



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ - 5216** DE 2017
(**16 FEB 2017**)

“Por la cual se decreta medida cautelar”

Radicado número 17-14777

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: 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 económica¹, 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.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: 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.

CUARTO: 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.

QUINTO: Que teniendo en cuenta las siguientes consideraciones, el Despacho estima necesario decretar de oficio medidas cautelares, con fundamento en las siguientes consideraciones:

5.1. Comentarios preliminares en relación con las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el trámite de una acción popular

Previo a entrar en el análisis de la procedencia de las medidas cautelares administrativas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de Autoridad Nacional de Protección

¹ Policía administrativa económica.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

de la Libre Competencia Económica es pertinente mencionar que la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** interpuso el 26 de enero de 2017, una Acción Popular contra **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S** y **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA (ANI)**, con el fin de lograr la protección de los derechos colectivos de la (i) moralidad administrativa, (ii) la defensa del patrimonio público y (iii) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, demanda esta que acompañó de una solicitud de medidas cautelares de urgencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en concordancia con el artículo 25 de la Ley 472 de 1998.

Así las cosas, mediante auto del 9 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió decretar medidas cautelares de urgencia consistentes en: (i) la *“suspensión provisional de los efectos del Contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes”*; (ii) ordenar al Presidente de la República que *“designa la autoridad que habrá de administrar el Proyecto Ruta del Sol Sector II (...) a fin de evitar la paralización de las obras que se están ejecutando”*; y (iii) ordenar unos embargos de bienes de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S** y otras personas naturales y jurídicas.

Como se precisará más adelante, 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 y de la economía social de mercado. Es decir, la Constitución Política de Colombia concibe a la libre competencia económica como la columna vertebral de la economía social de mercado, es decir, de nuestro sistema económico.

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 ... **la libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...)”

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

(...)

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.

(...). (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Se desprende de las transcritas normas constitucionales que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos (ciudadanos y empresarios), esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores en los distintos mercados que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia económica viola un derecho colectivo (un derecho de todos), lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o pudieren llegar a concurrir a un mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para todos los agentes económicos.

Al respecto indicó la Corte Constitucional lo siguiente:

*“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, **la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional***

“Por la cual se decreta medida cautelar”

es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, **los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia.** La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.² (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, si bien es cierto que algunos fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca coinciden con aspectos que serán objeto de valoración en la presente decisión, también lo es que la presente actuación administrativa no tiene por finalidad proteger los derechos colectivos de la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna (como ya lo hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca) sino **la protección del derecho constitucional colectivo de la libre competencia económica**, el cual, sea dicho, no fue objeto ni de análisis ni de protección por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con las medidas cautelares proferidas el 9 de febrero de 2017.³

En otras palabras, la decisión cautelar que habrá de adoptarse por parte de esta Superintendencia está encaminada a proteger el derecho colectivo de la libre competencia económica, que a la fecha no ha sido objeto de protección por parte de ningún órgano judicial en el caso relativo al Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosies.

5.2. Medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas

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*)⁴; 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).

² Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Acción Popular de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contra **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y **OTRO**. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Expediente: 250002341000201700083-00.

⁴ En el derecho procesal privado equivale al universalmente conocido *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

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 administrativa⁵, 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 económica⁶, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él⁷.

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)⁸, se advierte que para la tutela efectiva y anticipada de derechos de carácter particular, individual o de derecho privado, se

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51788 de 2014, pág. 5.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

⁸ Artículo 590 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012)

prevén amplios poderes cautelares, según los cuales se pueden decretar medidas cautelares en cualquier estado del proceso e *inaudita parte debitoris*⁹, "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.

5.3. Marco normativo

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" y para su protección le impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja, además de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por su parte, prohíbe todos "(...) 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** (...) ¹⁰". (Negrillas y subrayas fuera de texto)

La norma citada incorpora la prohibición general y expresa de toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica, lo cual abarca los comportamientos que puedan llegar a desplegar los agentes que participan en el mercado, incluso, aquellos que sin tener el propósito explícito de afectar la libre competencia, se convierten en conductas idóneas y apropiadas para limitarla por su naturaleza y/o características¹¹.

Ahora, en lo pertinente al presente trámite, es preciso hacer mención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual estableció como restrictivos de la competencia aquellos acuerdos "(...) que tenga[n] 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".

Es así como, esta norma describe dos tipos de conductas anticompetitivas. En primer lugar, considera como anticompetitivo todo acuerdo que "tenga por objeto" la colusión en una licitación o concurso. En segundo lugar, considera como contrario de la libre competencia económica, todo acuerdo que "tenga como efecto" (i) la distribución de adjudicaciones de contratos, (ii) la distribución de concurso o (iii) la fijación de términos de las propuestas.

En el contexto del marco normativo expuesto, 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**

⁹ Sin audiencia de la parte contraria.

¹⁰ Cfr. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 69518 de 2014 y Resolución No. 70225 de 2016.

"Por la cual se decreta medida cautelar"

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.

5.4. Hitos del Proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009

Evaluada la información que obra en el **SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA** (en adelante "**SECOP**"), se encontró que los hechos que enmarcaron la licitación pública que adelantó el **INCO** y que interesan al presente acto administrativo, son los siguientes:

- Que el 10 de marzo de 2009, el **INCO** publicó el aviso de convocatoria de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, cuyo objeto consistió en: "*Seleccionar las propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) 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 - Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar*". (Subrayas y negrillas fuera de texto)
- Que la sumatoria del valor nominal de las vigencias futuras autorizadas para la ejecución del denominado "**Sector 2**" de la referida licitación ascendió a **TRES BILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL CIENTO VEINTITRÉS MILLONES DE PESOS (\$3.540.123.000.000.oo)**.
- Que mediante Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, el **INCO** dio apertura al Proceso de Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.
- Que el término para presentar las propuestas finalizó el 27 de octubre de 2009 y, de acuerdo con el registro de entrega y el acta de cierre de presentación, fueron allegadas las siguientes ofertas, en los tres sectores señalados:

Tabla No. 1. Ofertas presentadas en audiencia de cierre proceso No. SEA-LP-001-2009

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	SECTOR
1	CONSORCIO VIAL HELIOS	CARLOS ALBERTO SOLARTE	25	1
		CONCRETO S.A.	25	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	25	
		IECSA SOCIEDAD ANÓNIMA	25	
2	VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	OBRASCON HUARTE LAIN S.A.	70	1 y 2
		CONCAY S.A.	7,5	
		AGUILAR CONSTRUCCIONES S.A.	7,5	
		ICEIN S.A.	7,5	
		PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.	7,5	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25	2
		ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRA-ESTRUTURA LTDA	37	
		ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.	33	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	4,99	
4	CONSORCIO DESARROLLO VIAL RUTA DEL SOL	MARIO ALBERTO HUERTAS COTES	70	1
		CONSTRUCTORA OAS LTDA	25	
		PROCOPAL S.A.	3	
		INGENIERÍA DE VÍAS S.A.	1	
		MEYAN S.A.	1	
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	MNV S.A.	30	1 o 2 o 3
		GAS KAPITAL GR S.A.	25	
		CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION	25	
		INVERSIONES GRANDES VÍAS E INGENIERÍA LTDA	20	

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información obrante en el **SECOP**.

- Que como se observa en la Tabla No. 1, se presentaron tres (3) proponentes para la concesión del Sector 2 de la Ruta del Sol, esto es, para el tramo Puerto Salgar – San Roque.

