

**“MECANISMOS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN LICITACIONES:
EFECTOS DE LAS DECISIONES SANCIONATORIAS SOBRE EL
PROCESO LICITATORIO EN COLOMBIA”**

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de
Magister en Derecho Administrativo

Presentado por
OLGA LUCIA RAMÍREZ DUARTE

Director
Dr. JUAN DAVID GUTIERREZ R.

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Administrativo
Bogotá, D.C., 2012

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	6
1.1 CONTEXTO	6
Tabla No. 1 – Estadísticas contratación (2005-2011).....	12
Licitación pública Vs Contratación directa.....	12
Tabla No. 2 – Participación de las licitaciones públicas dentro del PIB	13
(2005-2011).....	13
1.2 METODOLOGIA.....	20
2. MARCO LEGAL Y CONCEPTUAL	26
2.1. LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	26
2.1.1. Fundamentos constitucionales de la libre competencia.	33
2.2 LIBRE CONCURRENCIA	40
2.3 PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS (“PCR”).....	40
2.3.1. Regulación en materia de prácticas comerciales restrictivas	40
2.3.1.1. Acuerdos contrarios a la libre competencia	42
2.3.1.2 Actos contrarios a la libre competencia.....	45
2.3.1.3. Abuso de posición dominante.....	45
2.3.2. Autoridad única en materia de competencia: Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).....	49
2.4. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS	50
2.4.1 Lógica microeconómica del cartel.	59
2.4.1.1. Mercado Relevante.....	66
2.4.1.1.1 Demanda	68
2.4.1.1.2 Oferta.....	69
2.4.2 Noción de Colusión	72
2.4.2.1 Tipos de colusión identificados en las licitaciones públicas	73
2.4.2.1.1 Durante la elaboración de los pliegos de condiciones.....	73
2.4.2.1.2 Durante la presentación de ofertas	73
2.4.2.1.3. Durante la ejecución del contrato	75
2.5. TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.	75

2.5.1. Estructura de la responsabilidad civil:	77
2.5.2. Estructura de responsabilidad en el Derecho Administrativo sancionador:	78
2.5.3 Responsabilidad penal	80
3. LA COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS	82
3.1 SUPUESTOS DE HECHO DE LA COLUSIÓN EN LICITACIONES – NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 47 (DECRETO 2153 DE 1992)	83
3.1.1 Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ...	86
3.1.2 Existencia de un acuerdo	87
3.1.3 “Por objeto” o “Como efecto”	89
3.1.4 Formas de colusión contempladas por la norma	94
3.1.6 Casos investigados por la SIC	102
3.1.6.1.1 Hechos investigados	105
3.1.6.1.2 Conclusión	105
3.1.6.1.3 Sanción	106
3.1.6.2. Resolución 21596 de 31 de agosto de 2004, por la cual se cierra una investigación.	114
3.1.6.3 Resolución 9672 de 9 de abril de 2003, por la cual se cierra una investigación.	116
3.1.6.4 Elementos de prueba aportados durante las investigaciones	122
3.1.6.5 Doctrina probable en materia de colusión en licitaciones.....	126
3.2 LA COLUSIÓN EN LICITACIONES COMO DELITO	129
3.2.1. Artículo 27 Ley 1474 de 2011	130
3.2.2 Elementos del nuevo tipo penal	133
3.2.2.1 Parágrafo artículo 27 Ley 1474 de 2011.....	137
3.2.3. Necesidad de la norma	139
Tabla No. 3 - Comparativo entre la colusión en licitaciones para el Derecho de la Competencia y para el Derecho Penal	140
4.MECANISMOS PARA COMBATIR LA COLUSION EN LICITACIONES: TRAMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO, ACCION PENAL Y VIABILIDAD DE OTRAS ACCIONES.	149
4.1. TRIPLE AFECTACIÓN POR LA COLUSIÓN EN LICITACIONES.....	150
4.2. TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ANTE LA SIC.....	163

Tabla No. 4 - Casos de colusión en licitaciones resueltos por la SIC en el período comprendido entre el 2001 y el 2011.....	165
Gráfico No. 5 - Ilustración de orientación de decisiones tomadas por la SIC en materia de colusión en licitaciones (2001-2011).....	168
4.2.1. Procedimiento administrativo sancionatorio	174
4.2.1.1 Actuación preliminar de la SIC.	178
4.2.1.2. Apertura de la investigación.....	180
4.2.1.3 Informe motivado frente a la infracción	181
4.2.1.4 Actuación del Superintendente de Industria y Comercio.....	182
4.2.1.5 Apertura de la investigación y procedimiento sancionatorio.....	185
4.2.1.6 Criterios de gradualidad de la sanción	186
4.2.1.7 Procedimiento sancionatorio para personas naturales.....	187
4.2.1.8 Beneficios por colaboración.....	187
4.2.1.9 Terceros involucrados.....	188
4.2.1.10 Medidas cautelares.....	189
4.2.1.11. Conciliación de daños de intereses particulares	192
4.2.1.12 Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo por medio del cual se impone la sanción	193
4.2.1.13 Efectos del trámite administrativo frente a un proceso licitatorio	194
4.3 ACCION PENAL POR COLUSION EN LICITACIONES.....	198
4.4 PROCESO VERBAL (ANTE LA JURISDICCION ORDINARIA CIVIL)	205
4.5 LA COLUSION COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS DENTRO DE UNA LICITACION.	209
4.5.1 Acción de nulidad simple	212
4.5.2 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.....	214
4.7 ACCION DE REPARACION DIRECTA	220
4.7.1 Pretensiones.....	223
4.8 ACCION POPULAR POR VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA.....	224
4.9 VIABILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA.....	232
4.10 ACCIONES DE ACUERDO A LA ETAPA DE LA LICITACION.....	242
4.10.1 Etapas del proceso licitatorio.....	243

4.10.1.1 Etapa previa a la apertura de la licitación (Elaboración de los pliegos de condiciones)	243
4.10.1.2 Durante el proceso licitatorio.....	246
4.10.1.2.1. Estructura del proceso licitatorio.....	248
4.10.1.3 Posterior a la suscripción del contrato.....	255
5. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES	257
5.1. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NECESIDAD DE LAS ACCIONES EN CONTRA DE LA COLUSION.....	257
5.2. CONCLUSIONES	269
Tabla No. 6 - Acciones procedentes por colusión en licitaciones.....	274

1. INTRODUCCIÓN

1.1 CONTEXTO

En la actualidad uno de los temas jurídicos más relevantes dentro del derecho de la competencia, es la colusión en licitaciones públicas. La realidad política, económica y jurídica colombiana hace que estos temas entrañen un lugar destacado en los debates sociales. En esta monografía profundizaré en los mecanismos legalmente previstos para combatir la colusión en licitaciones y analizaré los efectos de una decisión sancionatoria sobre el proceso licitatorio.

Como veremos en el desarrollo del presente trabajo, los casos por colusión en licitaciones resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio (como autoridad única en materia de protección de la competencia) no han tenido efecto alguno sobre los procesos de licitación pública. La misma consideración aplica para los procesos penales por el delito de acuerdos restrictivos de la competencia, aunque a la fecha no se ha proferido el primer fallo condenatorio.

Tanto el proceso de la SIC como el adelantado en materia penal son reglados y en consecuencia, los pronunciamientos deberán hacerse dentro del marco de las competencias legalmente establecidas. Así las cosas, ni la Superintendencia de Industria y Comercio ni el juez penal, tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del proceso licitatorio. El único efecto viable, pero que a la fecha no se ha dado, sería el decreto de una medida cautelar que suspendiera el proceso licitatorio, con el propósito de garantizar la efectividad de la respectiva decisión.

Teniendo en cuenta lo anterior, con el presente trabajo pretendo hacer un estudio de las alternativas legalmente previstas (incluidas las dos anteriores), para combatir la colusión en licitaciones, cada una de las cuales tendrá una consecuencia jurídica diferente.

La pregunta que orientará la investigación será la siguiente: ¿Cuáles son los efectos de una decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio y/o de un fallo penal condenatorio sobre el proceso licitatorio¹?

Derivada de lo anterior, ¿Cuáles son las acciones que los afectados podrían iniciar luego de proferida la decisión sancionatoria por parte de la Superintendencia o de un fallo penal condenatorio? En desarrollo de estos puntos, surgirán otras dudas que igualmente pretenden ser resueltas con la presente investigación así: ¿Existe prejudicialidad en materia de colusión en licitaciones respecto de las decisiones sancionatorias impuestas por la Superintendencia de Industria Comercio (en adelante SIC) o sobre los fallos proferidos por un juez penal?; ¿Qué incidencia pueden tener las decisiones de la SIC frente a las acciones que podrían iniciarse? ¿De qué depende la viabilidad y procedencia de las acciones?

Para efectos de este trabajo, lo relevante no será la existencia de un proceso como tal, sino los efectos del mismo y de una decisión, que lleven a cuestionar la legalidad de una licitación o del contrato en caso de que ya haya sido adjudicado. Lo que se pretende es analizar si con el trámite administrativo y la acción penal, podría tenerse algún efecto sobre la licitación o si éstos pueden derivarse únicamente de las acciones que cuestionan los actos administrativos proferidos en desarrollo de la licitación y

¹ Entendido éste en todas sus etapas: desde la elaboración de pliegos hasta la etapa posterior a la suscripción del contrato.

en general las actuaciones de la Administración, las cuales son conocidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Para hacer este análisis, acudiremos a la interpretación de la normatividad aplicable por cuanto a la fecha, los casos por colusión han sido pocos y menos aún, las decisiones sancionatorias en la materia.

Los efectos sobre el proceso licitatorio no implican necesariamente la existencia de una decisión sancionatoria; podrían tener lugar con el sólo inicio de los trámites previstos mediante el decreto de la suspensión del proceso como medida cautelar. Tal y como lo enunciaré más adelante, son pocos los casos sancionados por la Superintendencia y no existe en ninguna otra Jurisdicción caso resuelto específico por colusión en licitaciones, ni efectos sobre la licitación o sobre los contratos.

Conforme a lo anteriormente expuesto, analizaremos (i) los efectos respecto de la licitación, que pueden derivarse con el sólo inicio del proceso sancionatorio ante la Superintendencia o de la interposición de la acción a la que haya lugar (dentro de la jurisdicción contenciosa: sea penal, civil, administrativa o constitucional) y, (ii) Los efectos que tendrán lugar luego de proferida una decisión sancionatoria por colusión en licitaciones.

Hoy en día no hay referencia expresa a los efectos de las acciones² que procederían por colusión en licitaciones. Por el contrario, existen vacíos doctrinales, jurisprudenciales y legales debido a la insuficiencia de

² De manera preliminar, quiero hacer énfasis en que los procesos, según el tipo que se inicie para analizar la conducta, pueden ser en sede administrativa (ante la SIC) o en sede jurisdiccional (que dependiendo de la acción serán conocidos por la Jurisdicción penal, la civil, la contencioso administrativa e incluso, la constitucional)

pronunciamientos que permitan sacar conclusiones y orientaciones. Esta vaguedad obedece principalmente al hecho de que a la fecha son pocos los casos en materia de colusión en licitaciones, razón por la cual no se tiene clara cual debiera ser la tendencia en la materia; es por esta razón, que con el presente trabajo pretendo hacer un recuento y análisis de la normatividad aplicable y bajo criterios de interpretación normativa, intentar dar algunas luces en el tema. Este trabajo debe interpretarse como una herramienta de apoyo y consulta para quienes se ven afectados por la colusión en las licitaciones públicas, así como para las autoridades en el tema y para quienes tengan interés académico en el mismo.

Es importante tener en cuenta que, si bien existe claridad en el procedimiento administrativo por prácticas comerciales restrictivas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, no son claros sus efectos frente al proceso de licitación o frente al contrato mismo en caso que ya exista acto de adjudicación. La misma consideración aplica para el proceso penal por acuerdos restrictivos de la competencia, más aún, cuando a la fecha no se ha proferido el primer fallo.

Con el propósito de tener al final del trabajo una aproximación a la respuesta frente a la pregunta enunciada, realizaré por un lado (en los capítulos 2 y 3), un ejercicio de recopilación de nociones básicas económicas y de la regulación sobre los carteles en general, y la colusión en licitaciones en particular. Por el otro, haré en el capítulo tercero un análisis sobre la tendencia y los argumentos utilizados en las decisiones proferidas por las autoridades respectivas (Superintendencia de Industria y Comercio, Tribunal Administrativo, Consejo de Estado y jueces penales), con el propósito de determinar los efectos de las mismas sobre los procesos de licitación. Como veremos, sobre colusión en licitaciones como tal, no encontraremos

sentencias en sede jurisdiccional. Sobre el juez penal, el tipo es aún muy reciente³ por lo cual tampoco tenemos decisiones en la materia.

La democracia y el mercado constituyen “dos sistemas de agregación de preferencias diseñadas por la sociedad, para compatibilizar la libertad individual con la necesidad de satisfacer las necesidades de millones de personas”⁴. Para que el segundo de ellos funcione, se requiere de una protección efectiva de los derechos, por lo cual, en el presente trabajo analizaré para un caso específico las herramientas existentes para llevar a cabo dicha protección y las consecuencias jurídicas derivadas de su ejecución. Otro factor a tener en cuenta, aunque no será objeto de análisis profundo dentro de la presente investigación, es la corrupción, pues ésta distorsiona el mercado⁵. Si bien es cierto en el ámbito privado también pueden existir actos de corrupción, el que sea en el sector público adquiere mayor relevancia, pues se traduce en sobrecostos para el Estado e ineficiencia en la asignación de recursos y en la prestación de los servicios a cargo del Estado, por lo cual será éste el ámbito analizado en el presente trabajo.

Lo anterior adquiere relevancia en tanto la contratación mediante licitación pública es un mecanismo de adquisición de bienes y servicios que destina gran cantidad de recursos del Estado con este propósito y se presta para la corrupción y para la formación de prácticas contrarias a la libre competencia, pues las utilidades que de allí se derivan deben ser atractivas, de acuerdo a la magnitud de los bienes y servicios a contratar; se trata de adquisiciones a

³ Incluido en virtud de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011.

⁴ Bullard, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, ob.cit., p. 863.

⁵ *Ibidem*, p. 874.

grande escala. En principio, las decisiones de consumo dentro de un mercado, no tienen por qué afectar a terceros, pues se trata de bienes privados, a diferencia de lo que pasa en la democracia y en los bienes públicos. Sin embargo, una decisión que no tome en cuenta el interés público y el criterio de eficiencia constitucional resulta en perjuicios de miles de consumidores finales, beneficiarios del bien o servicio a contratar.

Tal y como lo ordena el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 (con la cual se modifica parcialmente el estatuto de contratación estatal, Ley 80 de 1992), la licitación pública es la regla general para llevar a cabo las contrataciones del Estado. Pese a lo anterior, tal y como consta en las cifras dadas a continuación, es una modalidad de contratación que está siendo sobrepasada en términos de destinación de recursos por otras modalidades de selección, principalmente la contratación directa. Lo anterior adquiere relevancia por cuanto la colusión como práctica comercial restrictiva y como delito se encuentra dirigida y centrada a las licitaciones públicas como regla general, pese a lo cual es importante echar una mirada a las demás modalidades de selección, con el propósito de verificar si el supuesto de hecho del Decreto 2153 y el nuevo tipo penal se ajustan a las necesidades y a la realidad del país.

De acuerdo con las estadísticas que maneja el portal de contratación, durante el periodo 2005-2011⁶, la siguiente es la información sobre contratación a través de licitación, la cual quise contrastar, a manera ilustrativa, frente a las cifras relativas a contratación directa, con el propósito de verificar la consideración contenida en el párrafo anterior. Es importante

⁶ Colombia. Portal Único de Contratación, Estadísticas. Consultar en <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>. Consulta realizada el 2 de enero de 2012.

hacer la siguiente precisión: en los años 2005 y 2006, el informe solo se refiere a la contratación directa de menor cuantía.

Tabla No. 1 – Estadísticas contratación (2005-2011).

Licitación pública Vs Contratación directa

VIGENCIA	LICITACION		CONTRATACION DIRECTA		% CONTRATAC. DIRECTA/LICITACION
	CANTIDAD	CELEBRADOS	CANTIDAD	CELEBRADOS	
2005	409	1,345,335,792,904	1,865	762,347,232,053	56.7%
2006	912	1,175,530,570,038	2,563	726,327,784,958	61.8%
2007	2,439	3,519,523,084,425	11,210	2,351,089,282,865	66.8%
2008	219	742,493,380,183	4,785	924,221,187,189	124.5%
2009	2,121	6,599,554,660,279	39,267	9,669,789,804,178	146.5%
2010	1,808	5,294,149,737,760	52,276	11,482,593,876,536	216.9%
2011	2,495	4,732,961,423,657	68,945	16,970,038,125,957	358.6%
TOTALES	10,403	23,409,548,649,246	180,911	42,886,407,293,736	183.2%

Elaboración propia a partir de datos del Portal Unico de Contratación

Como se puede observar, mientras que la contratación mediante licitación ha venido en descenso, la contratación directa ha aumentado considerablemente llegando, incluso, a superar en el 358% el monto de lo contratado a través de licitación. Durante el periodo 2005 a 2011, se han celebrado 10.403 contratos por \$23.409 miles de millones, mientras que por contratación directa, esta cifra se remonta a \$42,886 miles de millones, con un total de 180.911 contratos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Producto Interno Bruto – PIB- es un indicador que resulta de la sumatoria de los bienes y servicios que produce un país en un periodo determinado, es decir, aquel que muestra el crecimiento económico de la nación y que sirve de instrumento de planificación económica y en la toma de decisiones⁷, a continuación elaboro

⁷ Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. Tomado de <http://www.dane.gov.co>. Consultado el 2 de enero de 2012.

un comparativo sobre la participación existente entre el monto de la contratación celebrada como resultado de procesos de licitación y el Producto Interno Bruto.

