efecto, cuando se trata de la imposición de una medida cautelar, resulta necesario asegurarse de que la misma se adecúe a la finalidad de su imposición. Es decir, debe verificarse que el contenido material de la medida cautelar, principalmente, sus características, alcance y duración, tenga una vocación directa de proteger efectivamente el bien jurídico por salvaguardar y, en consecuencia, que la decisión que tome la administración efectivamente elimine el daño que se quiere evitar o cese la afectación que

se está produciendo, amén de que garantice la cesación de la conducta y la efectividad de la eventual decisión sancionatoria y las órdenes que allí pudiesen impartirse.

En el presente caso, debe analizarse qué tipo de medida puede tener efectos reales en la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica que, con alto grado de probabilidad, habida cuenta de las características y contundencia de los medios probatorios hasta ahora analizados, ha sido vulnerado por la conducta de quienes, mediante mecanismos ilícitos, presuntamente falsearon la competencia en el Proceso de Selección Contractual No. SEA-LP-001-2009 y, por esa vía, no solo violaron la libre competencia para hacerse a ese mercado (Ruta del Sol, Tramo 2) sino que adicionalmente, mantienen en la actualidad una restricción en ese mercado (Ruta del Sol, Tramo 2 y los enmarcados en las adiciones) y perciben rentas supra-competitivas, en desmedro de los bienes jurídicos asociados al mencionado derecho y que a esta Autoridad le corresponde proteger.

A juicio de esta Superintendencia, la medida que habrá de adoptarse exige una cautela estricta del derecho constitucional de la libre competencia económica, actualmente afectada por cuenta de la conducta reconocida, confesada y aceptada por **ODEBRECHT** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ex Gerente General Encargado del **INCO**.

En efecto, le corresponde a esta Autoridad de Competencia actuar inequívocamente tanto para suspender o hacer cesar las presuntas infracciones de la libre competencia económica como para restablecer la vigencia del régimen de libre competencia económica en ese mercado o lo que queda o resta de él, que, además de tener rango constitucional y legal, supone una garantía para todos los asociados de que el comportamiento económico de los agentes que intervienen en el mercado se desarrolla en vigencia de un orden justo (art. 2 Constitución Política). Así, no puede soslayarse el hecho de que existen suficientes razones para desprender que **ODEBRECHT** deliberadamente dejó de lado cualquier consideración ética y legal para obtener a su favor un beneficio injustificado la adjudicación de una de las concesiones viales más importantes para la infraestructura nacional, en desmedro de los demás participantes en el mercado y que, según lo ha admitido públicamente, le supuso importantes ganancias, a costa de las rentas de los demás agentes económicos, incluidos los usuarios de dicha vía pública.

Así las cosas, se impone en este caso el restablecimiento de las condiciones de libre competencia económica en el mercado relacionado con la licitación pública No. SEA-LP-001-2009, en la forma en que se expone a continuación.

4. La medida cautelar.

El régimen de contratación estatal prevé en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, cinco (5) causales expresas, además de las causales de nulidad absoluta previstas en el derecho común, que vician de nulidad absoluta los contratos que llegaren a suscribirse con el Estado. Entre esas causales se establece que son absolutamente nulos los contratos que

(i) se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; (ii) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; (iii) se celebren con abuso o desviación de poder; (iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y (v) se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 de la Ley 80 de 1993 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la referida Ley.

En efecto, el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 establece:

Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. *Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:*

1. *Se celebren con personas incursoas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;*
2. *Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.*
3. *Se celebren con abuso o desviación de poder.*
4. *Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y*
5. *Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley".*

Ahora, sin perjuicio de la eventual declaratoria judicial de nulidad por la configuración de alguna de las causales referidas, la propia Ley 80 de 1993 establece en el inciso 2o del artículo 45, de manera imperativa, que el jefe o representante legal de la entidad estatal contratante tiene el deber legal de dar por terminado el contrato estatal, en los casos en que respecto del mismo se verifique una de las causales de nulidad absoluta establecidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la referida Ley 80 de 1993.