Tabla No. 2. Los tres (3) proponentes que se presentaron para el Sector 2 de la Ruta del Sol fueron:

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	SECTOR
2	VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	OBRASCON HUARTE LAIN S.A.	70	1 y 2
		CONCAY S.A.	7,5	
		AGUILAR CONSTRUCCIONES S.A.	7,5	
		ICEIN S.A.	7,5	
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	25	2
		ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA	37	
		ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. - EPISOL S.A.	33	
		CSS CONSTRUCTORES S.A.	4,99	
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	MNV S.A.	30	1 o 2 o 3
		GAS KAPITAL GR S.A.	25	
		CHINA RAILWAY SHISIJU GROUP CORPORATION	25	
		INVERSIONES GRANDES VIAS E INGENIERIA LTDA	20	

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información obrante en el SECOP.

- Que el 24 de noviembre de 2009, el INCO publicó en el SECOP durante cinco (5) días hábiles, el informe de evaluación preliminar del proceso y, en ese periodo, se recibieron las observaciones correspondientes por parte de los proponentes.
- Que de acuerdo con la misma información, una vez transcurrido el término señalado, el 9 de diciembre de 2009, se publicó el resumen de pendientes de los sectores 1, 2 y 3 y se fijó el lunes 14 de diciembre de 2009 como fecha para la audiencia pública de adjudicación.

Los resultados relacionados con el Sector No. 2 de la Ruta del Sol fueron los siguientes:

Tabla No. 3. Resumen de pendientes Sectores 1, 2 y 3 del proceso No. SEA-LP-001-2009

No.	PROPONENTE	CONDICIÓN	OBSERVACIONES
2	VIAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A. PSF	NO ADMISIBLE	Capacidad Jurídica: "Se debe aclarar los porcentajes de los reaseguradores frente a los certificados por el asegurador". Experiencia: "i) los contratos de los numerales 1 y 2 corresponden a la modalidad férrea, razón por la cual no cumplen las exigencias del Capítulo VII, y ii) debe aportar las certificaciones de las entidades deudoras debidamente suscritas con dos de las firmas estipuladas en el Reglamento de SOCIEDAD MEXIQUENSE Y CONCESIONARIA DE LOS ANDES".
3	ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.	ADMISIBLE	No hubo comentarios
5	UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS	RECHAZADA	No subsanó los documentos requeridos en el informe de evaluación respecto de la Capacidad Jurídica, Capacidad Financiera y la Experiencia.

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información obrante en el SECOP.

- Que como se observa en la Tabla No. 3, la única propuesta admisible para el informe de evaluación fue la de **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** (Construtora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Investimentos Em Infra-Estrutura Ltda, Estudios y Proyectos del Sol S.A. EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A.).
- Llegado el día de la audiencia, la misma debió suspenderse hasta el día siguiente, y el 15 de diciembre de 2009 se dio a conocer el resultado definitivo de la evaluación para el Sector 2 de la Ruta del Sol, en el que se reafirmó como única propuesta admisible la de la **ESTRUCTURA**

"Por la cual se decreta medida cautelar"

PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.
(Construtora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Invetimentos Em Infra-Estrutura Ltda, Estudios y Proyectos del Sol S.A. EPISOL S.A. y CSS Constructores S.A.).

De este modo, en audiencia pública del 15 de diciembre de 2009, únicamente se abrió el sobre de la oferta económica de este proponente. Una vez analizada esta oferta económica, el **INCO** (Hoy **ANI**) aprobó la misma y mediante Resolución No. 641 de 15 de diciembre de 2009, emitida por el subgerente de estructuración y adjudicación, **DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR**, y el Gerente General Encargado, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**¹², adjudicó el Sector 2 de la Licitación Pública SEA-LP-001-2009 al "*Proponente No. 3 ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S., representado legalmente por LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR (...)*".

- Que en la referida resolución se estipuló como obligación para este proponente, constituir la sociedad correspondiente en los ocho (8) días siguientes a la fecha de la adjudicación. Así, mediante Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, se constituyó la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Resolución No. 641 de 15 de diciembre de 2009.
- Que el 14 de enero de 2010, se suscribió el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, cuyo objeto principal es el "*el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector [2]*", entre **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, Gerente General Encargado del **INCO** y **DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR**, Subgerente de Estructuración y Adjudicación del **INCO** como representantes de esta última y **AMILTON HIDEAKI SENDAI** y **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES** en representación de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**
- Que a la fecha, el **Contrato de Concesión** cuenta con 10 Otrosíes.

5.5. Conductas presuntamente anticompetitivas de ODEBRECHT S.A, controlante indirecto de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL

5.5.1. Relación entre ODEBRECHT S.A. y la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL

De conformidad con la información obrante en el **SECOP**, específicamente aquella estipulada en la Resolución No. 005 del 13 de enero de 2010, por medio de la cual se aclaró lo establecido en la Resolución No. 641 de 2009 en lo que respecta a la denominación social de las firmas que integraban la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S.**, esta resultó conformada por las siguientes empresas con los respectivos porcentajes de participación¹³:

- (i) **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** (25.01%);
- (ii) **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA** (37%);
- (iii) **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. – EPISOL S.A.** (hoy **ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A.S.**) (33%); y
- (iv) **CSS CONSTRUCTORES S.A.** (4.99%).

Ahora, tal y como se evidencia en el Oficio del 1 de diciembre de 2009, radicado con el No. 2009-409-025940-2 por **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR**, representante legal de **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S.**, específicamente en el Anexo relacionado con las "*[N]otas explicativas a los estados contables al 31 de diciembre de 2008 y 2007*", se indicó que **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-**

¹² Para esa misma fecha, Viceministro.

¹³ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316>. Oficio de 1 de Diciembre de 2009 de la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL S.A.S.** Pág. 323.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

ESTRUTURA LTDA¹⁴ y la CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.¹⁵, forman “parte integrante de Organización Odebrecht (“Organización” o “Grupo”), controlada por Odebrecht S.A. (“ODB”)¹⁶. De igual modo se resalta, de conformidad con este mismo documento que **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA “forma parte integrante del conjunto de empresas que forman la Organización Odebrecht y mantiene operaciones financieras, en montos significativos, con sus accionistas (...)”. (Subrayas y negrillas fuera de texto)**

Del vínculo en comento también da cuenta el **“OTROSÍ ACLARATORIO NO. 1 DE LA PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA Y A SU ANEXO 1 – ESTATUTOS SOCIALES”** conforme con el cual se observa que tanto la **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.** como **ODEBRECHT INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA LTDA** eran representadas por los mismos funcionarios, esto es, por **MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES y YEZID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN**.

Ahora, tal y como se refirió en los hitos del proceso de licitación, la **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL SOL S.A.S.**, conformada entre otras por dos empresas con vínculos comunes con **ODEBRECHT S.A.**, se comprometió a constituir una sociedad, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 641 de 2009, por lo que, mediante Escritura Pública No. 2103 de 2010 constituyó la sociedad **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, actual adjudicataria del **Contrato de Concesión** y también empresa vinculada con **ODEBRECHT S.A.** por tener participación de dos de sus empresas controladas en al menos un 62%.

5.5.2. Direccionamiento de la adjudicación del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 en favor de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Este Despacho encontró que, en el presente caso, presuntamente sucedieron conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica, en el marco del proceso de adjudicación del **Contrato de Concesión**, Ruta del Sol “Sector No. 2” a la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL**.

En efecto, con base en la información recolectada hasta este momento —y sin perjuicio de que durante el transcurso de la eventual investigación administrativa que adelante esta Entidad se encuentren evidencias que den cuenta de otras conductas presuntamente anticompetitivas—, dicha adjudicación habría sido resultado del direccionamiento del proceso de licitación por parte de funcionarios de la Entidad contratante —**INCO**— (hoy **ANI**), a cambio de un soborno pagado por algunos de quienes hicieron parte del proponente ganador, con lo que se habrían limitado las condiciones de competencia en el referido proceso y asegurado el resultado de la adjudicación.