**Tabla No. 2 – Participación de las licitaciones públicas dentro del PIB⁸
(2005-2011)**

VIGENCIA	LICITACION	PIB (PRECIOS CONSTANTES 2005)	PIB (PRECIOS CORRIENTES)	% PARTIC. CONSTANTES	% PARTIC. CORRIENTES
2005	1,345,335,792,904	340,156,000,000,000	340,156,000,000,000	0.4%	0.4%
2006	1,175,530,570,038	362,938,000,000,000	383,898,000,000,000	0.3%	0.3%
2007	3,519,523,084,425	387,983,000,000,000	431,072,000,000,000	0.9%	0.8%
2008	742,493,380,183	401,744,000,000,000	481,037,000,000,000	0.2%	0.2%
2009	6,599,554,660,279	407,577,000,000,000	508,532,000,000,000	1.6%	1.3%
2010	5,294,149,737,760	425,063,000,000,000	548,273,000,000,000	1.2%	1.0%
2011	4,732,961,423,657	446,632,000,000,000	610,180,000,000,000	1.1%	0.8%
TOTALES	23,409,548,649,246				

NOTA: Se proyecta el último trimestre del PIB del 2011, promediando los tres trimestres anteriores por cuanto no se tiene dato oficial.

De acuerdo con lo anterior, la relación entre la contratación por licitación y el PIB es mínima, dado a que a duras penas alcanza el 1.6% en el 2009, con respecto al PIB a precios constantes y el 1.3% a precios corrientes y en el 2011, es del 1.1% a precios constantes y el 0.8% a precios corrientes. Siendo que el PIB es un indicador sobre el movimiento económico del país, no es concebible que el gasto, que hace parte de este indicador, se realice a través de otros mecanismos diferentes a la licitación, la cual constituye por ley la regla general y se supone constituye la mejor herramienta para la contratación del Estado al asegurar la aplicación de unos principios mínimos y cuyo propósito es la búsqueda de la mejor oferta para el Estado a través de

⁸ De acuerdo con la definición del DANE “El Producto Interno Bruto es la sumatoria de los valores agregados generados en la actividad económica del país o, lo que es lo mismo, todos los bienes y servicios finales producidos por el país, en un período de tiempo determinado”.

la entidad contratante⁹. Valdría la pena preguntarnos si la licitación, tal cual está diseñada, está cumpliendo con los propósitos previstos, pese a lo cual es un tema que desborda mi investigación y no será analizado salvo por un comentario final respecto a la colusión en licitaciones.

En el caso de las licitaciones, concurre de un lado el Estado como demandante y de otro, particulares como oferentes con este propósito. Existen entonces decisiones de particulares dentro de un proceso reglado

⁹ Sobre el particular, considero importante tener en cuenta lo contenido en el Documento CONPES 3249 de 20 de octubre de 2003, el cual en su parte motiva señala entre otros aspectos, los siguientes: “Los estudios de Confecámaras que demuestran el incremento de la corrupción resultan coincidentes con la encuesta del BM que muestra que los funcionarios públicos entrevistados declararon que en el 49.7% de las licitaciones públicas en Colombia se realizan pagos adicionales para asegurar la adjudicación de contratos. La percepción de los funcionarios es corroborada por los empresarios que en un 62% coincidieron en que “siempre o casi siempre” las empresas recurren a pagos extraoficiales para ganar concursos o licitaciones públicas. En la encuesta de Probidad, el 46% de los empresarios encuestados ratificó lo anterior.

Las encuestas del BM y de Confecámaras muestran que en estas condiciones de contratación pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios⁴, con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales.

Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia:

- i) La competencia injusta,
- ii) La complejidad en el proceso licitatorio y
- iii) Tener contactos personales dentro de la entidad contratante, aspectos que ratifican la existencia de un creciente nivel de desconfianza respecto a la capacidad del Gobierno para establecer reglas claras de participación para las entidades y los oferentes, y corregir las deficiencias existentes en la mayoría de los procesos de contratación del Estado.

En conclusión, la corrupción está generando altos sobre-costos en los bienes y servicios que contrata el Estado, con lo que no solamente se afecta la eficiencia del gasto público y la estabilidad macroeconómica, sino también y de qué manera, la moral pública y la legitimidad del Estado, que hacen de la necesidad de asumir una actitud contundente enfrente de este fenómeno no sólo una necesidad económica sino un imperativo ético dentro del Estado Comunitario”.

público para la consecución de “bienes colectivos”¹⁰, que termina afectando no sólo a los propios competidores, sino al mismo Estado generando un mayor gasto, y a los consumidores, trasladándoles las consecuencias de dicha ineficiencia. Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de la prestación de unos bienes y servicios que deben ser provistos por el Estado, pero que deben ser suministrados por el mercado. Mientras en el mercado privado hay mayor flexibilidad para corregir decisiones, en la democracia y en la consecución de bienes públicos, la corrección de una mala elección toma mucho más tiempo. Lo anterior, aunado al desperdicio de los recursos del Estado como consecuencia de una asignación ineficiente.

Tal y como lo señala Bullard, *“el problema tanto detrás de la democracia como del mercado no es, pues, elegir bien o mal. El problema es poder elegir. Y en eso el mercado y la democracia persiguen lo mismo”*¹¹. La competencia es un fenómeno espontáneo que nace de decisiones atomizadas de millones de personas, por lo cual no es posible una competencia planificada, concebida y creada desde un centro, desde el Estado. Usando una comparación de Bullard, la competencia como el lenguaje, no se crea, se descubre. El rol del Estado no es crear la competencia¹², sino por el contrario, establecer algunas reglas básicas que permitan su propio desarrollo¹³.

¹⁰ Sobre los “Bienes colectivos” como los denomina Juan Camilo Restrepo, es importante tener en cuenta que son aquellos que deben ser otorgados por el Estado en cumplimiento de los fines previstos en la constitución y además constituye uno de los propósitos del mismo cuando realiza sus políticas de recaudo (RESTREPO, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. Universidad Externado de Colombia 4ª Edición, Bogotá: 1998. Pág. 17)

¹¹ *Ibíd*em, p. 891.

¹² Es claro que, aunque no es su función principal, si puede lograrlo. Un ejemplo es el papel del estado en la creación de competencia en el sudeste asiático desde el final de la segunda guerra mundial hasta finales de la década de los noventa.

¹³ *Ibíd*em, p. 902.

Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente el número de opciones de escogencia a los consumidores. Su acción no debe dirigirse al resultado completo, sino a preservar el proceso¹⁴. Así las cosas, puede que haya pocos competidores en determinado sector, pero ello será porque son los únicos como resultado de la competencia, no porque existan prácticas restrictivas de la competencia que así lo hagan. Entonces, no es tanto que la legislación y las acciones legalmente previstas puedan asegurar la existencia de competencia, pero lo que sí se puede asegurar es que existan las condiciones y el entorno para promoverla

En Colombia, la vigilancia y ejecución de políticas de competencia se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual actúa como la autoridad única en materia de competencia y no como ente regulador (y debe evitar caer en la tentación de convertirse en un órgano regulador, para promover el buen funcionamiento del mercado y su capacidad de generar bienestar para todos). La diferencia entre uno y otro radica principalmente en dos factores: (i) La razón por la que se interviene (verificar si existen razones para presumir que no va a existir un fenómeno competitivo que responda a las distorsiones creadas por un particular, frente a lo cual habrá que regular) y, (ii) La estrategia de acción, que tiene que ver con las herramientas con las que cuenta el Estado para actuar, que se reducen básicamente a dos: regular (*ex ante*) e implementar las políticas de competencia (*ex post*)¹⁵. Las políticas de competencia se orientan a crear y mantener las condiciones de competencia, no a sustituirlas. Por el contrario,

¹⁴ *Ibidem*, p. 903.

¹⁵ *Ibidem*, p. 907.

la regulación busca duplicar o simular los resultados de un proceso competitivo que asume no existirá¹⁶:

“La reducción de la participación del Estado en la economía, la desaparición de barreras arancelarias y para arancelarias, las barreras legales de acceso a los mercados, las mejoras tecnológicas, entre otras razones, han sido el sustento de profundos procesos de desregulación, es decir, de eliminación de sistemas que sustituyen la competencia, para pasar a sistemas que preserven el proceso competitivo”¹⁷.

Bajo esta lógica, las políticas de competencia deben convertirse en la regla, y la regulación, cada vez más en la excepción:

“Pero no solo el mercado, entendido como comercio, puede verse afectado por estos acuerdos anticompetitivos, los procesos de contratación pública, como las licitaciones y concursos que representa una parte importante del total de las compras de cualquier segmento de la economía, pueden también ser objeto de los mismos. Estas colusiones son sancionadas por normas de distinta naturaleza, como la de derecho de la competencia y más recientemente con el nuevo estatuto anticorrupción, la de tipo penal, lo cual es un esfuerzo del Estado para dar transparencia a dichos procesos y contratar las mejores ofertas”¹⁸.

¹⁶ Ibídem, p. 909.

¹⁷ Ibídem, p. 910.

¹⁸ PEREA, Alexis. *Regulación de la competencia económica y contratación pública*, Publicado en Periódico Noti-Cámara de la Cámara de Comercio de Quibdó, Chocó, Edic. del 2 de diciembre de 2011.

Luego de referirme a las normas principales en materia de protección de la competencia, pasaré a referirme a un tipo específico de acuerdo contrario a la libre competencia: la colusión en licitaciones. Estos acuerdos, que afectan la contratación pública, se pueden presentar en la fase precontractual, como cuando las empresas acuerdan que una de ellas se abstendrá de competir o al momento de fijar los términos del proceso contractual por parte de los funcionarios encargados de tal asunto, por ejemplo, cuando fijan pliegos que solo un competidor sea capaz de cumplir. También, durante la presentación de las ofertas, como cuando dos oferentes se ponen de acuerdo para que uno de ellos deje de competir o presente una oferta más alta o con condiciones inaceptables a fin de que gane el otro, o cuando se acuerda que alguno de los competidores se retirará para dejar el camino libre al otro. También pueden haber acuerdos cuyos efectos se prolonguen luego de adjudicada la licitación, cuyas manifestaciones se presentarán durante la ejecución del contrato. Un ejemplo es cuando se acuerda que un potencial competidor no competirá en la selección del contratista, pero actuará como subcontratista una vez adjudicado el contrato.

Las anteriores conductas son más frecuentes en mercados de pocos competidores o donde se encuentran barreras más grandes al acceso de los participantes, por lo cual el análisis de factores económicos como los enunciados es de vital importancia al momento de indagar la significatividad de un asunto y eventualmente al momento de analizar la ilicitud de la conducta. Por esto, si bien la legislación de competencia no busca proteger a ciertos participantes ni destruir a otros, debe tenerse en cuenta que es mucho más difícil competir contra empresas eficientes. Según Bullard, el objetivo real de la legislación de competencia, es el bienestar del consumidor

a través de la eficiencia económica¹⁹. Así las cosas, lo que debe atacarse no son los monopolios en sí, sino las prácticas monopólicas.

Frente a la problemática de la colusión en licitaciones, ¿quiénes son los afectados, los concursantes no ganadores, el Estado o los usuarios del servicio que se licita? ¿O todos? Si ello es así, ¿estarían todos legitimados para iniciar acciones legales? En caso afirmativo, ¿cuáles serían?, ¿cuál sería el procedimiento a seguir, ante qué autoridad, y cuáles serían los efectos de las decisiones respectivas? Los anteriores son algunos de los interrogantes que pretendo resolver con la presente investigación o, al menos, tener una mayor aproximación a su respuesta. De manera preliminar, puedo afirmar que tanto los competidores afectados, como el Estado y los usuarios finales del bien o servicio a contratar se ven afectados por la colusión en licitaciones. De allí la importancia del tema de la presente investigación.

Al coludirse los competidores, se reduce la oferta disponible para que el Estado compre en mejores condiciones de mercado y se produce un desperdicio de recursos. El efecto anterior es socialmente indeseable y lo que se busca es obtener más, gastando menos, es decir, llegando a un punto de eficiencia óptimo. Hay sectores que por sus características son más proclives hacia la colusión, por ejemplo, el sector de la infraestructura²⁰. Por lo tanto, en el trabajo analizaré en el capítulo tercero los factores que promueven o incentivan dentro de un mercado determinado, la formación de un cartel. Descrito un fenómeno e interpretada la regulación existente, en el

¹⁹ Idem. Pág. 940

²⁰ Esta afirmación propia, la hago con base en los casos conocidos por la SIC, los cuales en su mayoría, hacen referencia al sector de la infraestructura y a la contratación de servicios de tecnología, como se analizará en el capítulo tercero en el que hago referencia a las decisiones de la Superintendencia en la materia.

mismo capítulo abordaré los tipos de responsabilidad existente y, además, los efectos de una decisión dentro de un proceso por colusión en licitaciones, tanto en la SIC como en la jurisdicción contenciosa. De igual forma, en el capítulo cuarto haré referencia a las acciones existentes que eventualmente serían viables para los casos de colusión en licitaciones, de lo cual podemos concluir que la jurisprudencia que aborda el tema es bastante escasa, debido principalmente al desconocimiento del tema y a la falta de seguridad jurídica y confianza en las instituciones legales.

Partiré de estas consideraciones para analizar el tema en cuestión. En el resto del capítulo I trataré los aspectos metodológicos de la monografía. En el segundo capítulo, analizaré aspectos constitucionales del derecho de la competencia y las nociones básicas microeconómicas, para luego entrar a analizar los pronunciamientos más relevantes proferidos por la SIC. En los capítulos 3 y 4 me referiré a la conducta de la colusión en licitaciones como tal, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, y los efectos jurídicos de su materialización frente al proceso licitatorio. Haré referencia a la incidencia de los procesos y sanciones sobre la validez del proceso licitatorio, a la posibilidad de los demás competidores de reivindicar sus derechos y pedir el pago de perjuicios, a la validez del contrato en caso de que éste ya haya sido suscrito, a la posibilidad de suspender el proceso licitatorio cuando se encuentre en curso, y a la posibilidad de pedir y decretar medidas cautelares, entre otros. Todo lo anterior, dependerá del momento en que la acción sea iniciada y del actor que la inicie.

1.2 METODOLOGIA

Para el desarrollo de mi investigación y para dar respuesta a la pregunta planteada, debo en primer lugar, hacer una exposición de las nociones y

conceptos básicos en materia de competencia. Para ello, acudiré a los doctrinantes y a la legislación existente en el tema para ser más precisa.

Teniendo en cuenta el tema central del trabajo de investigación, haré una recopilación de la legislación colombiana existente en materia de colusión en licitaciones. Luego de exponerla, realizaré el análisis legal respectivo para lo cual acudiré al método de interpretación gramatical²¹ doctrinal²² y al sistemático (por contexto)²³, con el propósito de establecer en qué consiste, los supuestos en que se presenta, el contexto en el cual se considera ilegal, los factores que la promueven y las sanciones previstas.

Una breve referencia a la licitación pública, al procedimiento legalmente establecido para su desarrollo y los factores que facilitan la ocurrencia de la colusión, será necesario para soportar mi investigación.

Expuestas las nociones anteriormente enunciadas, lo cual haré bajo una técnica meramente descriptiva, comenzaré con la enunciación y análisis de las acciones legalmente previstas para combatir la colusión en licitaciones y para la impugnación de los actos administrativos proferidos en desarrollo de una licitación. Para esto, mediante el uso de las técnicas jurídicas de interpretación, describiré el alcance de las mismas, los casos en los cuales se debe proceder, los agentes que se encuentran legitimados para su inicio, su procedimiento y sus efectos jurídicos.

²¹ El método de interpretación gramatical se refiere al análisis del tenor literal de las palabras, según su significado natural (Artículo 27 y 28 del Código Civil)

²² Conforme a lo establecido en el artículo 26 del Código civil, “Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares”.

²³ Artículo 30 del Código Civil.

