



EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SU APOYO A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Carlos Andrés Uribe Piedrahita¹

El derecho protector de la libre competencia en su actividad dogmática, como en su aplicación, es bastante vulnerable a las intervenciones y cambios en la arena económica y política. Las discusiones sobre los objetivos que persigue la libre competencia prestan gran atención a la eficiencia y, cada vez más, dan un tratamiento desconfiado o de tercer orden a cualquier objetivo de naturaleza axiológica como la equidad, la igualdad de oportunidades o la libertad de elección. Esta visión científicista asume una posición económica determinada de corte neoclásico (entre diferentes posibilidades) y deriva de su estructura dogmática una idea de mercado que debe respaldar el derecho de la competencia. Sin embargo, el derecho de la competencia en su aplicación convive argumentativamente con diferentes posibilidades de materialización, que se apartan en contenido y alcance de una idea específica de eficiencia y de bienestar económico.

Recientemente (*Resolución 5216 de 16 de febrero de 2017*), la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) realizó una intervención sin precedentes al imponer una medida cautelar que ordenaba la terminación inmediata y la liquidación de un contrato de concesión, producto del 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 (específicamente, Ruta del Sol Tramo II), por haberse suscrito dicho contrato en presunta violación de una prohibición legal por razón de la vulneración de las normas de protección de la libre competencia económica. Unido a lo anterior, como medida cautelar, también se ordenó que se estructure y adelante una nueva licitación pública que garantice la libre competencia económica.

La SIC explica que, para adoptar una medida cautelar en una actuación en materia libre competencia se debe verificar: (1) La probable ocurrencia de una conducta que pueda dar lugar a la afectación el derecho colectivo constitucional de libre competencia; (2) En caso de que no se adopte la medida cautelar, se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria y, (3), El remedio que ella implica para el funcionamiento del mercado. De estos elementos se desprende que, para que se pueda imponer una medida cautelar deben concurrir dos premisas: (a) la apariencia de la comisión de una infracción administrativa (*fumus commissi delicti*) y (b) el riesgo sobre el interés jurídico protegido que implicaría postergar su tutela hasta que se profiera una decisión final (*periculum in mora*). En este sentido, la medida cautelar busca cesar los efectos de la presunta conducta anticompetitiva y

¹ Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Director de la Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro de la Junta Directiva de la ACDC



restablecer la competencia en el mercado y que de no tomarse dicha decisión las medidas que se tomaran al final del procedimiento perderían funcionalidad.

Algunos hechos relevantes del caso son: (i) la existencia previa de una medida cautelar de urgencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el marco de una acción popular interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, con fundamento en el derecho colectivo de la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y, el acceso a los servicios públicos, su prestación eficiente y oportuna. La Medida cautelar consistió en la suspensión provisional del contrato y en la orden de embargos a la Concesionaria Ruta del Sol. Para la SIC, dicha medida cautelar dejaba huérfana la protección de la libre competencia y, por dicha razón, se debía tomar otra medida cautelar complementaria y efectiva para proteger la libre competencia. (ii) La enmarcación de las conductas presuntamente anticompetitivas indicadas por la SIC como presuntas violaciones a la cláusula general por limitar la libre competencia y por la realización de un acuerdo anticompetitivo de restricción de la competencia en el marco de licitaciones, consistente en el direccionamiento de la adjudicación del contrato y la aceptación de sobornos por parte de un ex Viceministro de Transporte (Gabriel Ignacio García Morales) para el favorecimiento y falseamiento de la libre competencia de una empresa filial de Odebrecht. (iii) La probable consecuencia de los sobornos sería un sobre costo para el Estado y la desviación ilícita de recursos por valor de 11 millones de dólares.

La medida cautelar de la SIC se fundamentó en un conjunto de normas que se relacionan de la manera siguiente: la posibilidad por parte de la SIC de imponer medidas cautelares (art. 4, num. 11 del Decreto 2153, modificado por la ley 1340 de 2009, art. 18); la consagración Constitucional del derecho colectivo de libre competencia (art. 333) y la consagración de normas de derecho de la competencia que prohíben comportamientos anticompetitivos que se relacionan con la contratación Estatal - ley 155 de 1959 – art. 1, (prohibición general), y el Decreto 2153 de 1992 – art. 47, num. 9 (colusión en licitaciones-; la existencia de causales de nulidad absolutas de un contrato administrativo (art. 44 de la ley 80 de 1993) y la facultad de terminar unilateral un contrato por parte del jefe o representante legal de la entidad con fundamento, entre otras posibilidades, en la celebración del contrato en contra de expresa prohibición constitucional o legal (art. 45 de la ley 80 de 1993).

En relación con todo lo anterior es importante señalar que el derecho protector de la libre competencia en su actividad dogmática, como en su aplicación, es bastante vulnerable a las intervenciones y cambios en la arena económica y política. Reconociendo esto, es necesario destacar la importancia que desde hace algunos años ha comenzado a tener el derecho de la competencia en la protección de intereses de mercado que se extienden a otro conjunto de valores de la sociedad, en especial, en su intervención en materia de servicios públicos de gran impacto en la sociedad. Lo anterior no quiere decir que la intervención de la SIC se encuentre libre de debates como, por ejemplo, el hecho de hacer parte de la medida cautelar,



ordenar una nueva licitación pública, hecho que se incorpora en otro conjunto de políticas públicas del Estado. Para concluir, la intervención de la autoridad de competencia en materia de la competencia en obras y servicios públicos es de importancia sustancial para la sociedad, pues aceptando que gran parte de las prácticas perniciosas que afectan la contratación Estatal y la prestación de servicios públicos es objeto de otras protecciones, la preocupación por que en estos mercados donde se invierte gran parte del presupuesto de la Nación se proteja también como primer orden el mercado y la competencia, brinda otro conjunto de garantías que el país y la sociedad requieren, esto es, la actuación transparente, de calidad y en competencia en la ejecución de las inversiones públicas o con efectos públicos.