De acuerdo con la información que se hizo pública el 21 de diciembre de 2016¹⁷, por parte del **DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, dicha Agencia llegó a un acuerdo de colaboración (“*Plea Agreement*”) con el grupo empresarial brasileño **ODEBRECHT S.A.**, mediante el cual esta empresa (**ODEBRECHT**) se declaró culpable de haber puesto en funcionamiento una estructura criminal para pagar cientos de millones de dólares en sobornos a autoridades de diferentes niveles de países en tres continentes y se obligó a pagar una sanción, a cambio de que se solucionen los cargos criminales que en su contra se han presentado en Estados Unidos de América, Suiza y Brasil.

En dicho acuerdo, la **ODEBRECHT** se comprometió a colaborar con la persecución de los individuos involucrados en las distintas operaciones de soborno.

Además del comunicado publicado en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, obra en la presente actuación administrativa versión en español del Acuerdo de

¹⁴ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316>. Oficio de 1 de Diciembre de 2009 de la ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIO RUTA DEL S.A.S. Pág. 453.

¹⁵ *Ibidem*. Pág. 337

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ver <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>. (Recuperado el 19 de enero de 2016). Acta de preservación de páginas web - folios 6 al 10 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

Colaboración (“Plea Agreement”)¹⁸ ya referido y suscrito por **ODEBRECHT**, recogido en diligencia practicada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, el 27 de enero de 2017.

De dicho documento resulta pertinente traer a colación los siguientes apartes:

“EL ESQUEMA DE SOBORNO

19. *Entre los años 2001 y 2016 ODEBRECHT junto con sus cómplices, a sabiendas y queriendo acordaron de manera corrupta para dar cientos de 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.*

20. *Durante este periodo de tiempo ODEBRECHT junto con sus cómplices pagaron aproximadamente 788 millones de dólares en **sobornos** para tener por lo menos 100 proyectos en diferentes países incluidos: Angola, Argentina, Brasil, **Colombia**, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela.*

21. *Para promover este esquema de soborno ODEBRECHT y sus cómplices crearon y fundaron una estructura financiera secreta que operaba cuentas corruptas para así realizar pagos de sobornos beneficiando oficiales, partidos políticos, oficiales del partido y candidatos políticos extranjeros. Durante el tiempo de desarrollo de esta estructura financiera secreta, esta evolucionó en el 2006 y se creó la división estructurada de operaciones, una división independiente de la compañía. Esta división estructurada de operaciones funcionó de manera efectiva como un departamento de sobornos dentro de ODEBRECHT y otras entidades relacionadas. Para disfrazar esas actividades la división es de operaciones (sic) estructuradas utilizó off book “DROUSYS”, que permitió a los miembros de esta división estructurada de operaciones comunicarse entre ellos y operadores financieros externos. Posteriormente con sus cómplices del soborno y así evitar y asegurar que los correos electrónicos y mensajes fueran conocidos utilizando claves y nombres secretos”.¹⁹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

En el mencionado acuerdo de colaboración²⁰, se señala en relación con Colombia que, durante el periodo comprendido entre 2009 y 2014, ODEBRECHT ocasionó pagos por corrupción por más de 11 millones de dólares para asegurar la obtención de contratos de obra pública y que gracias a esos pagos ilegales obtuvo ganancias por más de 50 millones de dólares.

A continuación se transcribe el aparte relevante del acuerdo de colaboración suscrito entre **ODEBRECHT** y el **DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS**, traducido al español oficialmente por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, recogido en diligencia llevada a cabo por esta Superintendencia el 27 de enero de 2017:

“Colombia

51. En o alrededor de y entre los años 2009 y 2014 Odebrecht, realizó y provocó pagos por más de \$11 millones en pagos corruptos en Colombia con el fin de asegurar contratos de obras públicas. La Compañía obtuvo beneficios por más de \$50 millones como resultado de estos pagos corruptos.

52. A modo de ejemplo, en o alrededor de y entre los años 2009 y 2010, Odebrecht acordó pagar, y luego pagó por medio de la División de Operadores Estructuradas (Division of Structured Operations) con la autorización del empleado 6 de Odebrecht, un **soborno por \$6.5 millones a un funcionario del gobierno encargado de adjudicar un proyecto de construcción con el Gobierno colombiano a cambio de la asistencia para ganar el proyecto**.²¹ (Traducción oficial). (Negrillas y subrayas fuera de texto).

¹⁸ Folios 75 y 76 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ver Documento WMP/DK:JN/AS F.#2016R00709: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download> (Recuperado el 19 de enero de 2017). Acta de preservación de páginas web - folios 6 al 10 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

²¹ Folio 113 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

En el mismo sentido, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**²², indicó que, “con ocasión de la noticia sobre el reconocimiento que hizo la firma Odebrecht de haber efectuado sobornos cercanos a los 11 millones de dólares (US\$11.000.000) en Colombia, para ser beneficiado con contratos de infraestructura”, dispuso “abrir indagación con base en la información pública emitida por las autoridades de Estados Unidos de América”, “puso en funcionamiento los mecanismos de cooperación judicial con ese país para obtener información valiosa que permita esclarecer los hechos revelados” y practicó “inspecciones en diferentes entidades públicas con el objeto de acopiar elementos de prueba”.

De otra parte, la misma **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**²³, advirtió que “como resultado de las investigaciones desarrolladas (...) la Fiscalía General de la Nación ha logrado establecer que la firma Odebrecht efectuó pagos para obtener varios contratos de obra en Colombia” y que “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**, entonces Viceministro de Transporte de la época, del Tramo Dos de la Ruta del Sol (...) contrato [que] fue adjudicado en diciembre de 2009 y firmado en enero de 2010”. Además, señaló que “la Fiscalía tiene evidencia de que **el señor García exigió el pago de USD6.5 millones para garantizar que Odebrecht fuera la única firma habilitada para la licitación del Tramo Dos de la Ruta del Sol, excluyendo a otros competidores, para que le fuera otorgada la concesión, como en efecto ocurrió**” (Subrayas y negrillas fuera de texto). Por último, añadió que “la Fiscalía General de la Nación posee prueba documental sobre esos pagos”.

En el mismo comunicado, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** informó que “Odebrecht ha solicitado un **principio de oportunidad** a la Fiscalía General de la Nación, con el objeto de colaborar en el proceso y obtener inmunidades en el marco del sistema acusatorio. La Fiscalía, con arreglo a la ley, ha condicionado su concesión al pago de una reparación integral del daño causado a la administración pública de Colombia por estos hechos, estimado en la suma de \$32.000 millones, cifra que ha sido aceptada.” (Negrillas fuera del texto).

Con base en la información hecha pública por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la Superintendencia de Industria y Comercio practicó visitas administrativas en diferentes entidades y empresas, en las que recogió información sobre los mencionados hechos²⁴. Dicha información se compone, principalmente, de documentos y declaraciones de funcionarios tanto de **ODEBRECHT** como de otras empresas y entidades públicas. En dichas pruebas, se detalla la forma en que, presuntamente, durante el proceso de licitación pública para la concesión de la Ruta del Sol, Tramo 2, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en su calidad de Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del **INCO**, asesoró a un funcionario de una empresa vinculada con **ODEBRECHT** que conformó la estructura plural que a la postre resultó adjudicataria de la concesión. Además, se evidencia la forma en que, posiblemente, dicho funcionario direccionó el proceso licitatorio con el fin de favorecer la propuesta de dicha empresa y así falsear la libre competencia económica en el proceso contractual, en desmedro de las otras propuestas presentadas. El funcionario **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, en su calidad de Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del **INCO**, habría ejecutado dichas conductas irregulares a cambio de un soborno pagado por **ODEBRECHT**, por un monto de USD 6,5 millones de dólares.