Analizadas las acciones procedentes, enunciaré casos relevantes en los que autoridades tanto administrativas como de la jurisdicción contencioso administrativa, hayan fallado por colusión en licitaciones. De entrada, pondré de presente que por colusión en licitaciones no existe en la Jurisdicción Civil, ni en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni en la penal, una sentencia específica en la materia, en la cual se analice la ilegalidad de la conducta o de un acto o contrato del Estado surgido como consecuencia de ella. Sobre las decisiones de la SIC por violación del numeral noveno del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sólo hay a la fecha tres casos sancionados (equivalente al 18% respecto del total de los casos conocidos y terminados). Sobre los trámites en curso, según información brindada por la SIC, a la fecha hay 7.

Teniendo en cuenta que la metodología a desarrollar está relacionada con la descripción y el análisis documental, principalmente legal, es importante tener en cuenta que las normas jurídicas existentes y el lenguaje empleado no es específico para la colusión en licitaciones; únicamente cuando se refieren a la conducta del numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y al nuevo tipo penal (artículo 27 Ley 1474 de 2011). En los demás casos, haré un ejercicio de interpretación, para analizar la viabilidad de otras acciones legalmente previstas frente a casos de colusión en licitaciones.

El propósito de mi trabajo es analizar la práctica conocida como colusión en licitaciones y los efectos de los procesos administrativos y acciones jurisdiccionales sobre el proceso licitatorio y sobre el contrato, en caso de que éste ya haya sido adjudicado. A pesar de la importancia y el impacto del tema, así como de la existencia de diversas normas, no existe una sistematización, orden e interrelación de la regulación en competencia y uniformidad y certeza en los criterios para su aplicación.

La creciente aplicación del derecho de la competencia y preocupación del fenómeno de la colusión en licitaciones, reflejado en la creación de una comisión específica para el tema en la SIC, y el incremento de las investigaciones por este tipo de acuerdo, hace necesario ofrecer tanto a los actores del mercado como a la misma comunidad académica claridad sobre el contenido, alcance y aplicación de las normas en la materia. Luego de realizada la investigación sobre el tema, puedo concluir que el tema en Colombia no ha sido lo suficientemente debatido (sin perjuicio de los temas de corrupción y el esfuerzo que ha venido realizando la SIC, al crear un grupo específico para el tema, proferir la primera sanción que servirá de ejemplo, el incremento de los casos que está llevando por esta conducta, la expedición de la Guía Práctica para combatir la colusión), razón por la cual el análisis que presento se hizo basado fundamentalmente en la ley.

Para el desarrollo de mi trabajo, quisiera dejar atrás los métodos convencionales por medio de los cuales se han desarrollado otros trabajos, y centrarme en lo que se ha denominado una metodología de investigación “holística”, la cual concibe la investigación como “un proceso continuo, integrador, organizado, sistemático y evolutivo, a través del cual los investigadores de todos los tiempos transitan en la búsqueda del conocimiento que permite avanzar hacia un mundo cada vez mejor. Dentro de esta concepción, lo que para unos es conclusión, para otros es punto de partida.

El enfoque holístico de la investigación, rescata la creatividad del investigador, lo anima y lo motiva a arriesgarse a reconocer sus propias inferencias acerca de la realidad, a imaginar sobre lo visto y lo no visto, a

proponer soluciones, a inventar y a recoger los resultados de su labor, para nuevamente comenzar en el ciclo incesante de la investigación holística”²⁴.

No pretendo con el presente trabajo dar soluciones definitivas o imponer verdades, únicamente hacer una aproximación y descripción de la normatividad existente sobre una práctica anticompetitiva específica: la colusión en licitaciones y los efectos de la misma y de sus procedimientos sancionatorios frente al proceso de licitación como tal.

El presente trabajo se trata de una investigación “exploratoria” con la cual pretendo indagar y profundizar sobre un fenómeno que como he mencionado, no ha sido muy desarrollado ni por la doctrina ni por la jurisprudencia colombiana. En ese orden de ideas, existe poca información y no existen mayores investigaciones anteriores sobre el tema. De lo que se trata, es de familiarizarme con el objeto del estudio, e intentar encontrar indicios de relaciones para que a partir de ellas puedan crearse herramientas o instrumentos necesarios para estudios posteriores más precisos²⁵.

De igual forma, se trata de un trabajo “descriptivo” con el propósito de exponer el fenómeno de la colusión y detallar sus características, de modo que en los resultados pueda obtener niveles de análisis, con los cuales pueda hacer una clasificación de la información y obtener una descripción más detallada²⁶. Finalmente, quisiera afirmar que mi trabajo lo elaboré a partir de una investigación “analítica” conforme a la cual, traté de entender

²⁴ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, “El proyecto de investigación, Metodología de la investigación Holística”. Editado por la Fundación Sypal, Caracas (Venezuela): julio de 2000. Segunda Edición, pág. 10.

²⁵ HURTADO DE BARRERA, *Ibidem*, pág. 77.

²⁶ *Ibidem*, pág. 77-78.

las situaciones “en término de sus componentes, e intenté descubrir los elementos que componen cada totalidad y las interconexiones que explican su integración. La investigación analítica implica la síntesis posterior de lo analizado”²⁷.

De lo anteriormente expuesto, quisiera concluir que con mi investigación, pretendo “explorar”, “describir” y “analizar” un fenómeno determinado con el propósito de entenderlo mejor. De igual forma, espero que quien lo lea se sienta realizando estas mismas actividades y que al final tenga su propia respuesta sobre las preguntas anteriormente expuestas. En todo caso, se trata del uso de una metodología integral, interdisciplinaria, que comprende la utilización de varias metodologías dentro de las cuales se encuentran las anteriormente señaladas.

Sobre las técnicas, principalmente hice uso de la revisión y análisis documental así como de la realización de cuatro entrevistas²⁸ que mostraron diferentes puntos de vista respecto de la colusión en licitaciones y que quisiera tratar y compartir dentro del presente trabajo.

²⁷ *Ibidem.* 82.

²⁸ Una de las entrevistas fue realizada a Julio Cesar Castañeda, Responsable del Grupo de trabajo de Protección de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio el día 14 de diciembre de 2011. La otra, fue realizada a Andrés Jaramillo, abogado, socio de la firma Esguerra Barrera (especialista en competencia) el día 19 de diciembre de 2011. De igual forma fue entrevistado Javier Ortiz del Valle, presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá el 7 de enero de 2012 y Carlos Andrés Perrilla, doctrinante y hoy funcionario de la Superintendencia Financiera de Colombia, el día 12 de enero de 2012.

2. MARCO LEGAL Y CONCEPTUAL

Con el propósito de desarrollar el presente trabajo, considero importante tener clara la normatividad general aplicable en materia de competencia y los principales conceptos que habrán de manejarse a lo largo de todo el documento. En consecuencia, el presente capítulo servirá de marco legal y conceptual, y desarrollará los siguientes temas: derecho a la libre competencia económica y las razones de ser de su protección, las prácticas restrictivas de la competencia; los carteles en general y la colusión en particular; las autoridades competentes y los tipos de responsabilidad existentes por la violación a la normatividad en materia de competencia.

De igual forma y atendiendo a conceptos económicos, haré referencia a la lógica microeconómica de un cartel y en particular, de la colusión en licitaciones.

2.1. LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita²⁹. De igual forma, el derecho a la libre competencia puede ser considerado desde dos perspectivas, en los siguientes términos:

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001 MP: Rodrigo Escobar Gil

“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 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.”³⁰

La libre competencia económica sólo puede predicarse dentro del marco de la economía de mercado. El precursor de esta noción, Adam Smith, planteó que el mayor bienestar colectivo se logra cuando cada individuo persigue sus propios intereses³¹. Este bienestar se logra bajo los preceptos de autonomía y libertad de acción.

Esta noción tuvo recepción en los postulados individualistas de la época porque estaba orientada hacia la libertad económica y la actualización limitada del Estado³². Estas características fortalecieron la libertad de la iniciativa privada como eje ordenador de las relaciones económicas.

Como resultado de la libre iniciativa privada, la libre competencia es, en sentido amplio, la posibilidad de participar en el mercado, dentro del cual una

³⁰ Sentencia C-535 de 1997 (23 de octubre de 1997), MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

³¹ CARDENAS, Mauricio. *Introducción a la Economía Colombiana 2a edición*. Ed. Alfaomega Colombiana S.A., Bogotá D.C. 2009. Pág. 2009

³² PLAZAS VEGA, Mauricio. *El Liberalismo y la Teoría de los Tributos*, Bogotá, Temis. 1995.

serie de agentes, denominados vendedores, se esfuerzan para lograr que un mayor número de compradores adquieran sus bienes o servicios³³.

Dicha competencia es libre en la medida en que vendedores y compradores “utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor”³⁴.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que:

“El Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines

³³ RUBIO ESCOBAR, Jairo. Derecho de los Mercados. Superintendencia de Industria y Comercio, Legis editores S.A., Bogotá D.C. Págs. 14 – 15.

³⁴ GÓMEZ LEYVA, Delio. *Las Prácticas Restrictivas en la Competencia*, contenido en: Superintendencia de Industria y Comercio. *Derecho de la Competencia*. Bibliotheca el Millennio, El Navegante Editores, Santa fe de Bogotá 1998. Pág. 130

constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general³⁵

La jurisprudencia de la Corte Constitucional permite hacer hincapié en un aspecto fundamental que se encuentra relacionado con el alcance del derecho a la libre competencia. De la anterior cita, se concluye que la libre competencia económica no es un derecho absoluto por lo que los comerciantes no gozan de facultades exorbitantes en la búsqueda de sus intereses, en detrimento de otros competidores. Dicha libertad no se entiende como arbitraria, o ilimitada en virtud del concurso de libertades que radica en cada agente, en un mercado particular.

La Superintendencia de Industria y Comercio, siguiendo lineamientos de la Corte Constitucional, estableció que “la libertad económica, como concepto ligado a la libre competencia, a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada, como todos los derechos y libertades dentro de un marco de un Estado Social de Derecho no es absoluta sino que, se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general³⁶”.

La proporcionalidad³⁷ en el ejercicio de actos desarrollados dentro de un marco de competencia, representa especial interés para el Estado, ya que su debido mantenimiento brinda una serie de beneficios a la economía de un país. La proporcionalidad promueve la eficiencia, distribución y optimización

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: ___. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 *"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Conceptos: 03018195 del 26 de Marzo de 2003, 01056910 del 28 de agosto de 2001, 03012780 del 04 de Abril de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1996, MP. Hernando Herrera Vergara

³⁷ Entendida como un uso medido, no absoluto, y limitado por los derechos y la Ley.

de recursos humanos y capital, innovación en las formas de producción y comercialización y mayor campo de elección para los consumidores.

Sobre la protección a la libre competencia, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La particular protección de la libre competencia tiene como estribo las bondades que de ella emanan y que se evidencian en el eficiente funcionamiento de los diferentes mercados y en la posibilidad que le brindan al consumidor de escoger entre diversas cantidades y calidades de productos y servicios, y gozar de las últimas innovaciones a mejores precios, amén que estimula a los empresarios para aumentar su eficiencia, sin olvidar que propende por la protección del interés público materializado en el beneficio que obtiene la comunidad de una mayor calidad y mejores precios; y, en fin, porque fomenta el respeto al principio constitucional a la igualdad”³⁸

De igual forma, sobre la libre competencia la Corte Constitucional ha manifestado que “la Constitución ha elevado la libre competencia a principio rector de la actividad económica, en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa”³⁹ así como que

“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,

³⁸ (Sentencia. Casación Civil de 19 de diciembre de 2005, Exp. No. 4018). Tomado de Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 22 de abril de 2009.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993 de 23 de junio de 1992. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

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”⁴⁰

Así mismo, ha establecido que

“se concibe a la libre competencia económica como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo...”⁴¹ (negrilla fuera de texto)

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. De acuerdo al sistema económico colombiano y al sistema de economía de mercado imperante⁴², la libre competencia económica constituye un derecho colectivo. Consiste en la posibilidad de acceder al mercado a ofrecer unos bienes y servicios junto con otros oferentes, con el propósito de ganar una clientela y en consecuencia, una porción del mercado.
2. Si bien es cierto se trata de un derecho, no es un derecho absoluto, supone responsabilidades y cuenta con ciertos límites. Compete al Estado intervenir para asegurar su cumplimiento, el respeto de los derechos de

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-815 de 2001 MP: Rodrigo Escobar Gil

⁴² Sobre el particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-240 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, estableció que la libertad de Competencia económica es principio rector de la “economía social de mercado”.

los demás y la prevalencia del interés general. Lo anterior, aunado al hecho de que el escenario de competencia perfecta no existe y debe un tercero (el Estado) entrar a crear las condiciones que promuevan la competencia.

3. El ejercicio del derecho a la libre competencia, conlleva beneficios tanto al mercado al generar eficiencia, como al consumidor final en términos de calidad y precio.
4. El principal objetivo del sistema colombiano para la defensa de la competencia es proteger la libre competencia económica, definida como “la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela”⁴³
5. El derecho a la libre competencia debe ser considerado en su doble dimensión: como derecho subjetivo o como derecho objetivo. Como derecho subjetivo la Corte Constitucional lo ha caracterizando en los siguientes términos: (i) Se trata de un derecho individual que supone responsabilidades⁴⁴ (ii) No es un derecho absoluto⁴⁵ (iii) Es un derecho que no tiene carácter de fundamental⁴⁶ y en consecuencia, no puede ser protegido directamente vía acción de tutela⁴⁷.

⁴³Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la competencia en Colombia, Examen inter-pares. Chile, 9 y 10 de septiembre de 2009. P. 17

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-915 de 2002.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997 y SU-182 de 1998.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-021 de 2005.

Como derecho objetivo y tal y como se desprende de lo anteriormente enunciado, constituye principio rector de la economía, debe ser cumplido por todos aquellos que participan en el mercado y su defensa se encuentra en cabeza del Estado.

6. Más que un derecho individual a competir, el derecho a la libre competencia es un derecho colectivo: a favor de quienes compiten, de quienes no, de los consumidores, etc⁴⁸. Este punto será relevante al momento de estudiar la experiencia colombiana en materia de colusión en licitaciones, de los casos conocidos y sancionados por la Superintendencia y en general, del uso de las acciones legalmente establecidas.

2.1.1. Fundamentos constitucionales de la libre competencia.

Tener en cuenta las disposiciones constitucionales en materia de competencia es de suma importancia, pues en ellas se encuentra explícitamente definido el objetivo de la legislación de competencia: “la protección de la libre competencia económica, que ha sido consagrada como un derecho colectivo”⁴⁹

El derecho de la libre competencia, incorporado en el marco genérico del derecho de la competencia, sólo puede ser comprendido dentro del contexto de una economía de mercado, concepto que atiende a un modelo de

⁴⁸ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la competencia en Colombia”. *Ibídem.* P. 18

⁴⁹ *Ibídem.* P. 13

organización económica en el cual la producción se realiza para el intercambio.⁵⁰

El régimen económico establecido en la Constitución de 1991, establece que el modelo económico adoptado en Colombia es el libre mercado, con un marcado énfasis social, conocido como economía social de mercado. El marco económico descrito en el cual se promulga la libre competencia, encuentra fundamento constitucional en los artículos 333 y 334 de la Constitución de 1991.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 333 de la Constitución establece que:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica⁵¹ es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. 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. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”

⁵⁰ Banco de la República. Introducción al Análisis Económico: El Caso Colombiano. Siglo del Hombre editores. Bogotá 1998. Pág. 36

⁵¹ Sobre la noción de libre competencia la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones entre otras, con las siguientes sentencias: Sentencia C-623 de 2004, Sentencia C-516 de 2004, Sentencia C-1035 de 2003, Sentencia C-654 de 2003, Sentencia C-150 de 2003, Sentencia C-815 de 2001, Sentencia C-1262 de 2000, Sentencia SU-182 de 1998.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional ha desarrollado el alcance del artículo 333 de la Constitución de conformidad con el artículo 13 de la misma, con el propósito de acentuar el hecho de que todos aquellos con interés en acudir a un mercado, se encuentran en igualdad de condiciones. Así, no es de recibo que ni el Estado ni los particulares impongan cargas injustificadas que obstaculicen el ingreso al mercado. Una carga “justificada” puede darse cuando por las características del mercado o por las necesidades que se pretenda suplir, se requiera de características especiales de los oferentes. V.g. para obras públicas o concesiones, una experiencia mínima en el desarrollo de ciertas actividades. En esos escenarios, no hablaremos de una igualdad formal, sino de una igualdad material entre quienes cumplan con los requerimientos exigidos.

La argumentación anteriormente señalada, resulta interesante analizarla bajo la definición de Joaquín Garrigues en la que afirma que libre competencia “significa la igualdad jurídica entre los competidores”⁵². Sobre el particular, en una ponencia de Jaime Araujo Rentería, el más alto Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“Los artículos 333 y 13 de la Constitución se relacionan con particular énfasis al permitirles a todas las personas ejercer libremente la actividad económica que tengan a bien asumir, dentro de los límites del bien común. Consecuentemente, todos tienen derecho a la iniciativa privada y a la libre competencia, con las responsabilidades que ello apareja. Por su parte, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Vale decir, jurídicamente la

⁵² GARRIGUES DIAZ-CABAÑATE, Joaquín. *Temas de Derecho Vivo*. Editorial Tecnos, Madrid 1978. Pág. 142

libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos; por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación con el derecho que tienen las personas a ejercer la libertad de empresa y a percibir las utilidades que le son inherentes, el Estado se erige como director de la economía con dos fines específicos: de una parte, debe regular, vigilar y controlar los procesos económicos en orden a fomentar y estimular la gestión empresarial, impidiendo al efecto que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitando o controlando cualquier abuso de la posición dominante; y de otra, promoviendo y exigiendo a la empresa el cumplimiento de su función social a través de su intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados.