En efecto, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 establece:

Artículo 45. De la nulidad absoluta. *La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.*

*En los casos previstos en los numerales 1o, 2o, y 4o, del artículo anterior, **el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.** (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Acerca del ejercicio del deber legal de terminación de los contratos estatales por parte de la Administración, en los casos de configuración de una de las tres causales de nulidad absoluta mencionadas, señaló la Corte Constitucional en Sentencia T-1341 de 2001:

*En el caso que se analiza, las nulidades citadas responden a situaciones de orden estrictamente jurídico y **por circunstancias particularmente graves de vulneración***

del ordenamiento jurídico, pues evidencian que el contrato estatal adolece de irregularidades en su configuración, de tal magnitud, que en el evento de permitir su ejecución se estaría propugnando o removiendo el afianzamiento de un atentado contra la regularidad jurídica, desatendiendo los mandatos que regulan la actividad administrativa, entre ellas la actividad contractual.

Las causales de nulidad absoluta que permiten el ejercicio de la potestad excepcional contenida en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, a la cual se viene haciendo alusión, operan cuando la celebración del contrato estatal se efectúa con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, o contra expresa prohibición constitucional o legal o cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente el respectivo contrato. Esto significa que se refieren a situaciones de orden estrictamente jurídico que vicien el contrato, afectando su validez jurídica e impidiendo que se inicie o se continúe ejecutando. (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De este modo, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 cuando el jefe o representante legal de la entidad estatal contratante compruebe la configuración de una de las tres causales de nulidad absoluta establecidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, se encuentra en el **deber legal de dar por terminado el contrato**, mediante acto administrativo motivado, que en este caso, son las razones esgrimidas en esta Resolución por parte de la autoridad nacional de protección de la libre competencia económica. Lo anterior, con la finalidad de preservar el orden jurídico y el interés público, sin embargo, se resalta que esta facultad solo puede ejercerse respecto de estos tres numerales, pues si se presenta una situación irregular que no corresponda con alguno de estos tres supuestos, no tendría competencia para ejercer esta facultad y la única opción de la entidad contratante en ese caso sería la de demandar judicialmente la declaratoria de nulidad del contrato.

Interesa entonces a este Despacho examinar la causal de nulidad absoluta establecida en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma que dispone que los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando se *celebren contra expresa prohibición constitucional o legal*.

La jurisprudencia ha interpretado de forma restrictiva dicho numeral y ha exigido que para la declaratoria de nulidad absoluta o, dado el caso, la terminación unilateral del contrato por dicha causa se requiere de los siguientes presupuestos: (i) Que la norma infringida esté formulada como una prohibición expresa y, (ii) Que el rango legal o constitucional de la norma sea inequívoco.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de 18 de marzo de 2010 señaló:

*Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que esta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: i) **La violación del régimen de prohibiciones** consagrado en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no*

*genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y, ii) **La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser expresa** (...). (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Cabe resaltar, que esta Corporación precisó los términos del numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 en lo que respecta a la exigencia de la existencia de una prohibición constitucional o legal expresa, para lo cual señaló que *a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con i) el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares - art. 355 CP-, o en relación con ii) la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años - ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años - ley 9 de 1989, etc.*

Los ejemplos traídos por la jurisprudencia transcrita sobre las circunstancias que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y, en particular, del deber legal de terminación del contrato verificadas ciertas causales de nulidad absoluta, son en lo sustancial idénticas a las circunstancias que se verifican en el caso presente.

En efecto, para el caso *sub examine*, se hace necesario indicar que existe un principio constitucional, como lo es el principio de libre competencia económica, que se establece de manera general como un derecho de todos, un principio rector para la economía y, además de ello, establece como obligación para el Estado el impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica.

Con todo, ese principio de rango constitucional tiene desarrollo en normas de rango legal, como son la Ley 155 de 1959 y el Decreto Ley 2153 de 1992 que prohíben la realización de conductas anticompetitivas, esto es, de conductas que puedan afectar la libre competencia en el mercado. Estas normas generales del régimen de libre competencia económica y, en particular, lo relacionado con el principio de libre concurrencia a los mercados y la determinación del precio en un proceso de selección contractual, se recogen a su vez en el régimen especial de contratación pública en los principios de transparencia y selección objetiva establecidos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, respectivamente.

El principio de selección objetiva, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, guarda una estrecha relación con el principio de libre competencia económica en la medida en que aquél busca la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción ya sea de las necesidades o de las finalidades estatales, sin tener en cuenta factores de afecto o de interés o, en general, cualquier otro factor subjetivo. Esto solo puede lograrse en la medida en que se realice un ejercicio comparativo entre las propuestas que se presenten, lo que deber ser garantizado por la fijación de reglas claras y objetivas que permitan el libre acceso de todos los interesados al proceso de selección contractual.