Así, lo acredita inicialmente la “**Denuncia penal por el delito de cohecho en contra del señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, ex Vice Ministro de Transporte y ex Director del Instituto Nacional de Concesiones –INCO–**” formulada por personas vinculadas con **ODEBRECHT** (Negrillas del texto original):

*“16.- En los días que antecedieron a la entrega de las propuestas (lo cual aconteció el 27 de octubre de 2009), en reunión que tuvo lugar en el referido apartamento al norte de Bogotá, el doctor **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien era responsable por la adjudicación del proyecto dado que era el Director del Instituto Nacional de Concesiones –**INCO**– y Vice-Ministro de Transportes, orientó a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR para que la compañía **ODEBRECHT** produjera una propuesta formalmente perfecta y se comprometió*

²² Ver <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/comunicado-de-prensa-147/>. (Recuperado el 19 de enero de 2017). Comunicado de Prensa No. 147 de 22 de diciembre de 2016

²³ Ver <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-desnuda-corrupcion-en-caso-odebrecht/>. (Recuperado el 19 de enero de 2017). Comunicado de Prensa del 12 de enero de 2017

²⁴ Folios 29 a 242 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

"Por la cual se decreta medida cautelar"

a influir en el proceso de licitación para que fueran descalificadas todas las demás propuestas que presentasen cualquier vicio formal;

(...)

18.- En esa misma reunión, el doctor **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** solicitó a LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR el pago de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL DÓLARES AMERICANOS (USD \$6.500.000,00), a cambio de orientar al consorcio para que ofertara una propuesta formalmente perfecta a efectos de que el contrato les fuera adjudicado²⁵.
(Subrayas y negrillas fuera de texto).

En este mismo sentido declaró **LUIZ ANTONIO BUENO JUNIOR** de **ODEBRECHT** ante las autoridades brasileras, quien dijo que días después de la firma del Contrato de Concesión en favor del consorcio ganador: "(...) fui contactado telefónicamente por Gabriel Ignacio García Morales, solicitando una reunión, y yo lo atendí prontamente. Entonces nos reunimos en la mencionada casa ubicada al norte de Bogotá, ocasión en que Gabriel Ignacio García Morales insistió en recibir el pago que había sido acordado"²⁶ (Subrayas fuera de texto). A dicha denuncia se anexaron documentos relacionados con las transferencias con las que se habría cumplido con el pago del soborno.

Finalmente, debe resaltarse que, en audiencia pública ante el correspondiente Juez de Garantías, finalizada el 15 de enero de 2017, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** le imputó cargos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** por su actuación en el proceso licitatorio de la Ruta del Sol, Tramo 2, mientras que se desempeñó como Gerente General Encargado del **INCO** y Viceministro de Transporte. Así, con ocasión de dichos hechos, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** lo acusó de, presuntamente, haber incurrido en los delitos señalados en los artículos 406²⁷ (cohecho impropio), 409²⁸ (interés indebido en la celebración de contratos) y 412²⁹ (enriquecimiento ilícito) del Código Penal (Ley 599 de 2000).

Vale decir que, en la misma audiencia, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General Encargado del **INCO**, aceptó sin ningún condicionamiento, los cargos que se le imputaron y que, además, le fue ordenada una medida de aseguramiento de carácter intramural.

Del registro de la audiencia y en la sustentación de los cargos imputados a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien se desempeñó como Gerente General Encargado del **INCO** y Viceministro de Transporte, se resalta:

"JUEZ DE GARANTÍAS: (...) le pregunto ahora sí señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES ¿cuál es la decisión que usted ha tomado frente a esa posibilidad que tiene de aceptar o no los cargos que le ha imputado la Fiscalía General de la Nación?"

²⁵ Folios 150 y 151 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

²⁶ Folio 218 (reverso) del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente.

²⁷ Ley 599 de 2000. "**Artículo 406. Cohecho impropio.** Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a siete (7) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años."

²⁸ Ley 599 de 2000. "**Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos.** Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años."

²⁹ Ley 599 de 2000. "**Artículo 412. Enriquecimiento ilícito.** Modificado por el art. 29, Ley 1474 de 2011, Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años."

"Por la cual se decreta medida cautelar"

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: señora juez después de haber recibido la asesoría de mis abogados, yo decido acogerme, aceptar los cargos.

JUEZ DE GARANTÍAS: ¿Sí o no? señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES para que quede claro.

GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES: Sí, aceptar los cargos teniendo en cuenta que me encuentro en un proceso de colaboración con la fiscalía y de los hechos que narra la fiscalía hoy sin condiciones³⁰. **Subrayas fuera de texto).**

Así las cosas, los hechos ya referidos, además de la responsabilidad penal que pueden comportar, corresponden a una presunta práctica restrictiva de la libre competencia económica en el marco de un proceso de selección contractual, en este caso, la adjudicación del Sector 2 de la Ruta del Sol dentro de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 adelantada por el INCO (hoy ANI).

En efecto, por un lado, el controlante indirecto de las empresas que en su mayoría conformaron el proponente que resultó adjudicatario en la licitación —ODEBRECHT— **aceptó** ante la justicia de los Estados Unidos de América haber pagado sobornos para obtener asistencia en la obtención de dicho resultado y asegurar la adjudicación. Al respecto, se señala que, actualmente, dicha empresa y sus funcionarios se encuentra en negociaciones con la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para aceptar su participación conforme con la ley colombiana³¹, a cambio de los beneficios a que hubiere lugar.

Por su parte, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, quien para la época de los hechos era el funcionario público de la entidad contratante —INCO— a cargo de la mencionada licitación y de su correcta adjudicación, aceptó ante las autoridades nacionales haber participado en los delitos mencionados, es decir, haber recibido el dinero del soborno para asesorar a **ODEBRECHT** y direccionar el proceso licitatorio, a fin de que la propuesta de las empresas vinculadas a **ODEBRECHT** fuera efectivamente quien ganara la adjudicación del Tramo 2 de la Ruta del Sol.

En este punto vale la pena citar las consideraciones que sobre el particular realizó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el auto del 9 de febrero de 2017 al decretar las medidas cautelares en la acción popular:

"Los principios reseñados fueron desconocidos en el marco de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 debido a la actuación irregular del entonces Gerente General (e) del Instituto de Concesiones —INCO— señor Gabriel Ignacio García Morales.

Según consta en el acta de la audiencia No. 2017008 (...) el 15 de enero de 2017 ante el Juzgado 26 Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el señor Gabriel Ignacio García Morales, aceptó haber recibido de directivos de Odebrecht la suma de 6,5 millones de dólares con el fin de que este (...) influyera en la elaboración de los pliegos de condiciones con miras a lograr que la propuesta de la promesa de sociedad futura de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., obtuviera el aludido contrato de concesión.

(...)

De acuerdo con lo anterior, resulta suficientemente probada en esta etapa del proceso la vulneración de los principios y normas que rigen el contrato estatal de concesión, así como las normas que regulan el trámite de la licitación pública. Así mismo, se acreditó que el funcionario público a quien se había encomendado dirigir el proceso administrativo de adjudicación del contrato desconoció las normas y principios de la contratación estatal en el trámite de adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 y que dicho desconocimiento tuvo lugar para satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado.

Así mismo, dado que la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 fue adjudicada a través de maniobras ilegales a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (...) el Tribunal considera que la ejecución del contrato representa una amenaza constante y una vulneración del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, no solo por la posición contractual del Consorcio adjudicatario sino porque particulares se estarían beneficiando institucionalmente de los dineros del Estado (...) a sabiendas de que dicho provecho tiene origen en actos ilícitos de

³⁰ Folios 22 y 24 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente. Audiencia de imputación de cargos GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES. Minuto 3:00:13.