Asimismo le compete a las autoridades públicas, en sus diferentes campos de acción, resolver las tensiones que se presentan entre la libertad de empresa y la primacía del interés general, dado que, en cuanto base del desarrollo la empresa debe producir y exhibir positivos balances de rentabilidad económica y social, los que a su vez habrán de ser, en lo económico-fiscal, representativos de mejores bases gravables y por tanto de mayores tributos; y en lo social,

indicativos de su participación en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes”⁵³.

Por otro lado, se destaca que el artículo 334 de la Constitución establece que la dirección de la economía está a cargo del Estado, el cual se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley.

Éste artículo establece que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

En todo caso, la actuación del Estado en la actividad económica abarca una serie de elementos como garantizar, promover, hacer efectivo el acceso a los derechos económicos, inspeccionar, vigilar y controlar los casos previstos

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-870 - 2003 M.P. Jaime Araújo Rentería

por la Constitución y si es el caso realizar directamente la actividad económica, entre otros.⁵⁴

Haciendo referencia a los artículos anteriormente reseñados, se muestra un especial interés del Estado al querer brindar y propender por un funcionamiento adecuado del sistema productivo. Además, debe caracterizarse por su eficiencia y bienestar de los consumidores y, por la promoción de la libre competencia enmarcada en el interés general.

Al respecto, la Corte Constitucional analizando la constitucionalidad del artículo 19 de la ley 256 "por la cual se dictan normas sobre competencia desleal", se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(1) la finalidad de la ley demandada es la de promover la libre competencia en el mercado de bienes y, por ende se ajusta a la Constitución; (2) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de las masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas se mantengan o impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de

⁵⁴ IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho Constitucional Económico*. Pontificia Universidad Javeriana 1ª edición. Bogotá D.C. 2001. Págs. 301 – 303.

opción de los individuos y la existencia de un proceso económico, abierto y eficiente”.

Asimismo, la Corte ha establecido que:

“La restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que "las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica”⁵⁵

Finalmente, para reiterar el alcance de los derechos económicos, en especial el de la libre competencia, la Corte Constitucional ha señalado que:

“El sistema económico reconocido y amparado por nuestra Constitución es el del libre mercado, en el que se garantiza la libre actividad económica y la iniciativa privada, esto es, la libertad de empresa dentro de los "límites del bien común", instituyéndose la libre competencia como un derecho de todos que supone "responsabilidades". Sin embargo, se le asigna al Estado la dirección general de la economía y se le otorgan plenas facultades para intervenir en esa actividad, por mandato de la ley, en los casos y para los fines consagrados en el artículo 334 de la misma Carta”⁵⁶

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz.

2.2 LIBRE CONCURRENCIA

Pese al hecho de que la mayoría de autores dan un mismo tratamiento a los conceptos de libre competencia y libre concurrencia, podría haber una pequeña distinción entre los dos términos.

La concurrencia hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables, donde se requiere de libertad de acceso al mercado, libertad de establecimiento, libertad de bienes, servicios y capitales.

La competencia, comprende la rivalidad entre empresarios por conseguir, dentro de la misma masa anónima de consumidores, el mayor número de adquirentes o contratantes de sus bienes o servicios.⁵⁷

2.3 PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS (“PCR”)

Según Mauricio Velandia, las prácticas comerciales restrictivas, como sub tema del derecho de la competencia, agrupan la prohibición de comportamientos de empresas que impiden el libre juego de la oferta y la demanda dentro de un mercado, castigando los acuerdos y actos restrictivos, así como el abuso de la posición dominante de los agentes económicos.

2.3.1. Regulación en materia de prácticas comerciales restrictivas

Se considera que la regulación sobre prácticas comerciales restrictivas pretende salvaguardar dos asuntos de interés general; en primer lugar, (i) la

⁵⁷ FLINT BLANCK, Pinkas. Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701. Universidad Católica del Perú. Lima 2002. Pág. 99

capacidad adquisitiva de bienes del consumidor, la cual representa el grado de satisfacción de necesidades que puede ejercer una persona adquiriendo bienes y servicios en relación con el ingreso periódico constante que reciba. En segundo lugar, (ii) la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía, que consiste en el flujo de dinero necesario dentro de la misma, para que el consumidor pueda satisfacer todas sus necesidades⁵⁸. Como puede verse, en uno y otro caso los propósitos desbordan el ámbito de lo individual por lo que de alguna manera, podría afirmarse que la regulación para la prevención de las prácticas comerciales restrictivas, persigue principalmente la protección del derecho a la libre competencia en su aspecto colectivo.

Ahora bien, la prácticas comerciales restrictivas cuentan con un marco jurídico cierto y preciso desarrollado a partir de la Ley 155 de 1959, por medio de la cual “se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”. De conformidad con el artículo 1º de la mencionada ley, y como cláusula general, están prohibidos:

"los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, 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."

En complemento de la norma anterior, el decreto 2153 de 1992 ratifica la prohibición general de conductas anticompetitivas y adicional a ello,

⁵⁸ VELANDIA, Mauricio, *Derecho de la Competencia Y del Consumo*, Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2008. Págs. 51 – 52.

establece que dichas conductas se considerarán de objeto ilícito en los términos del código civil.

La promulgación del decreto 2153 de 1992 “tuvo un papel fundamental a la hora de establecer una nueva política de competencia en el país. Se fundamentó en tres tipos de conducta relacionadas con la ley de competencia y mejoró las normas legales que se aplicaban a dicha conducta. También reformó la SIC, dándole más herramientas y procedimientos, que eran necesarios para aplicar la ley y proteger a los consumidores”⁵⁹

Es importante tener presente que conforme a la cláusula general del artículo primero de la ley 155, las conductas se “penalizarían por su intencionalidad anticompetitiva antes que por sus efectos reales en el mercado. Con el decreto 2153 se amplía la fórmula y establece que los acuerdos pueden ser contrarios a la libre competencia, tanto por su objeto como por sus efectos”⁶⁰. Éste decreto enumera algunos acuerdos (artículo 47) y actos (artículo 48) contrarios a la libre competencia y conductas que constituyen abuso de la posición dominante (artículo 50) en el mercado⁶¹, los cuales enunciaré a continuación:

2.3.1.1. Acuerdos contrarios a la libre competencia

Conforme lo establece el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, la siguiente es la enumeración no taxativa sobre los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia:

⁵⁹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la competencia en Colombia, Examen inter-pares” *Ibíd.* P. 13.

⁶⁰ *Ibíd.* P. 19

⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 01080118 del 24 de octubre de 2001

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
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.

10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, el cual fue adicionado mediante la Ley 590 de 2000 en su artículo 16.

El listado anteriormente enunciado “presenta como denominador común el hecho de que pueden ser sancionados tanto por su objeto como por sus efectos. La única defensa válida de los acusados sería demostrar que no se incurrió en la conducta imputada, salvo que se trate de aquellos casos en que a pesar que haber incurrido en la conducta, se presenten consideraciones de eficiencia en los términos del artículo 29 del Decreto 2153”⁶².

Según los términos de la norma, pareciera que se aplicara un sistema de responsabilidad objetiva pese a lo cual algunos como Mauricio Velandia, consideran debe hacerse un juicio completo de responsabilidad al momento de investigar la conducta. Al revisar los casos sancionados por la Superintendencia, los cuales serán enunciados en los capítulos tercero y cuarto, veremos que se ha optado por la primera tesis según la cual se sanciona por el solo hecho de incurrir en la conducta, más aun, si se tiene en cuenta que el análisis que realiza la Superintendencia no es lo suficientemente profundo como para analizar las circunstancias que podrían haber justificado el acuerdo y si con éste se ha contribuido a la eficiencia económica. Pese a lo anterior, la ley nunca se refiere expresamente a los criterios de ilegalidad per se o de regla de la razón⁶³.

⁶² Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la competencia en Colombia, Examen inter-pares”.Ibíd. P. 20.

⁶³ Sobre este punto, es interesante la descripción que se hace en el informe inter pares inter pares para Colombia realizado por la OCDE y el BID, en el cual se describe la controversia

2.3.1.2 Actos contrarios a la libre competencia

Conforme a lo establecido en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, se consideran como actos contrarios a la libre competencia los siguientes:

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Contrario a lo que sucede con la enunciación de los acuerdos, los actos parecen ser taxativos pues no incluye la expresión “entre otros” contenida en el artículo 47. En ese orden de ideas, puede considerarse contrario a la libre competencia cualquier otro acuerdo que a pesar de no estar contenido en el listado, afecte la competencia.

2.3.1.3. Abuso de posición dominante

Sobre el abuso de posición dominante, el artículo 50 señala expresamente las siguientes conductas:

existente entre los profesionales del país en materia de competencia, acerca de si son criterios que se adaptan a la realidad colombiana, a sus implicaciones, etc. Pág. 20

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, adicionado por la Ley 590 de 2000 en su artículo 16.

Cada uno de los supuestos fácticos mencionados (acuerdos, actos y abuso de la posición dominante) son regulados bajo las normas de competencia, concretamente bajo el régimen de prácticas restrictivas, cuyo elemento

característico es que “limitan la autonomía de los comportamientos desarrollados por las empresas dentro de un mercado relevante”⁶⁴, es decir, no permiten la realización de conductas de manera autónoma de parte de quienes intervienen en el mercado.

Según Delio Gomez Leyva⁶⁵, las normas referidas pretenden el fortalecimiento de la libre competencia "para consolidar con su presencia y normal desarrollo, el imperio de un sistema económico que tenga como soporte la libre iniciativa privada, a fin de que el desempeño de los distintos participantes se realice libre de trabas, y los resultados que de su libre ejercicio obtengan, sean fruto del natural desempeño de las reglas de la oferta y la demanda; protección que, al ser otorgada, les impone de igual manera, como obligación, la de abstenerse de restringir la libertad de competencia.”⁶⁶

Sobre la legislación colombiana en materia de competencia, vale la pena tener en cuenta que se trata de una de las más antiguas de Latinoamérica y tal y como se expone en el examen inter pares para Colombia realizado por la OCDE y el BID, la Ley 155 de 1959 es una ley exhaustiva que incluye el modelo legal básico de acuerdos y abuso de posición dominante el sistema de revisión previa de integraciones y que en sus inicios tuvo poca aplicación⁶⁷.

⁶⁴VELANDIA, Mauricio. Íbid. Pág. 68

⁶⁵ Abogado tolimense, ex Consejero de Estado.

⁶⁶ GOMEZ LEYVA, Delio. De las Restricciones, del Abuso y de la deslealtad en la Competencia Económica. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. Pág. 98

⁶⁷ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, “Derecho y Política de la competencia en Colombia, Examen inter-pares”.Íbidem. P. 7.

Ya como veremos más adelante, en los 90's con la política de liberalización económica y la nueva constitución, se incluyó a la libre competencia como derecho constitucional, y con el paso del tiempo ha cobrado cada vez más importancia. Así las cosas, Colombia ha tenido un papel activo dentro del desarrollo del derecho de la competencia, y lo que hace falta es conocer y tener claridad sobre las políticas y sobre la regulación en general. Muchas veces las normas existen, pero por desconocimiento no son aplicadas o se desconoce su operancia.

Debido a las debilidades y falencias que persistían en materia de política de competencia, debido principalmente a la existencia de multiplicidad de autoridades con facultades en la materia, "hacia el 2004 este modelo comenzó a mostrar sus debilidades, y se inició una segunda fase de reformas"⁶⁸ que culminó con la expedición de la Ley 1340 de 2009.

Sobre el propósito de las actuaciones administrativas en materia de competencia, el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, que expresamente deroga el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, establece que radica principalmente en el siguiente:

"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

⁶⁸ *Ibidem*. P. 14.

PARÁGRAFO. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”

Sobre el artículo anteriormente enunciado, es importante poner de presente que no cualquier conducta es objeto de investigación, sino sólo aquellas que sean “significativas” para alcanzar cualquiera de los tres objetivos arriba mencionados. Con la Ley 1340, se adicionan unos criterios que habrán de analizarse al momento de determinar la procedencia o no del inicio de una investigación, todos ellos, relacionados con la protección del derecho a la libre competencia en su ámbito objetivo.

2.3.2. Autoridad única en materia de competencia: Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)

Otro aspecto de suma relevancia en materia de protección de la competencia, surge teniendo presente la Ley 1340 del 24 julio de 2009 cuyo “fin principal radica en el fortalecimiento de la promoción y defensa de la competencia mediante la aprobación de normas que refuercen aspectos fundamentales del régimen actual”. Sobre el particular, ha de notarse que el legislador, estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio sería la única autoridad en materia de competencia al disponer en el artículo 6º de la mencionada ley lo siguiente:

“Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones

sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

Antes de que ocurriera esta designación, existían diferentes entidades encargadas de investigar y sancionar las prácticas anticompetitivas. De este modo, se superan las dificultades presentadas por la multiplicidad de competencias que permitían acudir a la Superintendencia de Industria o ante otra entidad frente a trámites administrativos, por lo que existía falta de uniformidad en el tratamiento, procedimiento y sanciones, causando de esa manera incertidumbre e inseguridad jurídica respecto de la aplicación de las normas en materia de competencia. En ese orden de ideas, para los trámites administrativos y las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, la SIC es la autoridad única, sin perjuicio de las demás acciones legales que pueden interponerse ante la jurisdicción. No existe prejudicialidad y pueden iniciarse de manera independiente.

2.4. ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS

Conforme a lo establecido por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende como acuerdo “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.” Estos acuerdos se consideran contrarios a la libre competencia, en cuanto se ajustan a los supuestos de hecho contenidos en el artículo 47 del decreto citado.

Estos acuerdos⁶⁹ (o carteles colusorios) son aquellos que adelantan las empresas para eliminar una empresa del mercado, reduciendo el número de alternativas para el consumidor⁷⁰. Los acuerdos pueden ser tanto horizontales como verticales; los primeros se presentan entre empresas que hacen parte de la misma cadena de valor mientras los segundos se dan entre agentes que pertenecen a diferentes cadenas v.g. entre un productor y un comercializador⁷¹. La conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153, relativa a colusión en licitaciones y según consta en las investigaciones adelantadas por la SIC, se refiere a un acuerdo de tipo horizontal. Para efectos del presente documento, emplearé como sinónimos las expresiones “carteles⁷²”, “carteles colusorios”, “acuerdos anticompetitivos horizontales”⁷³

⁶⁹ La SIC define a los acuerdos competitivos de la siguiente manera: “Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos. Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos. A los primeros se les denomina carteles”. Tomado de la página de la Superintendencia de Industria y Comercio en el link de prácticas comerciales restrictivas. Ver en <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/practicas-restrictivas> (consultado el 8 de enero de 2012)

⁷⁰ VELANDIA, Mauricio, *Derecho de la Competencia Y del Consumo*. Ibídem. Pág. 73

⁷¹ La SIC ha definido los acuerdos horizontales y verticales de la siguiente manera: (i) “Se llama acuerdos horizontales a aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción. Ejemplo de lo anterior es acuerdo entre los productores de maíz. (ii) Se llama acuerdos verticales a aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, por ejemplo, el que surgiría entre un productor de maíz y un distribuidor mayorista de arepas” Tomado de la página de la Superintendencia de Industria y Comercio en el link de prácticas comerciales restrictivas. Ver en <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/practicas-restrictivas> (consultado el 8 de enero de 2012)

⁷² Atendiendo a su significado, un cartel es un *Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial*. Diccionario de la Real Academia de la lengua Española. Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cártel el 8 de enero de 2012.

⁷³ El empleo de los mismos términos, obedece al hecho de que todos en términos generales tienen el mismo objetivo y sus efectos económicos son idénticos, por lo que comúnmente se emplean como sinónimos; la diferencia específica entre el cartel y la colusión, es que ésta última no es necesariamente un acuerdo formal. (Jorge Witker, *Derecho de la competencia*

Con el objeto de entender el propósito de los acuerdos e identificar dentro de cuales puede enmarcarse la colusión conforme a su propósito, es importante tener en cuenta que existen dos categorías de acuerdos anticompetitivos.

“La primera, busca la coordinación entre empresas rivales y comprende acuerdos tales como fijación de precios, repartición de mercados, limitación de producción. Todo ello, con el propósito de “boicotear a un tercero” y “materializar la extracción de la renta del consumidor, imponiéndole condiciones y precios de monopolio; por eso son también llamados prácticas de imposición o explotación.