De manera que si no se garantiza la libre concurrencia en el proceso de selección

contractual, se vulnera el principio de selección objetiva, toda vez que se excluirían posibles proponentes y, en consecuencia, se restringirían los oferentes, dentro de los cuales es posible que no se encuentre la oferta más favorable para el Estado. Así, cuando existen incentivos (como los sobornos) o acuerdos anticompetitivos entre proponentes para lograr la adjudicación de un contrato, el escenario para la Administración no es el mejor, en la medida en que no podrá escoger la oferta más favorable para la satisfacción de las necesidades públicas, sino aquella que sea impuesta por los cartelistas o aquella elegida con fundamento en una motivación que carece de objetividad y, por el contrario, se fundamenta en el propio interés del proponente y del funcionario que recibe el incentivo.

Es así como cuando se logra la adjudicación de un contrato en un proceso de selección contractual como el aquí analizado, a través de un incentivo ilegal o a través de un acuerdo anticompetitivo, no solo se está frente a la infracción del principio de selección objetiva establecido en el régimen general de contratación estatal, sino que también se está de cara a la vulneración del régimen de libre competencia económica **y en abierta infracción de las prohibiciones en él establecidas**, ya sea porque los hechos encuadran en la **prohibición general** establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto Ley 2153 de 1992 o porque se han configurado los elementos estipulados en el numeral 9 del artículo 47 del referido Decreto.

Por todo lo anterior se tiene que los preceptos mencionados configuran una norma jurídica explícita **que implica una prohibición de la celebración de contratos estatales que fueran el resultado de la afectación de la libre competencia económica** y que, de contera, resulta posible su terminación verificada dicha circunstancia, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad que resultare procedente, con fundamento en el numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Así, por lo aquí expuesto, este Despacho ordenará, a título de medida cautelar, la suspensión o cesación de los efectos de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica desplegadas por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO)** -Hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**- y su ex funcionario y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** a través de algunas de las empresas que lo conforman, que generaron la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 en relación con la Ruta del Sol - Tramo 2, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**, que cumpla con el deber legal establecido en el inciso 2o del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 y, de esta manera, proceda a dar por terminado y disponga la liquidación inmediata y en el estado en el que se encuentre del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2014, suscrito con la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, toda vez que el mismo fue celebrado en contra de una prohibición legal expresa, como quiera que habría sido el resultado de la ejecución de prácticas y/o conductas contrarias del régimen de libre competencia económica formuladas como prohibiciones expresas. Lo anterior, con la finalidad de cesar el atentado en contra de la

regularidad jurídica, restablecer el ordenamiento jurídico y preservar el interés público.

De igual modo, se ordenará a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** que una vez terminado el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2014, estructure una nueva licitación pública que garantice la participación de agentes del mercado así como el principio de la libre competencia económica, para la suscripción de un nuevo contrato de concesión que, por lo menos, asegure la ejecución en su integridad del objeto contractual originalmente previsto en el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2014 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

***“ARTÍCULO PRIMERO.** Ordenar a título de medida cautelar, la suspensión o cesación de los efectos de las conductas presuntamente contrarias a la libre competencia económica desplegadas por el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES (INCO)** -Hoy **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**- y su ex funcionario y la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** a través de algunas de las empresas que lo conforman, que generaron la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 en relación con la Ruta del Sol - Tramo 2, de acuerdo con lo expuesto en la Parte Motiva de esta Resolución.*

***ARTÍCULO SEGUNDO.** Como consecuencia de lo anterior y con el fin de restablecer la libre competencia económica, se **ORDENA** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)** dar por terminado de manera inmediata el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito con la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, en cumplimiento del deber legal establecido en el inciso 2o del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, es decir, por haberse suscrito dicho contrato en presunta violación de una prohibición legal por la vulneración de las normas de protección de la libre competencia económica, de conformidad con lo expuesto en la Parte Motiva de la presente Resolución.*

***PARÁGRAFO.** La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)** deberá expedir, en un plazo no superior a tres (3) días hábiles posteriores a la comunicación de la presente Resolución, el acto administrativo mediante el cual ejecute y dé cabal cumplimiento a la orden proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia económica consistente en dar por terminado el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, el que deberá motivarse teniendo en cuenta la Parte Motiva de esta Resolución.*

*En cumplimiento de la orden, la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**, inmediatamente deberá remitir copia del acto administrativo respectivo a esta Superintendencia con el fin de acreditar el cumplimiento de la misma.*

***ARTÍCULO TERCERO.** Como consecuencia de la terminación del contrato, se **ORDENA** a la*

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI) que disponga la liquidación del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2014 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, en el estado en que se encuentre.