³¹ Ibídem.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

*directivos de Odebrecht y del entonces Gerente General (e) del Instituto Nacional de Concesiones”.*³²

Así las cosas, las conductas ilegales aceptadas por personas vinculadas con **ODEBRECHT** como entidad controlante del consorcio contratado y por el funcionario del **INCO** como entidad contratante, es decir, **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, para entonces Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del **INCO**, resultarían idóneas para falsear la libre competencia económica en el proceso contractual en el que tuvieron lugar (Ruta del Sol, Tramo 2) y, según la descripción que de ellas se tiene, constituirían también una presunta infracción del régimen legal colombiano de la libre competencia económica.

5.5.3. Afectación actual de la libre competencia económica generada por las conductas desplegadas por ODEBRECHT y el INCO

Por regla general, cualquier resultado de intercambio en un mercado que no obedezca a las reglas de la libre competencia sino a la intervención ilegítima y artificial de cualquier agente (unilateral o concertadamente), tiene como consecuencia (y habitualmente por propósito) la extracción de rentas ilícitas por parte de quienes falsean las fuerzas del libre mercado. Tal situación, a su vez, lesiona el bienestar de los consumidores y genera pérdidas irrecuperables de eficiencia en la economía.

Ahora bien, considerando que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado (compras públicas de bienes y servicios) son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección contractual son particularmente graves (mucho más graves), pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo económico y eficiencia económica.

Por lo anterior, la protección de la libre competencia en los procesos de selección contractual que adelanta el Estado (compras públicas) merece especial atención por parte de la autoridad de protección de la libre competencia económica. Es por esta razón, que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece expresamente como un acuerdo contrario de la libre competencia la colusión en licitaciones públicas.

En efecto, establece numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo siguiente:

“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.

(...).”

En general, la competencia en los procesos de selección contractual como el que ocupa a este Despacho, se presenta de manera previa a la adjudicación del contrato, es decir, los distintos interesados compiten *“por el proyecto”*, que una vez adjudicado será desarrollado de manera exclusiva (por lo menos en términos de responsabilidad frente a la entidad contratante) por el proponente ganador. Es decir, hay competencia por el mercado, que en este caso es el proyecto o la licitación o el proceso de selección, como quiera denominarsele.

Así, el proceso competitivo y el logro de sus consecuentes eficiencias en un proceso de selección contractual adelantado por el Estado dependerán de que la elección del ganador se realice con sujeción a las reglas de la libre competencia económica. Esto es, que cada uno de los proponentes, con el propósito de maximizar sus beneficios, concurse y realice su mayor esfuerzo por resultar ganador, lo cual implicará la presentación de una oferta que pueda superar a las de sus competidores dada su relación de costo-beneficio para la entidad contratante. En la medida en que cada oferente realice este mismo proceso de manera independiente, el Estado terminará

³² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Acción Popular de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contra **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y **OTRO**. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Expediente: 250002341000201700083-00.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

seleccionando la mejor oferta. En estos casos, 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.

En línea con lo anterior, la libre competencia económica en un proceso de selección contractual se ve falseada por la manipulación de su resultado, de forma tal que el adjudicatario se hace al contrato objetivo sin someterse a un proceso competitivo sino por cuenta de maniobras de carácter ilícito. Tales estrategias anticompetitivas habitualmente se presentan de dos formas: (i) acuerdos entre oferentes –hay muchas modalidades y tipologías- y (ii) corrupción de funcionarios públicos, sin perjuicio de otro tipo de prácticas consideradas también anticompetitivas.

En el primer caso, oferentes interesados en resultar adjudicatarios de un contrato con el Estado acuerdan no competir entre ellos (por ejemplo, presentando ofertas artificiales; acordando que alguno se abstenga de participar en el proceso de selección o acordando retirarse para anular la competencia; repartiéndose las licitaciones por zonas geográficas, por entidades, precios o por tipo de producto, entre otras), de forma tal que se logre determinar anticipadamente quién será el ganador del contrato (o por lo menos aumentar la probabilidad de que así ocurra) y cómo los “perdedores” serán compensados; esto es, cómo se distribuirán entre los cartelistas, las ganancias de su ilícito.

En el segundo caso, un determinado oferente interesado en ser el ganador en un proceso de selección contractual del Estado, puede ofrecer incentivos (sobornos o coimas) a uno o varios funcionarios públicos, para diseñar las condiciones del concurso, manipular su trámite, o amañar su resultado y, por esta vía, hacerse al contrato de su interés en clara violación de la libre competencia. Así, la corrupción de funcionarios públicos se asemeja más a un acuerdo vertical, dada la relación entre el funcionario, como representante del comprador (entidad pública) y el oferente³³.

Lo cierto es que los inventivos, sobornos o coimas corresponden al pago de una actividad (favorecimiento) que no debería internalizar el mercado, razón por la cual su simple existencia trae como consecuencia ineficiencias económicas y la extracción ilegítima de rentas que, en el marco de un proceso competitivo, habrían sido destinadas por derecho a la sociedad como un todo y no para beneficio exclusivo de un particular.

Nótese que la colusión entre oferentes y la corrupción de funcionarios públicos no son prácticas excluyentes entre sí. Por el contrario, estas pueden presentarse como una estrategia conjunta, con la intención de asegurar el resultado deseado en un proceso de selección contractual del Estado. Es decir, estas dos grandes modalidades pueden incluso coexistir en un mismo proceso contractual. Por ejemplo, un determinado oferente podría ofrecer algún incentivo, soborno o coima a un funcionario público y, a su vez, acordar con sus competidores que él sea el ganador a cambio de la repartición de las ganancias de la cartelización, de tal forma que ninguno de ellos tenga incentivos para poner en evidencia ante las autoridades la conducta ilícita. En palabras sencillas, asegura o aumenta su posibilidad de éxito manipulando la licitación con ayuda del funcionario corrupto y a su vez, asegura o aumenta su posibilidad de éxito, haciendo acuerdos anticompetitivos con otros oferentes.

En todo caso, cualquiera de las situaciones descritas tendría como consecuencia la manipulación del resultado de un proceso de selección contractual del Estado, pues cuando existe colusión entre oferentes, el ganador será quien hayan acordado los cartelistas y, en casos de corrupción de funcionarios públicos, el ganador será quien haya pagado el incentivo, coima o soborno. Ninguno de los resultados obedecerá a las fuerzas de la libre competencia y, en consecuencia, los recursos públicos que deberían haber sido destinados a la financiación de otras necesidades de la sociedad, terminan siendo desviados ilícitamente hacia particulares o termina afectándose la libre competencia de oferentes que tienen derecho a participar y ganar en los procesos de compras públicas.

A efectos de definir cierto tipo de conductas restrictivas de la competencia en procesos de contratación pública es pertinente diferenciar entre el mercado relevante en el cual se genera la distorsión competitiva producto de la colusión o cartel, y el mercado o mercados asociados con el bien o servicio a proveer a través del mecanismo de contratación pública que puedan verse afectados por la conducta anticompetitiva.

³³ Cfr. OECD (2010). Policy Roundtables. “Collusion and Corruption in Public Procurement”. Pág. 9. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf> (Recuperado el 20 de enero de 2017).

“Por la cual se decreta medida cautelar”

De esta manera, reconoce el Despacho que existe una primera etapa en la que, a través de un escenario de rivalidad entre los proponentes, cada oferente hace su mejor esfuerzo por lograr el reconocimiento por parte del Estado de ser el justo adjudicatario del contrato y, una segunda etapa, en la que el adjudicatario desarrolla la actividad que motivó el proceso de contratación pública.