La segunda categoría comprende los acuerdos empleados para impedir el ingreso de un competidor potencial al mercado, o para forzar la salida de uno actualmente existente, los cuales son conocidos como conductas de exclusión”⁷⁴

Es preciso mencionar que para que exista acuerdo, las voluntades de las empresas que participan en el cartel deben concurrir de manera independiente y no estar sujetas a una sola, pues en esos casos nos encontraríamos frente a una situación de control⁷⁵. Por esta razón, dentro de la definición de acuerdo expresamente se señala que debe tratarse de “dos o más empresas” que no se encuentren bajo el mismo mando ni bajo una

en América Canadá, Chile, Estados Unidos y México, Fondo de Cultura económica, México: 2000. Pág. 110)

⁷⁴ Ignacio de León (UNCTAD), “Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia”. Nueva York; Ginebra: Naciones Unidas, 2004. Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs//ditccclp20037_sp.pdf

⁷⁵.Conforme a lo establecido por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por “control”, la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa

unidad económica o grupo empresarial cuyos lineamientos van en una misma dirección.

Dicho de otro modo, en la definición de acuerdo se requiere la existencia de dos o más empresas⁷⁶, lo que constituye en última instancia el elemento subjetivo de la adecuación normativa de la conducta restrictiva. No es posible que se realice con un solo agente económico o con una sola unidad empresarial.

Otra definición de carteles establece que éstos son una agrupación de empresas similares que, conservando su individualidad, evitan la mutua competencia regulando la producción, la venta y el precio de determinados bienes o servicios. Un ejemplo de cartel es el acuerdo para la fijación de precios para un determinado producto, o la repartición de mercados por zonas geográficas y para el caso de las licitaciones, el acuerdo para la no presentación de ofertas, o el acuerdo para la repartición de las licitaciones por sectores absteniéndose de presentarse, entre otros.⁷⁷

Aclarando dicha característica y complementando la idea anterior y la enunciación realizada en el numeral 2.3.1.1, los acuerdos contrarios a la libre competencia contenidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de una manera no taxativa pueden agruparse en las siguientes categorías:

⁷⁶ Agentes económicos que conforman por si solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios

⁷⁷ GÓMEZ QUINTANA, Juan José. *Economía Básica I (Conceptos)*. Consúltese en: <http://es.scribd.com/doc/11523985/Economia-Basica-I-Conceptos-09-01>

1. Acuerdo de precios⁷⁸
2. Acuerdo de repartición de mercado⁷⁹
3. Acuerdo de limitación de oferta⁸⁰
4. Acuerdo de imposición de ventas
5. Acuerdo de condiciones discriminatorias⁸¹
6. Acuerdo de asignación de cuotas⁸²

⁷⁸ Según Mauricio Velandia el supuesto pretende “salvaguardar que los precios de los bienes y servicios sean producto de la decisión autónoma de cada empresa al observar el libre juego de la oferta y la demanda” además establece que “cualquier defraudación en el precio genera una disminución en la capacidad adquisitiva de los consumidores” (VELANDIA, Mauricio, Derecho de la Competencia Y del Consumo, Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2008. Págs. 92.

⁷⁹ Corresponde al numeral tercero del artículo 47 del Decreto 2153. La prohibición pretende evitar la creación de barreras al interior del mercado limitando las posibilidades para la escogencia y adquisición de productos y servicios. Mediante la misma se pretende conservar la multiplicidad de agentes en los diferentes sectores del mercado, de modo tal que éste no resultare afectado por las decisiones particulares de algunos agentes. (VELANDIA, Mauricio, Derecho de la Competencia y del Consumo, Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2008. Págs. 106)

Tal y como se encuentra redactada la norma, es igualmente importante poner de presente que sólo se castigan los acuerdos horizontales y no los verticales (pues dice “entre distribuidores” o “entre productores”. Sobre el particular, considero importante tener en cuenta lo contenido en el informe inter pares para Colombia de la OCDE que luego de analizar el panorama colombiano en materia de competencia, sobre los acuerdos verticales estableció que “conforme a la normativa vigente y su aplicación, la SIC podría sancionar un acuerdo vertical restrictivo que encuadre en el artículo 47. Si bien es cierto la SIC ha reconocido que internacionalmente los acuerdos de tipo vertical se analizan de modo más favorable que los horizontales debido al impacto positivo que podrían tener sobre la competencia y el bienestar de los consumidores por la creación de eficiencias, se ha observado que también pueden generar restricciones en la competencia y vulnerar las normas”.

⁸⁰ Se refiere al supuesto contenido en el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. El supuesto prohíbe las restricciones que limitan a los productores acudir a cualquier tipo de fuente para adquirir productos, que tras someterse a un proceso de producción serán ofertados a los consumidores.

⁸¹ Corresponde al numeral segundo del artículo 47 del D. 2153. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que las condiciones de venta son las políticas que fija la empresa para la comercialización de sus productos, las cuales serán analizadas por el consumidor y posteriormente serán adquiridas. Una vez son acordadas dichas condiciones se ve afectada la oferta dirigida al consumidor, por lo que se ve afectada su capacidad de decidir, eliminando la libre competencia (VELANDIA, Mauricio, Derecho de la Competencia Y del Consumo, Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2008. Págs. 98)

7. Acuerdo de limitación de desarrollos técnicos
8. Acuerdo de ventas subordinadas⁸³
9. Acuerdo de colusión en Licitaciones
10. Acuerdo de barrera a los canales de comercialización
11. Acuerdo de afectación a las fuentes de producción

Tal y como lo ha señalado la SIC, el efecto nocivo de los carteles radica en que “el cartel permite mantener precios más altos, precios fijos, menor variedad y menor calidad de bienes y servicios, lo cual repercute en los consumidores”⁸⁴.

A pesar de las disposiciones que enumeran y describen una serie de acuerdos contrarios a la libre competencia, el espectro de las mismas no se limita a lo contenido en los artículos referidos. Por esta razón, es menester establecer que la enumeración contenida en el artículo 47 es meramente enunciativa ya que en ningún momento se está refiriendo a una lista⁸⁵

⁸² Contenido en el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la decisión sobre las cantidades a producir por parte de una empresa debe ser una determinación autónoma de acuerdo a factores como cantidad de bienes que desean introducir al mercado en un marco competitivo, atendiendo a las condiciones del mismo, su capacidad productora y el comportamiento de sus competidores.

⁸³ Corresponde al numeral 7 del artículo 47. “La prohibición se presenta cuando una empresa obliga a comprar bienes o servicios con prestaciones que no guardan relación con el negocio, lo cual aumenta el gasto del consumidor y por ende disminuye la capacidad adquisitiva de los bienes” (VELANDIA, Mauricio, Derecho de la Competencia y del Consumo, Universidad Externado De Colombia. Bogotá D.C. 2008. Págs. 112)

⁸⁴ Tomado de la página de la SIC, en el link de prácticas restrictivas de la competencia. Consultado en <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/practicas-restrictivas>, el 8 de enero de 2012.

⁸⁵ Sobre la lista incluida en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es interesante la recomendación emitida por la OCDE y el BID en el informe inter pares para Colombia de 2009 en su página 62, donde básicamente proponen que se reduzca la lista únicamente a aquellas conductas que sean manifiestamente contrarias a la competencia y respecto de las cuales no sea posible ofrecer compensación alguna por su comisión. Cualquier otra, deberá ser analizada bajo criterios de oportunidad y eficiencia. Tal y como se plantea en el informe, tener una lista tan amplia hace que sea un sistema demasiado rígido y estricto, que muchas veces irá en contra de la eficiencia económica.

taxativa, en primer lugar, porque la misma norma en su encabezado así lo indica al incluir la expresión “entre otros” y segundo, porque no es posible para el legislador prever la totalidad de formas en que podría darse un acuerdo que afecte la competencia. De no tener la posibilidad de incluir cualquier otra que afecte la competencia, debilitaría la implementación de las políticas de competencia y la defensa de la misma dentro del mercado.

Por medio de la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se sanciona todos:

"los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, 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."

De este modo, cualquier comportamiento contrario a la libre competencia que se celebre a través de un acuerdo, tal como es definido en el artículo 45 del decreto 2153 de 1992 es considerado un acuerdo, que debe recibir el mismo tratamiento que los supuestos enumerados anteriormente.

Según Mauricio Velandia, la cláusula general “fue diseñada por el legislador con el objeto de rechazar situaciones o comportamientos que alteran o limitan la libre competencia y sobre los cuales no pudo prever de manera particular su realización”.

Es a la vez,

“el reconocimiento que hace el legislador de que cuando regula un tema no alcanza a anticipar todos los casos en que el bien jurídico tutelado se encontraría vulnerado. Así que dispone unos enunciativos pero deja abierta la ventana para que sea castigada la conducta que por medio de un arreglo pueda falsear la competencia. Es una norma que permite que el juzgador aplique la ley respecto de las nuevas formas que se puedan ir presentando...”⁸⁶

Sobre los acuerdos contrarios a la libre competencia y acudiendo a lo establecido por los países pioneros en materia de Derecho de la competencia, es importante tener en cuenta lo siguiente:

1. “En Europa, los acuerdos prohibidos se encuentran contenidos en el artículo 101 del Tratado de Roma y para su materialización, se establece un requisito de independencia relacionado con el hecho de que cada agente determine su política de precios de manera autónoma e independiente.

Los factores más importantes tenidos en cuenta por la Comisión Europea en el caso *Wood pulp* (productores de pulpa de madera), para determinar la existencia de colusión, dado que no existía evidencia explícita de acuerdos para fijar precios fueron principalmente: (i) Los intercambios directos e indirectos de información y (ii) El hecho de que el mercado no era proclive a la existencia de precios paralelos. De igual forma, es importante tener en cuenta que la conducta paralela no es prueba de concertación, si la conducta de los agentes económicos puede ser explicada por cuestiones de mercado”⁸⁷.

⁸⁶ VELANDIA, Mauricio. Ibid. Págs. 87 – 88.

⁸⁷ COSSIO, pág. 41

“En el caso *Suiker Unie*, se concluye que la conducta paralela no puede ser considerada como demostrativa de concertación, a menos que la colusión sea la única explicación plausible. Lo anterior, por el derecho de los agentes de adaptarse inteligentemente a las circunstancias y la conducta de sus competidores”⁸⁸.

“En Europa, la conducta paralela no está prohibida y no genera una presunción de derecho de colusión. Sin embargo, la conducta paralela puede ser considerada suficiente prueba de colusión si la concentración es la única explicación plausible”⁸⁹

2. En Estados Unidos, la legislación antitrust se fundamenta básicamente en cuatro leyes federales: *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Comission Act* y la *Hart –Scott-Rodino Act*⁹⁰. Para efectos de la brindar otra definición de acuerdo, considerada en ese país, acudiré únicamente a la primera de ellas.

La *Sherman Act* no dio definición alguna sobre lo que constituye “restricción del comercio” o “monopolio”. La vaguedad e incertidumbre de la ley hicieron necesario que los tribunales buscaran en el *common law* una guía para interpretar esas palabras; dentro de su análisis, no es ilegal toda restricción al comercio ni todo monopolio.

⁸⁸ COSSIO, p. 43.

⁸⁹ COSSIO, p. 43

⁹⁰ WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Fondo de Cultura económica, México: 2000. Pág. 86. La descripción de dichas leyes, podrá ser encontrada en la cita anterior.

De acuerdo a la sección primera de la Sherman Act, “se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los estados o con países extranjeros”⁹¹

En Estados Unidos la decisión con la cual se hizo referencia a los elementos de la colusión es *Interstate circuit vs United States*⁹², donde se definió la acción concertada como

“...un acuerdo para la imposición de las restricciones a exhibidores no era un requisito para una conspiración ilícita. Es suficiente que, conociendo de la acción concertada estaba contemplada o invitada, los distribuidores han otorgado su adhesión al esquema y participado en el mismo...”

2.4.1 Lógica microeconómica del cartel.

Es importante hacer una breve referencia y explicación en términos económicos de la lógica del cartel, los factores que lo promueven, que lo desestimulan, los beneficios, las debilidades, con el propósito de entender por qué es nociva y por ende, por qué es castigada.

Dentro de la óptica económica existen dos extremos: el monopolio y el escenario de competencia perfecta. Ninguno de los dos es una misma realidad. La tercera es el oligopolio como estructura de mercado en la cual

⁹¹ Jorge Witker. *Ibidem*, p. 87

⁹² COSSIO, p. 44.

existen pocos oferentes de un bien o servicio y en consecuencia el ambiente de competencia no es el esperado.

Una estructura de mercado oligopólica es aquella en la que un pequeño número de empresas dominan el mercado. Es decir, la oferta de un bien o servicio, estandarizado o diferenciado, es realizada por un grupo reducido de productores u oferentes, quienes pueden ejercer un amplio control sobre los precios, dando lugar inclusive a acuerdos, convenios para alterarlos. En el caso de los oligopolios es difícil el ingreso de nuevas empresas debido al dominio que ejercen las grandes empresas que controlan el mercado⁹³.

Teniendo en cuenta las características del oligopolio, podemos concluir que es el escenario que más se presta para la formación de un cartel, en tanto los participantes del mercado son pocos y es más fácil ponerse de acuerdo y ejecutar la conducta concertada. Según Bullard, la práctica más nociva de todas, es el caso de los carteles o acuerdos entre competidores⁹⁴.

En un oligopolio no cooperativo, es decir, aquel en el que no existe cooperación y concertación entre quienes participan en el mercado, cada empresa persigue la maximización de sus propios beneficios, basándose en las conjeturas sobre las reacciones de sus rivales. Conlleva implícitamente, una disipación de rentas que supone que los beneficios sean menores a los que disfrutaría un monopolista. Dicho de otra manera, ¿por qué no ponerme de acuerdo con otro si mis beneficios e ingresos serán mayores a si no lo hago?

⁹³ ROSSETTI, J.P. (1.985). Introducción a la Economía- Enfoque Latinoamericano. Ed. HARLA,S.A. (pp. 204-205) México, D.F.

⁹⁴ BULLARD, Alfredo. Pág. 1123.

Por lo anterior, las empresas tendrán incentivos tendientes a coordinar sus acciones para aumentar su poder de mercado, y de esa manera, elevar sus beneficios colectivos e individuales. Esta coordinación implica que las empresas se encuentren mejor respecto de una solución no cooperativa, aunque sea a costa de los consumidores, pues como hemos analizado, la falta de competencia conlleva al aumento de precios y a la baja en la calidad de los bienes y servicios a comprar.

La determinación conjunta de cantidades, precios u otras condiciones de intercambio por empresas claramente independientes con el propósito de elevar sus beneficios, por encima de los competitivos, se denomina colusión⁹⁵.

El cartel puede ser expreso o tácito y ambos son igualmente sancionables, clasificación ésta que puede extraerse de los interesantes ejemplos expuestos por Francisco González de Cossio. Así mismo no requieren la existencia de posición de dominio en el mercado⁹⁶.

Los agentes económicos han interpretado que se trata de una práctica no prohibida sino fomentada por el mismo Estado, v.g. fijación de precios por las azucareras en las que intervinieron entidades del Estado⁹⁷. Hay una alteración en las nociones éticas, tanto así, que denominan la práctica como un “pacto de caballeros”⁹⁸.

⁹⁵ ORDOÑEZ DE HARO, José Manuel *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados*. Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. CONSEJERIA DE ECONOMIA Y HACIENDA. Vol I. Pág. 229

⁹⁶ Es una idea propia, extraída de los ejemplos planteados por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Oligopolio a la mexicana*. Pág. 6-10

⁹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 de 2010.

⁹⁸ La expresión fue tomada de BULLARD, Alfredo. Pág. 964.

Lo más curioso, es que el Estado mismo es víctima de lo que apoyaba, pues son frecuentes las concertaciones en las licitaciones. Lo anterior, trae como consecuencia que el Estado gaste de su presupuesto más de lo que gastaría si los postores realmente compitieran entre sí, pues los precios no son consecuencia del juego de la oferta y la demanda, sino fruto de un acuerdo cuyo propósito es maximizar beneficios.

En el fondo, el problema de la concertación lleva implícito el acuerdo de producir menos de lo que la sociedad está dispuesta a demandar (es decir, necesita)⁹⁹.

En términos económicos generales, los requisitos para la formación de un cartel identificados por la doctrina son los siguientes: (i) Barreras de entrada en el mercado relevante, que no permite la entrada de nuevos competidores que puedan restar los efectos del cartel. (ii) La producción de los miembros del cartel debe ser suficiente, para que no se vea afectada por decisiones de terceros no miembros del cartel. (iii) Acuerdo entre los miembros sobre la producción de cada uno. (iv) Facilidad para la detección de “trampas” dentro de los miembros del cartel y posibilidad para la imposición de castigos en caso de detección (v) Todo lo anterior debe hacerse sin ser detectado¹⁰⁰.