ARTÍCULO CUARTO. Como consecuencia de las decisiones anteriores, **ORDENAR** a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**, que estructure y adelante una nueva licitación pública que garantice la libre competencia económica mediante la participación transparente de los distintos agentes del mercado, para la suscripción de un nuevo contrato de concesión que, por lo menos, asegure la ejecución en su integridad del objeto contractual originalmente previsto en el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2014 y evitar de esa forma que las obras queden inconclusas.

PARÁGRAFO. La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** deberá radicar en la Superintendencia de Industria y Comercio, informes periódicos mensuales sobre las gestiones y actuaciones que vaya agotando, orientadas a la apertura de la nueva licitación pública ordenada en el presente artículo con el fin de garantizar la libre competencia económica.

Los informes deberán ser radicados en la Superintendencia de Industria y Comercio, a más tardar, dentro de los cinco (5) primeros días posteriores al mes a que se refiere el informe.

ARTÍCULO QUINTO. Instruir y designar como persona natural y funcionario público a **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, como responsable del cumplimiento de las medidas cautelares y ordenes aquí decretadas, en su condición actual de Presidente de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**.

ARTÍCULO SEXTO. El incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en la presente Resolución conllevará la aplicación de lo dispuesto en los artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 sobre la omisión de acatar en debida forma lo ordenado por esta Entidad, lo que tiene como consecuencia la imposición de multas en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100.000 SMMLV)** para las personas jurídicas y de hasta **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (2.000 SMMLV)** para las personas naturales.

ARTÍCULO SÉPTIMO. **COMUNICAR** el contenido del presente acto administrativo a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**.

ARTÍCULO OCTAVO. **COMUNICAR** el contenido del presente acto administrativo a la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**

ARTÍCULO NOVENO. **COMUNICAR** el contenido del presente acto administrativo a la **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUCTURA LTDA, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S. - EPISOL S.A.S.- y CSS CONSTRUCTORES S.A."**

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC estableció sobre la aplicación de medidas cautelares lo siguiente:

El numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, establece como requisito para la adopción de medidas cautelares en el marco de una actuación relacionada con la protección de la libre competencia económica, la verificación sobre la probable ocurrencia de una conducta que pueda dar lugar a la afectación de dicho principio de rango constitucional, sumada a la consideración según la cual, de no adoptarse la medida cautelar, se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria y, por supuesto, del remedio que ella implica para el funcionamiento del mercado.

Al respecto, vale la pena señalar las particularidades de las medidas cautelares en el desarrollo de la función administrativa por parte de las autoridades administrativas, como la que le corresponde adelantar a esta Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la libre competencia económica, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control (policía administrativa económica).

Las medidas cautelares en el ámbito administrativo pretenden garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos y la guarda del interés general, representan una herramienta orientada a asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas de la Entidad y a proteger el derecho o interés jurídico que le fue confiado salvaguardar. Ello parte de dos premisas fundamentales:

(i) la apariencia de comisión de una infracción administrativa o delito administrativo (*fumus commissi delicti*); y

(ii) el peligro que representa para ese interés jurídicamente protegido que se postergue su protección o tutela hasta que se profiera la decisión final (*periculum in mora* o peligro por la mora procesal).

La lógica explicada tiene además fundamento en el principio de eficacia de la función administrativa, en razón a que las medidas cautelares administrativas se expresan como el ejercicio de un poder estatal que tiene como finalidad la supremacía del interés general y la vigencia de un orden justo, que no es otra cosa, que las circunstancias, hechos, actos o actuaciones injustas no generen efectos o consecuencias y que de haberse producido, se suspendan o cesen y se adopten las medidas consecuenciales a que hubiere lugar para corregir la anómala situación, se reitera, todo en beneficio del interés general.

Así las cosas, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio decreta una medida cautelar administrativa para la salvaguarda del principio y el derecho colectivo constitucional y legal de la libre competencia económica (arts. 88 y 333, C.P.), lo hace para asegurar la efectividad de los intereses del conjunto de la sociedad, es decir, de la sociedad como un todo, como un colectivo, como un solo cuerpo.