En este sentido, resulta apropiado citar lo afirmado por este Despacho en la Resolución No. 54693 de 2013, al momento de delimitar el mercado relevante:

“Para este Despacho, y de conformidad con la descripción del mercado relevante realizada por la Delegatura, en un concurso público 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 la totalidad del 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 por lo tanto presentar una oferta dentro del proceso de selección”³⁴

Así las cosas una conducta tendiente a distorsionar la competencia en la primera etapa, tal y como sería un presunto pago de inventivos, coimas o sobornos a funcionarios públicos con el fin de direccionar el proceso contractual para excluir a los otros en beneficio de quien da el soborno, tiene no solamente un ostensible efecto en la competencia por el mercado sino unas consecuencias sobre el desarrollo de la actividad objeto del contrato que se hacen evidentes en el mercado afectado durante la etapa de ejecución o provisión del bien o servicio respectivo.

Frente a este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado a través de su Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones lo siguiente:

“La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas”³⁵.

Como se puede observar, el impacto directo de la colusión en el mercado de los bienes o servicios contratados tiende a ser notorio y significativo debido al tamaño de las contrataciones y los montos involucrados, siendo así relevante la intervención de la autoridad de competencia en aquellas situaciones en las que existe evidencia de una distorsión derivada de la colusión o el direccionamiento del resultado del proceso de contratación pública (corrupción pública).

Ahora bien, en el caso particular de la Ruta del Sol Sector 2, como se señaló en líneas precedentes del presente acto administrativo, **ODEBRECHT** reconoció haber pagado incentivos, coimas o sobornos y, por su parte, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, ha podido atribuir responsabilidad penal por estos hechos a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** quien ejerció para la época como Viceministro de Transporte y Gerente General Encargado del **INCO**. La información y evidencias disponibles que hacen parte del expediente administrativo de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009, de forma tal que el **Contrato de Concesión** le fuera adjudicado al proponente **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.**, cuyo controlante (indirecto) era **ODEBRECHT S.A.**, adjudicado precisamente por la entidad contratante **-INCO-** cuyo otrora representante legal y Gerente General Encargado era **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**.

Según la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la manipulación de los resultados del proceso habría consistido en la no admisión o rechazo de las propuestas presentadas por los otros competidores que participaron en el referido proceso licitatorio (**VÍAS DEL SOL AUTOPISTAS S.A.**

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 54693 de 2013. Pág. 33.

³⁵ Ver Superintendencia de Industria y Comercio (2011) Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones. Pág. 8. Disponible en (http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf)

“Por la cual se decreta medida cautelar”

P.S.F. y **UNIÓN TEMPORAL CONCESIÓN RDS**), de forma tal que la oferta económica presentada por **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** fuera la única admitida y, en consecuencia, resultara ganadora, según lo dispuesto en el literal d) del numeral 10.3.2 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 así:

“10.3.2. Procedimiento de Evaluación de la Oferta Económica (Sobre No. 2)

(...)

b) Sector 2

i) **Única Oferta Admisible.** Si en cualquier etapa de la evaluación sólo queda una Oferta Económica Unitaria admisible, que además cumple con los requisitos exigidos para el “sobre No. 2”, el INCO adjudicará el Sector a ese único Proponente.

*(...)*³⁶.

De esta manera, **ODEBRECHT** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General Encargado del **INCO**, habrían falseado la libre competencia económica en el proceso de selección objeto de estudio, con las consecuentes ineficiencias que tal proceder genera para el respectivo mercado, en este caso, delimitado por el objeto contractual Tramo 2 de la Ruta del Sol.

Al respecto vale la pena mencionar la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el auto del 9 de febrero de 2017³⁷:

*“De acuerdo con lo anterior resultan para el Tribunal probados, al menos para los efectos de esta medida previa, **los extremos que se coludieron en el acto de corrupción consistente en la adjudicación irregular del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.** De una parte la empresa Odebrecht, que a través de sus ejecutivos ofreció soborno, y de la otra, al entonces Gerente General (e) del INCO quien aceptó desarrollar una serie de acciones tendientes a lograr la adjudicación del contrato mencionado a favor de la promesa de sociedad futura, que a la postre sería la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. acudiendo a medios ilícitos”³⁸.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En este sentido, que el objetivo del mencionado incentivo, coima o soborno fuera que las distintas propuestas diferentes a la presentada por **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** resultaran rechazadas o no admitidas durante el proceso de selección, permite a este Despacho considerar que con tal acto de corrupción confesado por **ODEBRECHT** y confesado por **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General Encargado del **INCO**, habría logrado evadir los retos naturales que enfrenta un proponente en un concurso competitivo, lo que a su vez le habría permitido estructurar una propuesta que le posibilitaría extraer mayores rentas del mercado para beneficio propio.

Indiciario de dicha situación es el hecho de que la oferta económica presentada por **ESTRUCTURA PLURAL PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y finalmente seleccionada por el **INCO** como ganadora **ascendió al 100% del valor máximo de vigencias futuras que dicha entidad pública podía comprometer.**

De lo anterior existe constancia en la Resolución No. 641 de 2009 del **INCO**, “por la cual se adjudica el Sector 2 de la licitación pública SEA-LP-001-2009”, en la que se indicó en su parte considerativa:

*“(c) Que el **INCO** cuenta con autorización para comprometer Vigencias Futuras máximas en su presupuesto de inversión por los montos que se detallan a continuación, autorización que*

³⁶ Pliego de Condiciones Definitivo. Licitación pública No. SEA-LP-001-2009. Pág. 9. Disponible en **SECOP**: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316> (Recuperado el 20 de enero de 2017).

³⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Acción Popular de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contra **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y **OTRO**. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Expediente: 250002341000201700083-00.

³⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. 9 de febrero de 2017. M.P. **LUIS MANUEL LASSO LOZANO**. Actor: **PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**. Exp. No. 250002341000201700083-00

“Por la cual se decreta medida cautelar”

consta en la comunicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, suscrita por la Secretaria Ejecutiva del Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS del 9 de marzo de 2009:

(...)

Sector 2:

AÑO	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Pesos*	149.761	373.767	210.894	569.310	660.550	157.269	172.996	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008.

AÑO	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Pesos*	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008³⁹.

Posteriormente, en la Parte Resolutiva de la mencionada Resolución, el INCO señaló:

“ARTÍCULO SEGUNDO: De acuerdo con lo señalado en la Propuesta del Adjudicatario del Sector 2 el VPIT ofrecido es de dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de pesos de 31 de diciembre de 2008 (\$2.094.286.000.000,00). El porcentaje en dólares es de veinte por ciento (20%) y el valor de las anualidades es:

AÑO	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Pesos*	149.761	373.767	210.894	569.310	660.550	157.269	172.996	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008.

AÑO	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025
Pesos*	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697	155.697

*Valores expresados en millones de Pesos del 31 de diciembre de 2008⁴⁰.

En contraste, dicha situación no se habría presentado en la adjudicación del Sector 1 de la Ruta del Sol, donde las dos (2) ofertas económicas que resultaron admisibles (**CONSORCIO VIAL HELIOS** y **CONSORCIO DESARROLLO VIAL RUTA DEL SOL**) incluyeron valores equivalentes al 80% y 95% de las vigencias máximas que se podrían comprometer en dicho sector⁴¹.

Como se desprende de lo señalado, los incentivos, coimas o sobornos pagados por **ODEBRECHT S.A.**, habrían generado un sobre costo para el Estado y una desviación ilícita de recursos hacia un particular, de por lo menos once (11) millones de dólares⁴², cifra que además se encuentra subestimada por no incluir los demás sobre costos e ineficiencias derivadas de la indebida restricción de la libre competencia económica en dichos procesos, lo cual obviamente será objeto de debate y prueba en otros escenarios.