En complemento de lo anterior y aplicable para el acuerdo específico de colusión en licitaciones, la SIC en su *Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones* estableció que varios son los factores que hacen más probable la colusión entre oferentes, sin que para su existencia se exija la presencia de todos ellos: (i) Concentración en el mercado, es decir, que

⁹⁹ BULLARD, *Ibidem*. Pág. 1126.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Oligopolio a la mexicana*. Pág. 13.

existan pocos oferentes, porque entre más oferentes, menores serán las posibilidades de que se concrete un acuerdo colusorio. (ii) La existencia de barreras de entrada imposibilita la entrada de nuevos competidores. (iii) El hecho de que exista estabilidad en las condiciones del mercado, facilita la existencia de acuerdos colusorios. (iv) Productos homogéneos sin sustitutos cercanos: es más fácil coludirse cuando se sabe que existen menos opciones a las cuales acudir. (v) La existencia de consorcios y uniones temporales facilita el intercambio de información y la formación de acuerdos.

Teniendo en cuenta el objeto que persigue la colusión (maximización de utilidades), la naturaleza de la misma, la manera como se da, y las sanciones a la que se encuentra expuesta, los siguientes son algunos de los factores que podrían obstaculizar un cartel: (i) Existencia de sanciones severas (ii) Trampa por los miembros del cartel. (iii) La existencia de competencia extranjera. (iv) Dificultad para ponerse de acuerdo.

En principio, es cierta la afirmación de que el control de los carteles de precios debe ser encargado al propio mercado. Lo anterior, teniendo en cuenta la fragilidad de los mismos, que se sustenta en dos razones principales:

1. El aumento de precios genera incentivos para la entrada de nuevos competidores ajenos al cartel, siempre que no existan barreras de entrada. En ese orden de ideas, la entrada de nuevos proveedores irá poco a poco debilitando el poder del cartel, hasta terminar quebrando el acuerdo.
2. Aun si no entran nuevos competidores, existen incentivos importantes para traicionar el cartel. El cartel no puede ser ejecutado por vías legales, precisamente por ser ilícito.

Los carteles no tienen mucho futuro en el largo plazo, pueden generar pérdidas apreciables de eficiencia¹⁰¹.

El cartel no es un mecanismo para mejorar eficiencia (las empresas involucradas no se integran productivamente para alcanzar economías a escala, tampoco establecen formas de reducir costos de producción, no se toman medidas para mejorar la situación de los consumidores). Simplemente es una forma de reducir rivalidad en el mercado¹⁰²

Debe diferenciarse la acumulación de poder económico derivado del crecimiento interno de una empresa, de la que se produce como consecuencia de un acuerdo de precios. El crecimiento interno de una empresa refleja su eficiencia.

El acuerdo al privar la competencia, nos priva de los beneficios que ella genera. Las empresas no tienen incentivos para crecer, innovar, mejorar calidad, tecnología, pues su participación en el mercado es inalterable. Es una forma “cómoda” de mantenerse en el mercado.

“Prácticamente toda la doctrina y con ella la mayoría de legislaciones del mundo, expresamente o en su aplicación práctica, consideran a la concertación de precios como una práctica per se ilegal. Esto quiere decir que producida y descubierta una concertación, esta debe ser sancionada sin entrar a analizar la razonabilidad o no de la misma”¹⁰³

¹⁰¹ BULLARD, *Ibidem*. Pág. 1127

¹⁰² BULLARD, *Ibidem* Pág. 1128.

¹⁰³ *Idem*. Pág. 1129

Es difícil cuantificar el daño generado por un cartel por las dimensiones que este toma.

En 1975 Posner cuantificó que el costo de los carteles en EEUU ascendía al 3.4% del ingreso nacional. En 1978 Cowling y Myeller lo cuantificaron en 13% del ingreso bruto corporativo¹⁰⁴.

Algunos estudios demuestran que los casos individuales de colusión muestran incrementos en precios entre el 30 y el 60% y en promedio los carteles cobran un 25% más a lo largo del tiempo¹⁰⁵.

A pesar de ser la colusión atractiva para quienes compiten, también tiene una debilidad grande que radica principalmente en el hecho de que no es perdurable en el tiempo y tiende a ser incumplido por alguno de los que interviene en el acuerdo. Es muy tentador salirse del acuerdo para llegar a obtener aún más beneficios que estando dentro del cartel. La “trampa” es el talón de Aquiles de los carteles¹⁰⁶.

Se da la paradoja de que individualmente a todas les beneficia hacer "trampas", pero si todas lo hacen el resultado final para todas ellas es peor que si cumplen lo acordado. Se trata de una situación similar a la descrita por el teorema del prisionero. Dentro de la explicación microeconómica del cartel es importante tener en cuenta lo siguiente:

¹⁰⁴ COSSIO Pág. 33

¹⁰⁵ COSSIO Pág. 33

¹⁰⁶ Ver mas COSSIO, p. 20

1. La formación de un cartel es atractiva pues incrementa los beneficios, respecto de aquellos que se recibirían en un ambiente de competencia no falseado.
2. A pesar de ser atractivo cuenta con muchas debilidades, pues tiende a ser incumplido por quienes forman parte del acuerdo y a durar poco en el tiempo. Esto bajo el punto de vista individual.
3. Si el incumplimiento del acuerdo se hace por todos los que intervienen en el cartel el beneficio es mucho menor a si cooperaran.

2.4.1.1. Mercado Relevante

Las prácticas comerciales restrictivas se predicen y sólo pueden presentarse en una economía de mercado que promueva la libre competencia entre los actores que concurren al mismo. Es necesario precisar que el mercado es el escenario de la actividad económica.

Atendiendo a la utilidad y lo completo de la definición, acudiré a la definición de mercado y sus elementos, expuesta por Homero Cuevas¹⁰⁷. Cuevas lo define como “el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio”¹⁰⁸. En el mercado se relacionan vendedores y adquirentes, denominados sujetos de oferta y de demanda, respectivamente, los objetos, su precio y un territorio.

¹⁰⁷ Economista de la Universidad Externado de Colombia

¹⁰⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2008, pág. 26

Ahora bien, el mercado puede ser visto desde una serie de ópticas. En primer lugar, en la cual el mercado constituye un espacio real o figurado entre la oferta y la demanda. En segundo lugar, una óptica meramente comercial, lo identifica como el lugar donde vendedores y compradores concurren a realizar operaciones y finalmente, el mercado es un sitio donde se venden y compran mercancías, atendiendo a un criterio geográfico¹⁰⁹.

Uno de los elementos más importantes en la investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia es la determinación del mercado relevante, aspecto cuya influencia es de tal magnitud que constituye el primer paso para saber quiénes son competidores y por ende quiénes se encuentran o podrían verse afectados por las conductas desplegadas por un determinado agente económico.

Debemos partir de la base de que ni el concepto, ni la metodología para la definición del mercado relevante se encuentran regulados en el derecho colombiano, ello se debe en principio al hecho de que el concepto de mercado relevante no es un concepto jurídico sino económico, y a que en la misma literatura económica no es un término que cuente con una metodología y una doctrina pacífica.

Dada la complejidad para definir el mercado relevante por su dinamismo, debe acudirse a postulados de la microeconomía que permitan entender, a grandes rasgos, el comportamiento de las unidades económicas, cómo se interrelacionan, y forman unidades mayores, es decir, mercados e industrias. La microeconomía revela la manera de cómo funcionan las industrias y

¹⁰⁹ ÁVILA Y LUGO, José. Introducción a la Economía. Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Aragón. Ed. Plaza y Valdés S.A. México, 2004. Págs. 157 - 159

mercados,¹¹⁰ estudiando la conducta de los sujetos de oferta y demanda y como celebran operaciones de intercambio. Dentro de la microeconomía, los siguientes son los conceptos más relevantes y que se constituyen en fundamentales a la hora de realizar una investigación por cualquier práctica comercial restrictiva.

2.4.1.1.1 Demanda

Demanda indica la cantidad de un producto que el consumidor está dispuesto y puede comprar a cada uno de los posibles precios en determinado lapso.¹¹¹ En primer lugar, existe una exigencia para ser considerado parte de la demanda que trasciende al deseo de adquirir bienes o servicios, para satisfacer necesidades. En decir, se requiere tener la posibilidad económica de adquirirlo o desearlo.

Por otro lado, existen múltiples factores que inciden en las decisiones de los individuos sobre qué productos adquirir. Sin embargo, el precio es el factor determinante para la medición de la misma, al considerar como constantes los demás parámetros que pueden influir en un cambio. Por lo tanto, si el precio es el único factor que está cambiando y si el ingreso o cualquier otro parámetro diferente al precio permanecen constantes, se conocerá con certeza que la variación del precio ha sido la que ha incidido directamente sobre la variación de la demanda.¹¹²

¹¹⁰ PYNDICK, Robert, RUBINFELD, Daniel. Microeconomía, 3ª edición. Prentice Hall Internacional (UK). 1995, pág. 3

¹¹¹ NICHOLSON, Walter. Microeconomía Intermedia y sus Aplicaciones, 8ª edición. Bogotá McGraw-Hill, 2001, pág. 57

¹¹² MILLER, Roger C., Meiners, Roger E. Economía macro & micro. Microeconomía, tomo I. McGraw-Hill, Bogotá, 1994. Pág. 25

La ley de la demanda responde a la siguiente formulación: cuanto mayor sea el precio, menor será la cantidad demandada. En la medida en que el precio sea más alto, se demandará una menor cantidad de un bien o servicio, con otros factores constantes. En otras palabras, si los demás factores permanecen constantes, el precio del producto es inversamente proporcional a la cantidad demanda.¹¹³

2.4.1.1.2 Oferta

La oferta es la relación entre el precio y la cantidad ofrecida. La oferta indica qué tantos bienes el productor está dispuesto y puede ofrecer a la venta por periodo a cada uno de los precios posibles. En el mismo sentido que la demanda, esta sufre variaciones en virtud del precio. Así, a más bajo precio, menor es la cantidad ofrecida, así como a mayor precio mayor será la cantidad ofrecida.

En el desarrollo de sus funciones, la SIC en reiteradas resoluciones ha considerado la utilidad de definir el mercado relevante así: “La descripción del mercado relevante permite establecer el ámbito geográfico en el cual se realizan las conductas investigadas y los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia”¹¹⁴. De la misma forma, la SIC, siguiendo la literatura económica, ha dicho que la identificación pasa por describir tanto el mercado producto, como el mercado geográfico.

Ahora, en cuanto a la metodología propiamente dicha, la SIC sigue de cerca las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de Los Estados Unidos

¹¹³ MILLER, Roger C., Meiners, Roger E. Economía macro & micro. Microeconomía, tomo I. McGraw-Hill, Bogotá, 1994. Págs. 26 y ss

¹¹⁴ Resolución 6839 de 2010. Superintendencia de Industria y Comercio.

de América¹¹⁵ (recientemente modificadas)¹¹⁶ y las Guías de la Unión Europea, al acoger la prueba del monopolista hipotético como supuesto de análisis para determinar el mercado relevante tanto en su ámbito geográfico como producto, en este sentido, encontramos casos como el de la sanción impuesta en el año 2010 a varios ingenios azucareros por un presunto acuerdo de fijación de precios, en donde para la determinación del mercado relevante la SIC procedió a delimitar el mercado producto, el cual definió como mercado de la caña de azúcar destinado a la producción de azúcar y alcohol carburante; para dicho efecto, la entidad procedió a definir las características del producto, sus usos y otras variables que pudieran resultar de interés para el caso.

Dos de estas variables son sin lugar a dudas las relacionadas con la sustituibilidad tanto de la oferta como de la demanda, lo que en el caso concreto demostró que nos encontrábamos en un mercado donde existía un monopsonio, pues pocos compradores, en este caso, los ingenios azucareros, determinaban las condiciones del mercado, puesto que los demás compradores representaban una proporción marginal de los demandantes del producto.

Por último, vale la pena destacar que dentro de esta determinación del mercado producto, es menester tener en cuenta los segmentos que pueden haber dentro del mercado para un determinado producto; un análisis de este tipo se presentó en el caso de una investigación por abuso de posición de

¹¹⁵ Véase U.S. Department of Justice, Merger Guidelines (1982), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. 102, y U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. 104. Desde su creación, han tenido 4 modificaciones, siendo la última de ellas el 19 de agosto de 2010.

¹¹⁶ Desde su creación, las Merger Guidelines han tenido 4 modificaciones, siendo la última de ellas el 19 de agosto de 2010 (versión última que puede ser consultada en <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>)

dominio con la sociedad CADBURY ADAMS SA., en donde se determinó que la investigación debía circunscribirse al mercado de las gomas de mascar del segmento adultos, constituido por todas aquellas marcas que se destinan a esta población, excluyendo del mercado aquellas marcas que producían gomas de mascar de sabores distintos al de menta, pues se estimó que los mismos corresponden al segmento de los niños¹¹⁷.

En conclusión, como lo ha reconocido la SIC, la determinación del mercado producto, es un asunto complejo, en la medida en que los apoderados de los investigados tratarán que en dicho mercado se incluya la mayor cantidad de sustitutos, mientras que el investigador tratará de reducir dicho mercado al mínimo de productos de dicho tipo.

Por último, como lo afirman los doctrinantes Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez, debe considerarse el mercado temporal, que hace referencia al período de tiempo en el cual se analizan las características del mercado ya mencionadas. Este período es generalmente el correspondiente al año anterior a la realización de la operación de concentración empresarial¹¹⁸.

El punto de partida para todo análisis de la competencia es la definición del mercado relevante, cuyos dos elementos son el mercado de productos que deben ser considerados como integrados en él, y el mercado geográfico, o zonas que deben ser consideradas partes del mismo.

¹¹⁷ Resolución 22624 de 15 de septiembre de 2005. SIC.

¹¹⁸ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David.. *EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN COLOMBIA*. http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/2-Miranda-Londono.pdf. Consultado el 8 de enero de 2012.

2.4.2 Noción de Colusión

Según su significado natural, colusión significa pactar daño a tercero¹¹⁹. Por tal motivo, el pacto debe tener como consecuencia el desfavorecer a un tercero. En ese orden de ideas, debe entenderse que sólo son reprochables aquellos acuerdos que tengan como propósito dañar a un tercero que se encuentra dentro del mercado compitiendo e indirectamente a los consumidores a quienes finalmente se traslada el costo final del cartel. El problema está con la prueba de dicha intención, pues es complejo y debe acudir al análisis de los medios de prueba existentes, principalmente los indicios para concluir que no existía ninguna otra explicación económica que justificara el acuerdo, salvo la intención de afectar a un tercero.

Pese a que en el capítulo tercero me centraré en la descripción detallada y el tratamiento de la colusión en licitaciones en Colombia, es importante tener en cuenta que la colusión dentro de la licitación puede tomar varias formas, y perseguir diferentes propósitos, lo cual puede expresarse en los siguientes términos:

“Acuerdo que puede ser celebrado por los participantes en la licitación, así como por la misma empresa que crea el pliego para recibir ofertas, e inclusive por empresas que no participen en la licitación. Las licitaciones públicas se caracterizan por el principio de legalidad. Desde tal perspectiva, la colusión en licitaciones se presenta como una causal de nulidad que debe ser alegada dentro de la justicia contenciosa. Sin embargo, nada impide que antes de la licitación se pueda solicitar como medida cautelar dentro de un

¹¹⁹ Real Academia Española; pág. 324.

proceso de competencia la suspensión de aquella por tener serio indicios sobre la afectación de la competencia en el proceso”¹²⁰.

2.4.2.1 Tipos de colusión identificados en las licitaciones públicas

En la guía práctica para impedir la colusión en las licitaciones elaborada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se establece que las mismas presentan el ambiente propicio para el surgimiento de carteles. De igual forma se señalan las principales etapas y formas que han sido identificadas (lo cual no excluye cualquier otra forma que pueda darse), que pueden resumirse en las siguientes:

2.4.2.1.1 Durante la elaboración de los pliegos de condiciones

Se trata de una etapa vulnerable que puede prestarse para manipulaciones. Dentro de las prácticas más comunes se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes, con el fin de direccionar la adjudicación. Se tiende a implantar un precio de oferta muy bajo, garantizando así la adjudicación, para que al mismo tiempo se establezcan posibilidades dentro del contrato para restaurar su equilibrio o extender su tiempo de ejecución, entre otras conductas¹²¹.

2.4.2.1.2 Durante la presentación de ofertas

Si bien es cierto identificar la existencia de un acuerdo colusorio no es fácil, pues su característica principal es la clandestinidad con la que obran sus

¹²⁰ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la Competencia y del Consumo. Ibídem, pág. 118

¹²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Colaboración del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio y Comisión de la Unión Europea. (Pág. 11) Consúltese en: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=18361

participantes, se han podido identificar algunos esquemas de manipulación de licitaciones que suelen utilizar los proponentes. A continuación enunciaré varias de las formas de colusión identificadas para este plazo en particular:

- **Posturas encubiertas (*cover bidding*):** Se produce cuando los individuos o empresas acuerdan presentar ofertas que contienen, al menos, alguna de las siguientes características: “(1) un competidor acuerda presentar una oferta que es más elevada que la oferta del ganador previamente determinado en el acuerdo, (2) un competidor presenta una oferta que es ostensiblemente más elevada que las demás, (3) un competidor presenta una oferta con condiciones que serán claramente inaceptables para el contratante. En general, estas posturas apuntan hacia la presentación de ofertas que no tienen la posibilidad de obtener la adjudicación, ya sea por los altos precios o por no cumplir con las exigencias realizadas por la entidad”¹²².
- **Supresión de ofertas:** “En esta clase de esquemas los competidores acuerdan la abstención de uno o más competidores, o el retiro de las ofertas presentadas a fin de que la adjudicación necesariamente se le otorgue a un proponente que hace parte de la colusión”¹²³.
- **Rotación de ofertas:** “En éstas, las empresas coludidas continúan con el proceso licitatorio pero acuerdan turnos para ganar”¹²⁴ en otros procesos licitatorios u otros negocios.