Las cautelas administrativas pueden ser autónomas o accesorias de un procedimiento administrativo. Cuando son accesorias pueden ser adoptadas en cualquier estado de la actuación administrativa, pues lo que es relevante es la necesidad de proteger el interés general y corregir la afectación en el mercado derivada de una conducta posiblemente anticompetitiva, sobre la cual existe alta probabilidad de ser comprobada durante el procedimiento administrativo (*fumus commissi delicti*) y, en consecuencia, ser objeto de una sanción por parte de la autoridad. En otras palabras, la adopción de una cautela temprana por parte de la administración, tendiente a corregir una conducta con gran apariencia de ilicitud, redundará en la efectividad de una eventual medida sancionatoria, resultado del procedimiento administrativo que corresponda.

La medida cautelar que aquí se refiere, está orientada a suspender o hacer cesar los efectos de la presunta conducta anticompetitiva y a consecuentemente, restablecer la competencia en el mercado así como al cese de la práctica *anticompetitiva*, que por virtud del peligro derivado de la mora procesal (*periculum in mora*), podría hacer nugatorio el remedio que correspondería adoptar en la decisión que ponga fin a la actuación administrativa.

Dicho lo anterior, para que la administración pueda decretar una cautela administrativa, primero, debe estar ante una conducta con alta apariencia de ilicitud (*fumus commissi delicti*), es decir, de ser violatoria del bien jurídico o mandato que le corresponde proteger por orden constitucional o legal y, segundo, su actuación debe estar directamente relacionada con la necesidad de precaver el peligro de que la demora en el surtimiento del procedimiento administrativo signifique una afectación mayor o definitiva del bien jurídico por el cual le corresponde velar, lo cual pone en riesgo la efectividad del poder sancionatorio del Estado para garantizar el interés general y para prodigar los remedios necesarios en su guarda, como ya se indicó.

Sobre este último aspecto, debe advertirse que la administración, al definir la medida cautelar que procede, está guiada por la alta apariencia de ilicitud (*fumus commissi delicti*), por el peligro de la mora procesal (*periculum in mora*) y por el criterio de criterio de proporcionalidad, de modo que el ejercicio del poder estatal debe guardar correspondencia con la gravedad de la afectación del bien jurídico tutelado y los fines esenciales del Estado. La regla es: cuanta más apariencia de ilicitud de la conducta mayor capacidad cautelar; cuando mayor sea el riesgo por la mora procesal mayor capacidad cautelar; y cuando mayor sea la afectación al interés general mayor capacidad cautelar.

La medida cautelar implica un análisis de la proporcionalidad de la medida, para lo cual debe sopesarse la posible afectación del interés particular como consecuencia de su imposición con el interés general del mercado y las finalidades constitucionales y legales del régimen de libre competencia económica, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él.

Cuando se examinan los modernos códigos de procedimiento civil o las modernas disposiciones comerciales, entre ellas, el Código General del Proceso (Ley 1564 de

2012),¹⁸¹ se advierte que para la tutela efectiva y anticipada de derechos de carácter particular, individual o de derecho privado, se prevén amplios poderes cautelares, según los cuales se pueden decretar medidas cautelares en cualquier estado del proceso e *inaudita parte debitoris*, para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión para lo que deberá tenerse en cuenta la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho, como también *la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida*.

En este sentido, obsérvese el alto grado de discrecionalidad que el legislador le otorga a un juez para resolver asuntos de carácter privado y de interés particular con el propósito de proteger o tutelar de manera efectiva y anticipada los derechos y conflictos sometidos a su conocimiento. En esta misma dirección, teniendo en cuenta que las normas de protección de la libre competencia económica protegen un derecho colectivo (interés general de los consumidores, del sistema económico, del buen funcionamiento de los mercados y de la eficiencia económica), con mayor razón, conceden amplias facultades o poderes cautelares a la Superintendencia de Industria y Comercio para con ellas adoptar decisiones que suspendan o hagan cesar las conductas y sus características, consecuencias o efectos anticompetitivos y adoptar las medidas a que hubiere lugar para garantizar la efectividad de las eventuales decisiones sancionatorias y órdenes que pudiesen ser proferidas, esto es, para restablecer las condiciones de libre competencia afectadas en el mercado con las conductas cuya cesación se ordena vía medida cautelar.

Proyectado por: Diego Guarín