En este sentido, como lo señala **VITO TANZI**, Director del Departamento de Asuntos Fiscales del **FONDO MONETARIO INTERNACIONAL** para el año 1998, *“los efectos sociales y económicos totales de acciones corruptas pueden ser muy costosos y desproporcionados a los sobornos*

³⁹ Resolución INCO No. 641 de 2009. Licitación pública No. SEA-LP-001-2009. Págs. 5 y 6. Disponible en **SECOP**: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316> (Recuperado el 20 de enero de 2017).

⁴⁰ *Ibíd.* Págs. 5 y 6.

⁴¹ Ver archivo Excel “ORDEN DE ELEGIBILIDAD – SECTOR 1”. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41316> (Recuperado 20 de enero de 2017).

⁴² Ver <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/comunicado-de-prensa-147/>. (Recuperado el 19 de enero de 2017).

"Por la cual se decreta medida cautelar"

recibidos por funcionarios corruptos, en términos de pérdida de recursos, el costo de oportunidad de los recursos mal utilizados, y las ineficiencias introducidas en el sistema"⁴³.

Ahora bien, con el fin de determinar la permanencia y proyección de los efectos anticompetitivos de los hechos que motivan la presente medida cautelar, este Despacho revisó las condiciones generales del **Contrato de Concesión** y logró establecer lo siguiente:

- De conformidad con el literal a) de la Sección 1.04 del **Contrato de Concesión**, modificado por la cláusula décima del Otrosí No. 6 de 2014, el plazo total **estimado** del mismo es de veinticinco (25) años contados a partir de la fecha de inicio, que como consta en el Acta de Inicio correspondió al 31 de marzo de 2010. Es decir, estamos frente a un plazo que iría, cuando menos, hasta el 31 de marzo de 2035.
- De conformidad con el literal a) de la Sección 13.01 del **Contrato de Concesión**, el valor del mismo asciende a la suma de **DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$2.094.286.000.000)** constantes a 31 de diciembre de 2008.
- De conformidad con el literal a) de la sección 13.02 del **Contrato de Concesión**, las contribuciones a cargo de la **ANI** (antes **INCO**) como consecuencia de la ejecución del objeto contratado, se encuentran respaldadas con compromisos de vigencias futuras hasta el año 2025.
- De conformidad con el literal a) de la Sección 13.05 del **Contrato de Concesión**, el entonces **INCO** también se obligó a ceder cinco (5) peajes y el correspondiente derecho de recaudo en favor de la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL** durante la vigencia del contrato, con el fin de financiar parcialmente el valor total del proyecto.

Por todo lo anterior, este Despacho concluye que las rentas que habría de extraer **ODEBRECHT** de manera ilícita en el marco del proyecto denominado Ruta del Sol Sector 2, se encuentran diferidas en numerosos pagos futuros que a la fecha no han sido realizados por la **ANI**, ni por los usuarios que transiten por los peajes cedidos a la **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL** para financiar las obras en mención. Con todo, es necesario reconocer que la medida cautelar adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consistente en la suspensión del **Contrato de Concesión** y, en consecuencia, de los pagos que habría de realizar la **ANI** en razón de la ejecución del mismo, remedia parcialmente los efectos actuales de la conducta ilícita en relación con los intereses colectivos por ella protegidos, pero subsiste la afectación actual de cara a la libre competencia económica si se tiene en cuenta que en las condiciones verificadas en la actualidad los agentes económicos en capacidad de abastecer el mercado del contrato no tienen la capacidad de competir por el mismo y el Estado, a su vez, de satisfacer la necesidad pública con las eficiencias propias de la rivalidad y libre concurrencia.

Dicho en otras palabras, no obstante la importante protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y el acceso eficiente y oportuno a los servicios públicos adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la medida cautelar dejó huérfano el interés o derecho colectivo de la libre competencia económica, motivo por el cual le es imperativo a la Superintendencia de Industria y Comercio adoptar medidas cautelares que complementen las adoptadas por el juez de la Acción Popular (Tribunal Administrativo de Cundinamarca) y resulten efectivas de cara a restablecer la libre competencia en el mercado.

Así, resulta urgente salvaguardar el interés general y, en particular, restablecer las condiciones de libre competencia económica de rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, presuntamente distorsionadas por la conducta de quienes podrían resultar infractores de dicho régimen por la natural restricción que en el mismo término experimentan aquéllos interesados en rivalizar por dicho mercado en condiciones de selección objetivas y del Estado de satisfacer la necesidad pública con las eficiencias que ello implica.

- Sobre las conductas violatorias del régimen de libre competencia

⁴³ Traducción libre. El texto original es el siguiente: "The total economic and social effects of corrupt actions might be very costly and out of proportion to the bribes received by corrupt officials in terms of resources wasted, the opportunity cost of resources misused, and the inefficiencies introduced in the system". Ver Tanzi, Vito (1995). "Corruption around the world: Causes, consequences, scope and cures". Washington D.C., IMF Staff Papers, Vol. 45, No.4 (Dec.), pp.559-594.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

A partir del análisis efectuado, en este estado preliminar de la actuación administrativa, del proceso selección contractual No. SEA-LP-001-2009, y del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, y sin perjuicio de la calificación jurídica que se haga en etapas posteriores del procedimiento administrativo, los hechos aquí descritos podrían configurar las siguientes conductas violatorias del régimen de libre competencia económica:

(i) En relación con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el cual dispone:

“Artículo 1º.: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...).”

Se desprende de los hechos descritos a lo largo del presente acto administrativo en relación con el Proceso de Selección Contractual No. SEA-LP-001-2009, que la adjudicación del Contrato Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, no respondió a una actuación enmarcada en una dinámica de competencia en la que concurrieran en igualdad de condiciones múltiples proponentes, ni en la que la oferta vencedora fuese la más favorable técnica y económicamente para los intereses del Estado. Por el contrario, se ha demostrado preliminarmente, que la selección contractual y la adjudicación del contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 fueron causadas por el direccionamiento de por lo menos el funcionario público de más alto rango en la entidad contratante, es decir, de **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, ex Viceministro de Transporte y ex Gerente General Encargado del INCO, que, según la aceptación de cargos imputados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y ante un **JUEZ DE GARANTÍAS**, actuó motivado por incentivos, coimas o sobornos provenientes, al menos, de **ODEBRECHT**, empresa integrante y controlante de la concesionaria que resultó adjudicataria.

De tal forma, el proceso contractual no habría estado inmerso en una dinámica de competencia sino en actuaciones ilegales que, al parecer, falsearon y restringieron el régimen de libre competencia económica en perjuicio del Estado colombiano y de sus ciudadanos que colectivamente tienen el derecho constitucional a que la libre competencia rija el destino de las licitaciones o compras públicas.

(ii) En relación con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone:

“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.*

(...).”

Los elementos de juicio analizados en el presente acto administrativo en este momento cautelar, respecto del Proceso de Selección Contractual No. SEA-LP-001-2009 y la adjudicación del Contrato Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, permiten concluir que estos fueron producto de un acuerdo ilegítimo e ilegal de voluntades entre, por lo menos un altísimo funcionario público con poder de decisión sobre el proceso contractual (difícilmente encontrar a alguien con mayor rango respecto del contrato), e integrantes del concesionario adjudicatario. Dicho acuerdo se involucró en la selección de la oferta espuria y la adjudicación del contrato Ruta del Sol, Tramo 2.