¹²² Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Ibídem. (Pág. 11)

¹²³ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Ibídem. (Pág. 12)

¹²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Ibídem. (Pág. 11)

- **Asignación de mercado:** “Se produce una repartición de mercado o de zonas geográficas entre los competidores”¹²⁵. Esta forma de colusión implica que las empresas se pongan de acuerdo para presentar ofertas en determinado mercado (que va más allá del ámbito territorial) y se abstengan de hacerlo en otro. Con esto se pretende reducir la competencia en determinada licitación y/o concurso; se pretende que en virtud del acuerdo, si uno se presenta en determinada licitación el otro miembro del acuerdo se abstenga de hacerlo. Esto puede encontrar explicación en los costos de las empresas, pues las utilidades podrán incrementarse cuando se tengan facilidades y cercanía en determinado territorio.

2.4.2.1.3. Durante la ejecución del contrato

La experiencia indica que en ocasiones los proponentes, con el objeto de camuflar acuerdos colusorios durante la ejecución del contrato, acuden a múltiples técnicas, tales como la subcontratación para vincular a los demás postulantes que no fueron escogidos o la utilización de la figura de la cesión del contrato, entre otras¹²⁶.

2.5. TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.

Sobre la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas, ésta puede ser de tres tipos: administrativo, civil y ahora penal con la inclusión del nuevo tipo penal. Tal y como lo señala Mauricio Velandia, el

¹²⁵ Ídem, p. 11.

¹²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Ibídem. P. 12

juicio en materia de competencia deja de ser sólo de tipicidad (entendida ésta como la correspondencia entre el supuesto previsto en la norma y el comportamiento desplegado, lo cual conlleva necesariamente una consecuencia jurídica), para convertirse en un verdadero juicio de responsabilidad, por lo cual requiere probarse el daño, la culpa y el nexo causal¹²⁷. Pese a lo anterior, en estricto sentido no podemos hablar de responsabilidad bajo los tres elementos dentro del procedimiento administrativo sancionador, pues tal y como lo veremos en las decisiones emitidas por la Superintendencia, no se hace referencia a los elementos de la responsabilidad como tal, sino que únicamente se acude al examen de tipicidad y adecuación normativa, con el propósito de analizar la ilicitud de la conducta.

Sobre el trámite adelantado por la SIC al que se le denomina “trámite administrativo sancionador” busca proteger la libre competencia como derecho colectivo y salvaguardar las políticas y la normatividad de competencia. Como habrá de verse, dentro de este procedimiento administrativo lo que sancionará es la ilegalidad de la conducta y la violación de la ley, con multas que irán al erario público.

De otro lado, está el tema de la responsabilidad entendida como la obligación de reparar el daño, como la obligación de responder por sus actos y como la sanción jurídica de comportamientos¹²⁸. Es importante hacer claridad en el hecho que dentro de los procedimientos administrativos no es la reparación del daño lo que se persigue. La indemnización de perjuicios por quienes se consideren afectados por una conducta contraria a la libre competencia,

¹²⁷ VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2011. Pág. 38

¹²⁸ *Derecho de la Competencia y del consumo*, ibídem. p. 39

deberán acudir a otras instancias: principalmente a la jurisdicción civil, penal¹²⁹ y de lo contencioso administrativo. Para los casos de colusión en licitaciones, estamos frente a una vulneración administrativa y una civil. Luego de la sanción del nuevo Estatuto Anticorrupción, nos encontramos frente a una penal¹³⁰. Incluso, existe una vulneración de tipo constitucional, si tenemos en cuenta el hecho de que mediante acción popular puede protegerse el derecho económico a la libre competencia.

2.5.1. Estructura de la responsabilidad civil:

La responsabilidad civil está basada en la reparación del daño. Se observa el comportamiento de quien causó el daño, la diligencia y previsión que se tuvo en su ejecución, así como la antijuridicidad del mismo¹³¹.

¹²⁹ Sobre la posibilidad de lograr la indemnización de perjuicios dentro de un proceso penal, quisiera hacer mención al artículo del Código de Procedimiento Penal que regula el tema (el cual fue modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010 y cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

Lo anterior, a efectos de hacer referencia que a pesar de tratarse de un tema civil (indemnización de perjuicios, denominada en el derecho penal “reparación integral”), se adelanta ante el mismo juez penal que adelanta el caso.

¹³⁰ Sobre el particular, vale la pena tener en cuenta que Colombia junto con Brasil es uno de los países en América Latina que sanciona penalmente determinados tipos de acuerdos restrictivos de la competencia. Consultado en <http://lalibrecompetencia.com/2011/06/03/acuerdos-restrictivos-de-la-competencia-en-procesos-de-contratacion-publica-tipificados-como-delito-en-colombia/>

¹³¹ VELANDIA, ob.cit., pp. 39, 40

Para este caso, teniendo en cuenta que no existe un trámite especial, deberá seguirse lo establecido por el artículo 396 del Código de procedimiento civil en virtud del cual se ventilará y decidirá en proceso verbal¹³² todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.

También podría alegarse la nulidad de la prestación restrictiva en virtud de lo establecido por el Código Civil, pues habrá objeto ilícito en todo aquello que contravenga al Derecho público de la Nación. Cualquier persona que tenga interés en ello puede alegar nulidad absoluta. Entonces, cualquier persona puede alegar la nulidad absoluta de cláusulas en negocios cuyo contenido sea contrario al régimen de competencia¹³³

2.5.2. Estructura de responsabilidad en el Derecho Administrativo sancionador:

Se predica frente al incumplimiento de un deber contenido en el ordenamiento o del interés público. No pretende reparar el daño. El trámite administrativo no permite la vinculación de las partes para una contienda particular en la cual se debatan los perjuicios. Si se acude ante la SIC, lo único que puede pretenderse es que el denunciado sea sancionado por su comportamiento¹³⁴.

¹³² Vale la pena tener en cuenta que de acuerdo al artículo 42 de la Ley 1395 de 2010, “Las referencias al proceso ordinario y al proceso abreviado, contenidas en el Código de Procedimiento Civil, deberán entenderse hechas al proceso verbal.

¹³³ *Ibidem*, p. 73

¹³⁴ *Ididem*, p.71

Por ser una manifestación del ordenamiento punitivo, se promueve la aplicación de los principios del Derecho Penal. Así las cosas, el comportamiento debe ser típico, antijurídico y culpable.

En Colombia, para una tipicidad dentro del tema de prácticas comerciales restrictivas (PCR), se requiere que el comportamiento se adecúe de manera típica a las normas que contienen las prohibiciones de acto, acuerdo o abuso de posición dominante, contenidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, dentro de la prohibición general del artículo primero de la Ley 155 de 1959 o dentro de cualquiera de las regulaciones sectoriales que contienen tipos específicos.

La antijuridicidad envuelve el interés tutelado. El que lo dañe, significa que afecte la libertad de escogencia, la libertad de entrada, es decir, que el comportamiento prohibido trascienda afectando el interés público siendo significativo (numeral 1, artículo 2 del D. 2153/92, modificado por el párrafo del art. 6º de la Ley 1340/09, concordante con el numeral 10 del art. 4º del D. 2153/92). En la culpabilidad se mira “que tenga como efecto (culpa grave) o como objeto (intención)”¹³⁵.

A la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única en materia de competencia, le compete el fallo administrativo cuidando al mercado, en tanto que a la jurisdicción ordinaria le compete declarar el daño privado ocasionado por un comportamiento generador de perjuicios. Producto de esos comportamientos, proceden dos acciones. Primera, acción administrativa y, segunda, la pretensión de perjuicios por el daño sufrido por un comportamiento¹³⁶.

¹³⁵ VELANDIA, ob.cit., pp. 61, 62

¹³⁶ Ibidem, pp, 71 - 74

2.5.3 Responsabilidad penal

Con la expedición de la ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, a los jueces penales conforme las reglas de competencia existentes, corresponderá conocer los casos por colusión en licitaciones, sin perjuicio de la competencia de la SIC en la materia dentro del derecho administrativo sancionado. Sobre la denominación del nuevo tipo penal (“acuerdos restrictivos de la competencia”), vale la pena decir que es impreciso pues sólo incluye a uno de ellos (la colusión en licitaciones), y el título es demasiado general y pareciera abarcarlos a todos. Más adelante en el capítulo 3 y 4, me referiré con detalle al tipo penal y a la acción penal como tal.

Además de las autoridades anteriormente expuestas, los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado también son competentes para conocer de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, en cualquiera de los siguientes eventos:

- (i) Cuando se impugnen las decisiones de fondo proferidas por la SIC por colusión en licitaciones, caso en el cual vale la pena aclarar, no se pronunciarán sobre la ilegalidad de la conducta como tal, sino sobre la legalidad del acto administrativo proferido.

- (ii) Cuando se impugnen los actos administrativos proferidos en desarrollo de una licitación, cuando se crea fueron proferidos como consecuencia de una colusión. En este punto al igual que el anterior, por versar sobre actos administrativos, vale la pena aclarar que no habrá pronunciamiento específico sobre la conducta como tal, sino sobre la legalidad del acto administrativo. Pese a lo anterior, es

importante tener en cuenta que para poder examinar la legalidad de dichos actos bajo el supuesto de una colusión, necesariamente habrá que analizar la conducta.

- (iii) Cuando se demande la nulidad del contrato suscrito con ocasión de una colusión en la licitación. Tal como señalé en el numeral anterior, el pronunciamiento final hará referencia a la validez del contrato, más no a la conducta como tal.

Más adelante analizaremos la procedencia, viabilidad y efectos de dichas acciones.

Es importante tener en cuenta que ninguno de los procesos existentes es excluyente, por lo que nada impide que puedan darse de manera simultánea. Pese a lo anterior, existe la posibilidad de pedir la suspensión del proceso ordinario, hasta tanto se profiera acto administrativo, cuando la sentencia del primero dependa de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo.

3. LA COLUSIÓN EN LICITACIONES PÚBLICAS

Luego de haber hecho una referencia a la regulación general en materia de competencia, al derecho a la libre competencia y de haber acudido a la definición de las nociones básicas a tener en cuenta para entender los carteles en general, en la presente sección analizaremos el acuerdo específico denominado colusión en licitaciones. Principalmente, dentro del panorama colombiano y de acuerdo a las decisiones existentes en la materia, sin perjuicio de algunas referencias que haré a casos extranjeros.

En primer lugar, haré referencia a la conducta contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 y a los supuestos de hecho allí contenidos y casos fallados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la materia. Lo anterior, con el propósito de extraer algunas conclusiones y argumentos utilizados en dichas decisiones y enunciar algunos puntos que podrían ser tenidos como doctrina probable en la materia.

De igual forma, me referiré al nuevo tipo penal introducido por el Estatuto anticorrupción y a los elementos que lo constituyen. Finalmente, traeré a colación el caso chileno del oxígeno en materia de colusión, a efectos de poner en consideración los argumentos allí contenidos, relacionados principalmente con los medios de prueba tenidos en cuenta para el análisis de la ilicitud de la conducta, teniendo en cuenta la complejidad probatoria de un acuerdo colusorio.

3.1 SUPUESTOS DE HECHO DE LA COLUSIÓN EN LICITACIONES – NUMERAL 9 DEL ARTÍCULO 47 (DECRETO 2153 DE 1992)

Teniendo en cuenta que el presente trabajo se centra en una conducta específica, la contenida en el numeral 9 relativa a colusión en licitaciones, a continuación haré referencia a los supuestos de la norma con el propósito de entender las circunstancias en que se considera materializada. En primer lugar, analizaré los términos utilizados en el supuesto, en cuanto su significado natural y posterior a ello, me referiré a las consideraciones de la SIC en la materia, a efectos de tener claro los escenarios en que dicha conducta ha sido analizada.

La conducta específica de colusión en licitaciones, se encuentra contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. A efectos de hacer el análisis correspondiente, los siguientes son los términos de la norma:

“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”

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153/92 establece que son sancionables todos aquellos acuerdos que tengan *por objeto* la colusión en

las licitaciones¹³⁷ o concursos o los que tengan *como efecto*¹³⁸ la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. De lo anterior podemos decir entonces que se castiga tanto la intención como el resultado.

La norma en cuestión busca evitar que los proponentes dentro de una licitación o concurso (pública o privada ya que la norma no hace la distinción), se pongan de acuerdo para restringir la competencia. Lo anterior, con el propósito de garantizar la transparencia y efectividad de los mencionados procesos de selección. Lo que se busca es la existencia de una pluralidad de ofertas a efectos de promover la libertad de escogencia y la calidad en la misma.

Tal y como lo establece el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, los siguientes son los principios a tener en cuenta en las actuaciones contractuales de las

137 Sobre las licitaciones, la Corte Constitucional se pronuncia en los siguientes términos (Sentencia C-415 de 1994, MP:Eduardo Cifuentes Muñoz)

“A través de la licitación y el concurso, se instituye por la ley un procedimiento contractual, que se orienta, de una parte, a obtener para la entidad pública la selección objetiva del respectivo contratista que gracias a la competencia que se suscita entre los licitantes ofrezca las condiciones más favorables y provechosas para el interés público y, de otra, a asegurar la igualdad de oportunidades entre los particulares para contratar con el Estado.

No puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga las oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia. Para el efecto es de rigor que se mantenga el secreto de las propuestas hasta el momento en que se abra la urna. Igualmente, para este propósito, se precisa, que entre los participantes, estimulados por la sana confrontación, se imponga la vigilancia recíproca de modo que se denuncie todo tipo de vicios e incorrecciones que se observe en el proceso.

La puja entre los licitantes requiere que el sigilo y la autonomía de cada uno de ellos se mantengan.

138 El efecto de una conducta, conforme lo ha entendido la SIC “constituye el resultado que un comportamiento determinado ocasiona o produce sobre el mercado” (Resolución No. 44341 de 2001)

entidades estatales, dentro de las cuales se encuentran los procesos de selección y la licitación pública en particular:

“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”

Conforme lo establecido por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los casos expresamente señalados, en los que se podrá contratar directamente.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el propósito de la norma en los términos en que se encuentra, es proteger la competencia en el desarrollo de una de las modalidades de selección del Estado para la contratación de bienes y servicios y la que se aplica de manera general. De lo que se trata, es de asegurar el cumplimiento de los principios que rigen dicho procedimiento e intentar promover el mayor grado de competencia para llegar al mejor resultado posible: la escogencia de la mejor alternativa.

Antes del Decreto 2153 de 1992 y de la enumeración meramente enunciativa de los posibles acuerdos restrictivos de la competencia, en la normatividad existía y aún existe la “cláusula general”, contenida dentro de la Ley 155 de 1959, y dentro de ella pueden ajustarse todos los supuestos que no hayan

sido señalados de manera expresa, pero que impliquen una afectación de los bienes jurídicos tutelados.

Así las cosas, frente a la existencia de un acuerdo por colusión en licitaciones, además de contravenir lo contenido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se está infringiendo lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155.

Tal y como se enuncia en el informe inter pares para Colombia elaborado por la OCDE y el BID luego de analizar el caso colombiano, a partir del 2010 se incrementan en forma considerable las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas en general, incluida la colusión en licitaciones. En cambio, de acuerdo a datos suministrados por la Superintendencia de Industria y Comercio, entre el 2001 y a la fecha, sólo 18 casos han sido resueltos y sancionados únicamente tres. Adicional a ello, a la fecha se encuentran 7 en trámite.

3.1.1 Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)

Antes de analizar los elementos para la configuración del acuerdo, es importante tener en cuenta el contenido de la primera parte de la norma, que establece que para el cumplimiento de las funciones a las que se refiere el artículo 44, se considerará como acuerdo contrario a la competencia la colusión en licitaciones.

El artículo 44 del Decreto 2153 de 1992 establece que la SIC continuará ejerciendo las funciones requeridas para la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

De lo anterior se deriva la competencia con la que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, para conocer de las investigaciones administrativas por colusión en licitaciones. Lo anterior, ratificado por la competencia general otorgada por el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

Es un tema que traigo a colación pues, además de estar contenido en la norma, es analizado en cada una de las resoluciones de la SIC por medio de la cual se han impuesto sanciones, a efectos de verificar la competencia de la mencionada entidad respecto del examen de ilicitud de conductas contrarias a la libre competencia.