Así las cosas, en este momento procesal resulta evidente, por las características y contundencia de las pruebas obrantes en el expediente, la ejecución de una conducta ilegal que involucra, por lo menos, a un funcionario de la entidad contratante y a la empresa adjudicataria del Contrato Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 para el Tramo 2 de la Ruta del Sol, que resultaría violatoria, entre otras normas, del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

5.5.4. Existencia de un riesgo sobre la efectividad de una eventual decisión y orden sancionatoria en caso de no adoptarse la medida cautelar objeto de este acto administrativo

Para que se adopte una medida cautelar por la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica, es necesario que se logre acreditar la existencia de un riesgo de inocuidad o intrascendencia de una eventual decisión de fondo en la que se declare que en efecto tuvo lugar la ejecución de una conducta anticompetitiva. Es decir, lo que pretende la Autoridad de Competencia con la imposición de una medida de estas características es evitar que la decisión final sobre la materia no ofrezca un remedio real y oportuno en salvaguarda del interés general, ello es, a la libre competencia económica. Esta lógica se denomina como *periculum in mora* – peligro por la mora procesal- concepto que es entendido como el riesgo de que el derecho o interés protegido por la ley pueda verse afectado por el transcurso del tiempo⁴⁴ en espera de una decisión final, que normalmente tarda años.

Por lo anterior, se busca que a través de la medida cautelar las decisiones que pueda adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la libre competencia económica no se conviertan en *“decisiones para enmarcar”*, sino que realmente sean efectivas para corregir el problema de mercado que se presenta como consecuencia de la conducta anticompetitiva⁴⁵.

Para la autoridad de competencia, la actuación administrativa orientada a establecer la responsabilidad y la imposición de sanciones por prácticas restrictivas de la competencia, debe agotar un procedimiento riguroso cuyos términos y desenlace podrían provocar, en este caso, que la decisión definitiva se circunscribiera a proporcionar efectos retributivos (multas), pero en nada remedios oportunos para el mercado. Dicho en otras palabras, tratándose la libre competencia económica de un interés público de rango constitucional y carácter colectivo, la expectativa y el deber de las autoridades encargadas de su salvaguarda, en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio, no puede limitarse a imponer multas a los infractores y dar órdenes tardías, sino, en la medida de lo posible y en cuanto resulte adecuado, asegurar el funcionamiento de los mercados en condiciones de competencia en beneficio de las demás empresas que actúan en el mercado, de los consumidores, de la eficiencia económica en general y del Estado como comprador o adquirente de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas.

Por supuesto, la cautela así adoptada, no anticipa el juicio de responsabilidad administrativa pues quedan intactas todas las garantías del derecho de defensa y presunción de inocencia para que quienes se presumen infractores las ejerzan en el trámite respectivo, pues es evidente que aquí se trata es de suspender o hacer cesar una conducta y sus efectos y restablecer en un mercado (Ruta del Sol, Tramo 2) el derecho colectivo y constitucional de la libre competencia económica.

De lo expuesto a lo largo del presente acto administrativo, resulta ostensible que dada la magnitud de la restricción de la libre competencia generada el marco del Proceso de Selección Contractual No. SEA-LP-001-2009 y los graves efectos que se derivan de la ejecución del contrato que hoy se encuentra vigente, proyectados incluso hasta 2035, resulta necesario adoptar acciones inmediatas para evitar que el derecho de la libre competencia siga afectándose. En esa medida, para el Despacho no existe la más mínima duda sobre la necesidad de adoptar medidas cautelares en el presente asunto con el fin de ordenar la cesación de las presuntas infracciones de la libre competencia económica y ordenar su restablecimiento.

El Estado colombiano, 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 estatal.

Es una elemental obligación que en Colombia se aplique con todo rigor la Constitución y la ley y, que las empresas inescrupulosas que le hacen trampa al país, al sistema económico, al patrimonio público y a la libre competencia económica, no se lucren o beneficien de ello, y por el contrario,

⁴⁴ Referencia extraída de la Sentencia SU 913 de la Corte Constitucional. 11 de diciembre de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7335 de 22 de febrero de 2016.

sepan que en Colombia la seguridad jurídica implica que la violación de las normas de la libre competencia económica no queda impune.

Al respecto señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁶:

"Es necesaria la adopción de medidas urgentes para suspender el estado actual de incertidumbre financiera y jurídica al que se vio avocada la Nación con motivo de los actos de corrupción en que incurrieron algunos accionistas de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y un funcionario del Estado en el trámite de adjudicación de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.

(...)

En este sentido, no resulta adecuado al sistema jurídico colombiano (...) que particulares sigan beneficiándose de la comisión de ilícitos para lograr la adjudicación de un contrato estatal"⁴⁷.

Así las cosas, le corresponde a la Autoridad de Competencia adoptar las medidas necesarias para restablecer las condiciones de libre competencia económica presuntamente vulneradas con las conductas restrictivas de la competencia previamente señaladas y los hechos de corrupción reconocidos por personas vinculadas con **ODEBRECHT** y **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES**, otrora Viceministro de Transporte y Gerente General del **INCO**.

5.5.5. Proporcionalidad de la medida

Como se advirtió en la parte inicial de esta Resolución, 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 adecue 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

⁴⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Acción Popular de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contra **CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.** y **OTRO**. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Expediente: 250002341000201700083-00.

⁴⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. 9 de febrero de 2017. M.P. LUIS MANUEL LASSO LOZANO. Actor: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Exp. No. 250002341000201700083-00

“Por la cual se decreta medida cautelar”

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.

5.5.6. La medida cautelar.

5.5.6.1. Facultad de terminación prevista por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993

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 incurso 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 incurso 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 2° 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)

“Por la cual se decreta medida cautelar”

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 contrato⁴⁸.

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 2010⁴⁹ 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*

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., 18 de marzo de 2010.

⁴⁹ Ibídem.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

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.⁵⁰”

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 1993⁵¹ y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007⁵², 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 económica⁵³ 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

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá D.C., 16 de agosto de 2006.

⁵¹ **“Artículo 23. De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales.** Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

⁵² **“Artículo 5. De la selección objetiva.** Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios (...)”

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., 13 de febrero de 2015.

“Por la cual se decreta medida cautelar”

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 2° 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.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

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 2° 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.

"Por la cual se decreta medida cautelar"

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..**

ARTÍCULO DÉCIMO. En contra de la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **16 FEB 2017**

El Superintendente de Industria y Comercio,

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Comuníquese

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Presidente
LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO
Dirección: Calle 24 A No. 59-42 Edificio T3, Torre 4, Piso 2.
Teléfono: 4848860
Bogotá D.C. – Colombia

"Por la cual se decreta medida cautelar"

CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

Representante Legal, presidente o quien haga sus veces
EDER PAOLO FERRACUTI
Dirección: Calle 116 No. 7-15 Int. 2. Of. 302 Torre Cusezar
Bogotá D.C. – Colombia

CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.

Representante Legal, presidente o quien haga sus veces
YESID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN
Dirección: Calle 93 No. 11 A -28 Oficina 301.
Teléfono: 6215880
Bogotá D.C. – Colombia

ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA

Representante Legal, presidente o quien haga sus veces
YESID AUGUSTO AROCHA ALARCÓN
Dirección: Calle 93 No. 11 A -28 Oficina 301.
Teléfono: 6215880
Bogotá D.C. – Colombia

ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. S

Representante Legal, gerente o quien haga sus veces
VANESA GARAY GUZMÁN
JAVIER REINALDO DOMINGUEZ BETANCUR
Dirección: Carrera 13 No. 26-45. Piso 5, oficinas 503 y 504.
Teléfono: 2863300
Bogotá D.C. – Colombia

CSS CONSTRUCTORES S.A.

Representante Legal, gerente general o quien haga sus veces
JORGE ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ
Dirección: Autopista Norte KM 21 INT. Olímpica
Teléfono: 6671030
Bogotá D.C. – Colombia