3.1.2 Existencia de un acuerdo

Conforme a lo establecido por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, las formas previstas por el legislador para la existencia de un acuerdo son: contrato, convenio, concertación, práctica concertada y práctica conscientemente paralela. Mauricio Velandia las denomina “vehículos conductores”¹³⁹. Acudí a esta referencia pues considero adecuada la manera de llamarlos, en tanto hacen alusión a la manera como se conduce de una mera intención a la materialización de sus efectos. Siempre para producir un efecto o materializar una conducta, se requiere de un “vehículo” o medio para conseguirlo, sea que se consigan sus resultados o no, pues como veremos, no es necesaria la producción de uno para que el acuerdo colusorio sea castigado.

En este caso, los medios que el legislador previó para hacer referencia a la existencia de un acuerdo en general, son aquellos que se enuncian dentro

¹³⁹ Cfr. Mauricio Velandia, ob.cit., pp. 113 a 122.

del artículo 45. Teniendo en cuenta que la colusión en licitaciones se encuentra dentro del listado de acuerdos, le son también aplicables estas formas para su materialización.

Para la configuración de un acuerdo se requiere de la participación de “dos o más empresas”, por lo cual, los acuerdos no tienen cabida cuando se trata de empresas que se encuentran sujetas al dominio de un solo agente.

El concepto de empresa que aparece contenido en las normas de competencia, hace referencia a la noción del Código de Comercio, es decir, a agentes económicos que conforman por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios¹⁴⁰.

En conclusión, para establecer si una conducta encuadra dentro de la hipótesis de acuerdo, debe previamente contarse con la presencia de dos o más voluntades, entendidas estas como empresas independientes¹⁴¹. Contrario a lo anterior, no habrá ilegalidad del acuerdo cuando las empresas se encuentren bajo un mismo mando o voluntad única, pues en ese caso no se entenderá que son competidoras. La SIC se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos (aclarando que se trata no de un caso de acuerdos anticompetitivos, sino de una Resolución de integraciones empresariales): “no aplica cuando entre las empresas respectivas no existe competencia económica, ni cuando están expuestas a un direccionamiento común”¹⁴².

¹⁴⁰ Mauricio Velandia, *Ibíd.*

¹⁴¹ Velandia, *ob.cit.*, p. 123.

¹⁴² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31965 de 2003.

Dentro de dicha resolución, la SIC concluye que las empresas investigadas constituían una misma unidad económica, bajo un direccionamiento común, razón por la cual no hubo lugar a la apertura de la investigación por infracción a las normas de competencia¹⁴³ Así las cosas, la misma consideración aplica para los acuerdos anticompetitivos, en el sentido de que éstos no se predicán respecto de agentes que formen parte de una misma unidad económica.

3.1.3 “Por objeto” o “Como efecto”.

Es importante tener en cuenta que las conductas de cartelización pueden ser castigadas “por objeto” o “por efecto”. Esto, con el propósito de tener presente que si un acuerdo restringe la competencia “por objeto”, no será necesario demostrar que es restrictivo “por su efecto” y viceversa. En desarrollo de lo anterior, vale la pena mencionar que bajo este elemento se concluye que la conducta restrictiva contenida en ese numeral se reprime tanto por la intención de las empresas en su realización como por el resultado de la misma. Además, que los supuestos son alternativos (“o”) y no complementarios e incluyentes, qué sucedería en el supuesto que se requiriera para la materialización de la conducta que concurrieran los dos supuestos.

Para el primer caso, al igual que en la tentativa, se requiere la iniciación de actos idóneos e inequívocos dirigidos a la consumación del cartel. Además, debe analizarse si en el supuesto de que se hubiera realizado, se hubiera puesto en riesgo o se hubiera afectado el bien jurídico tutelado (elemento de

¹⁴³ Superintendencia de Industria y comercio, Resolución No. 31965 de 2003.

significatividad¹⁴⁴), ya que mal podría sancionarse la tentativa de un comportamiento o que si se hubiera realizado, no hubiese sido ilegal¹⁴⁵. “Por objeto, tal y como lo ha entendido la Superintendencia de Industria y Comercio, “debe entenderse la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que sea necesario que se produzca el daño esperado”¹⁴⁶

“El efecto” debe entenderse como el resultado que se ocasiona o se produce sobre el mercado como consecuencia directa de la realización de una conducta, con independencia de si el agente persiguió o no ese resultado específico”¹⁴⁷

Al decir “que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos”¹⁴⁸, se limita únicamente a éstos dos dejando por fuera cualquier otro tipo de proceso de contratación del Estado (selección abreviada y contratación directa). Con esto podemos concluir que los contratos de menor cuantía y otros con ciertas características del objeto, no estarían sujetos a la aplicación de esta norma, así como aquellos casos en que el Estado contrata directamente. Aunque no entraré a profundizar sobre el tema, quisiera dejar

¹⁴⁴ Ver más: artículo 3 Ley 1340 de 2009 según el cual se dará trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Conforme a lo establecido en el párrafo de este artículo, estos serán los principios a tener en cuenta al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.125

¹⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 24227 de 2004 “Por medio de la cual se archiva una investigación” Pág. 9

¹⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 24227 de 2004 “Por medio de la cual se archiva una investigación” Pág. 11

¹⁴⁸ Es importante poner de presente el hecho de que la redacción de la norma no se refiere específicamente a licitaciones o concursos “públicos”, por lo cual podemos concluir que nada excluye que se aplique sobre licitaciones o concursos privados.

sobre la mesa las siguientes inquietudes ¿Qué pasa en estos casos cuando se contrata como consecuencia de un acuerdo colusorio? ¿Podría eventualmente iniciarse investigación por violación de la cláusula general de competencia o por cualquiera de las prohibiciones sobre acuerdos anticompetitivos contenidas en el artículo 47? De manera preliminar diría que sí, pero habría que estudiar su viabilidad.

“Que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas” trae consigo 3 supuestos: (i) Que con el acuerdo se distribuya la adjudicación de un contrato, (ii) Que con el acuerdo se distribuya un concurso y, (iii) Que con el acuerdo se fijen los términos de las propuestas. Con esta limitación, podemos entonces concluir que en los casos en que los acuerdos entre oferentes en una licitación no tengan esos propósitos, no son contrarios a la competencia ni sancionables. Los supuestos anteriormente enunciados no son copulativos¹⁴⁹, es decir, no se requiere de la concurrencia de los tres para que la conducta sea ilegal y por ende, sancionable; basta con que se pruebe uno de ellos para que el acuerdo sea ilegal.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta uno de los puntos analizados en el caso ANDEVIP, en tanto se estableció que “para imponer una sanción no es necesario para la entidad demostrar que la conducta investigada produzca un efecto anticompetitivo en el mercado o un daño específico”¹⁵⁰. Los elementos contenidos en la norma no exigen la causación

¹⁴⁹ Entendiendo “copulativo” como el adjetivo que ata, liga y junta una cosa con otra, conforme al significado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=copulativo el 8 de enero de 2012.

¹⁵⁰ Ver más en entrada realizada para el Blog de Derecho de la Competencia por Juan David Gutiérrez. Ver en <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/05/el-caso-andevip-primera-entrega/>

de un daño para que se adelante la investigación y eventualmente se sancione. Pese a lo anterior, el legislador previó las dos situaciones: tanto la intención de causar un daño, como la causación del daño mismo¹⁵¹. Dicho lo anterior y tal como lo expuso el Consejo de Estado al decidir en última instancia sobre este caso¹⁵², para la aplicación de las normas de competencia no se acude al esquema de responsabilidad objetiva, por lo cual se concluye que la Superintendencia no lo ha realizado de esa manera.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado no se pronuncia sobre la diferencia entre “por objeto” y “por efecto”, inspirada en la normatividad de la Unión Europea (artículo 101 del Tratado de la Unión Europea –antes artículo 81)¹⁵³- que radica básicamente en el hecho de que en el primero de los casos, no es

¹⁵¹ “Son igualmente ilegales tanto los acuerdos que tienen “por objeto” fijar precios como aquellos que tienen “como efecto” la fijación de precios. Dicho de otra forma, es igualmente reprochable aquel acuerdo que tiene por objeto la fijación de precios pero no produce el efecto (de fijar el precio en el mercado) como el acuerdo que sin tener dicho objeto sí genera el efecto de la fijación del precio en el mercado”. “Así, merece rechazo, tanto el acuerdo que está orientado a la fijación de un precio –objeto- aunque no produzca una afectación final sobre el mercado, como él (sic) que sin tener por objeto su determinación artificial, termina generando ese resultado en el mercado –el efecto-. (...) para el caso específico resultó suficiente demostrar que verdaderamente tuvo lugar un acuerdo bajo tales lineamientos y con el objeto señalado, para determinar la violación a las normas sobre competencia, ya que como señalamos anteriormente, para que se configure la violación no es menester que el acuerdo de precios haya producido un efecto nocivo sobre el mercado, pues la simple existencia del acuerdo ya es en sí restrictiva. No obstante, el efecto adverso al mercado que pueda ocasionar la conducta, constituirá un *agravante al momento de imponer la sanción.*” Ver más en entrada realizada para el Blog de Derecho de la Competencia por Juan David Gutiérrez. Ver en <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/05/el-caso-andevip-primera-entrega/>

¹⁵² Con sentencia del Consejo de Estado del 28 de enero de 2010, MP: María Claudia Rojas Lasso. (Luego de 8 años de impuesta la sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio)

¹⁵³ “Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE) 1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan **por objeto o efecto** impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...)” Tomado de “Tercera entrega” sobre el caso Andevip realizada por Juan David Gutiérrez. Ver en <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/17/el-caso-andevip-tercera-entrega/>

necesario demostrar la existencia de efectos reales de restricción en el mercado y que la restricción de la competencia por objeto tiene que ver con aquellas conductas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringirla. Se trata de una presunción creada por la ley, como consecuencia de la experiencia en la que se ha demostrado que ciertas prácticas traen consigo una serie de efectos que afectan la competencia.

Cuando no es por su objeto que determinada conducta afecta la competencia, debe procederse al análisis de los efectos restrictivos de la conducta, tanto los reales como los potenciales. Tiene que ver con la probabilidad de presencia de efectos en el mercado, pese al hecho de que el legislador no establece una presunción previamente sobre los mismos¹⁵⁴.

Para que pueda sancionarse un acuerdo que tenga por objeto, se requiere no sólo que tenga la intención de causar una distorsión en el mercado, sino que también que esa distorsión sea significativa. Es decir, que de haberse consumado hubiera afectado el mercado y, por ende, sea considerado como ilegal.

Por objeto se entiende “propósito o intención”. De esta manera, la intención en la realización de una conducta restrictiva genera dolo, el cual a su vez genera responsabilidad. Entonces por objeto se castiga la tentativa y la intención¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Acerca de la comparación y la explicación de la diferencia entre las conductas “por objeto” y “como efecto, ver más en la “Tercera entrega” sobre el caso Andevip realizada por Juan David Gutiérrez. Ver en <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/17/el-caso-andevip-tercera-entrega/>

¹⁵⁵ *Ibíd*em, p.126

“Por efecto” se entiende el resultado de una acción independientemente de la intención, es decir, culpa grave por falta de previsión. Se califica una conducta como acuerdo cuando el resultado de la misma se presenta en el mercado relevante, independientemente de la intención de los ejecutores. Se castiga la falta de diligencia en la previsión del resultado. Son comerciantes y por ende, profesionales, por lo cual, tienen un deber de cuidado y vigilancia superior¹⁵⁶. Es importante tener en cuenta que la aplicación de las normas de competencia va más allá de los comerciantes, le es aplicable incluso a los que no lo son, pese a lo cual, es importante tener en cuenta que quien realiza una actividad económica conoce de las buenas prácticas y por ende, podría ser medianamente razonable que algunas conductas sean contrarias a la libre competencia, reprochadas y por ende, sancionadas.

3.1.4 Formas de colusión contempladas por la norma

Dentro de los supuestos contenidos en la norma, existen varios escenarios en los que se considera se puede dar la colusión: (i) Los que tengan por objeto la colusión en licitaciones (ii) Los que tengan por objeto la colusión en concursos (iii) Los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos¹⁵⁷ (iv) Los que tengan como efecto la distribución de

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 126, 127

¹⁵⁷ Sobre esta forma, la SIC mediante Resolución No. 44341 se pronunció en los siguientes términos:

“En este punto, las maniobras adelantadas por los intervinientes en el proceso de contratación, dan lugar a la adjudicación de un contrato por parte del ente administrativo a un sujeto previamente definido. El acuerdo entre los participantes tiene como efecto la fijación de las condiciones en que se presentarán las respectivas propuestas, en cuanto a la clase de producto a ofrecer, el valor del mismo y cualquier otro aspecto que resulte determinante para su escogencia, con la finalidad de que le sea adjudicado a uno de ellos”

concursos¹⁵⁸ (v) Los que tengan como efecto la fijación de términos de las propuestas.

Sobre esta última forma de colusión contemplada en la norma, la SIC ha entendido que con ella pretende evitarse que el pliego de condiciones, “se dirija de manera amañada a favorecer a un aspirante específico, es decir, que su elaboración se efectúe de tal forma que busque asegurar la adjudicación de la licitación o concurso a una persona predefinida, con quien de antemano se ha llegado a un tipo de acuerdo” (SIC, Resolución No. 44341 de 2001).

De la forma en la que se encuentra redactado este supuesto y de acuerdo a lo que ha entendido la SIC, considero podría prestarse para confusiones, dado que la interpretación de la SIC no corresponde a los términos contenidos en la norma. La Superintendencia se refiere al acuerdo por medio del cual se fijan los términos de los pliegos, los cuales estarán direccionados a favor de un proponente específico. Cosa diferente es lo que dice en la norma “que tengan como efecto la fijación de los términos de las propuestas”. Mientras la SIC se refiere a los pliegos de condiciones como el documento esencial de la etapa precontractual y de hecho los define, los términos empleados por la norma se refieren a las propuestas. Sobre el particular, la SIC se pronunció en los siguientes términos:

¹⁵⁸ Sobre esta forma, la SIC mediante Resolución No. 44341 se pronunció en los siguientes términos:

“La conducta de los concursantes estaría orientada a que a uno o a varios de ellos la Administración les adjudique el correspondiente concurso, lo que puede generar fallas en la actividad de selección, no permitiendo que se elija al concursante que ofrezca la mayor experiencia y calidad en el servicio que se pretende contratar, impidiendo con ello que los demás participantes del procesos de selección puedan concurrir dentro de un marco propicio de igualdad y libre competencia”.

“Lo que reprocha y sanciona la norma referida es que exista un acuerdo entre funcionarios de la administración y particulares y, que como resultado de éste sean fijados los términos de las propuestas con un ánimo de favorecimiento particular que no corresponda a los intereses del Estado. De tal manera que, la configuración del efecto que se analiza presupone la participación de funcionarios de la administración que tengan a su cargo definir las condiciones y términos con que habrán de convocar a los particulares para que presenten sus correspondientes ofertas”.

Aunque no es un tema que desarrollaré en el presente trabajo, considero no es claro el supuesto y podría prestarse para confusiones, por las consideraciones expuestas anteriormente.

De lo anterior podemos decir que se considera ilegal cualquiera de los supuestos anteriormente enunciados y que no se requiere de su concurrencia para que se configure la conducta. Pese a lo anterior y tal y como lo veremos en las consideraciones de la SIC, en Colombia el sistema de responsabilidad para el tema de prácticas comerciales restrictivas no es objetivo, y de alguna manera, se requiere en análisis del propósito del acuerdo, con el propósito de verificar si se trata de alguno de los contenidos en la norma.

Teniendo en cuenta que la conducta específica objeto del presente trabajo tiene dentro de su supuesto un elemento normativo denominado “licitación pública”, es importante entender de qué se trata y el procedimiento que lo regula.

3.1.4.1. La licitación pública

Teniendo en cuenta que el concepto de licitación forma parte del supuesto de hecho de la norma, y teniendo en cuenta que para efectos del presente trabajo me centré en la colusión en licitaciones públicas, reiterando que la norma no excluye a las privadas¹⁵⁹, a continuación haré una breve referencia al concepto y naturaleza de la licitación pública como mecanismo de selección para la contratación estatal.

La licitación pública es la regla general para la selección del contratista y la contratación directa la excepción; el artículo 24, numeral 1 así expresamente lo señaló en los siguientes términos: “la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de la licitación o concurso públicos”, salvo en los casos indicados en la misma norma en que se podrá contratar directamente y en el artículo 30 ibídem se establece el procedimiento, con precisión de las reglas y etapas que lo rigen, las cuales son de estricto cumplimiento en tanto constituyen normas de orden público.”

La Ley 80 define en el artículo 30 la licitación pública como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable.

“Dicho de otro modo, la licitación es un procedimiento reglado a través del cual se hace una invitación pública por parte de la Administración

¹⁵⁹ Pese a que en la norma no se especifica si el supuesto hace referencia a licitaciones públicas o privadas, considero importante mencionar que dentro de varias de las Resoluciones de la SIC, se hizo referencia dentro de sus consideraciones al concepto de licitación pública como supuesto de la norma para la configuración de la conducta. (Ver Resoluciones No. 44341 de 2001 y Resolución No. 21822 de 2004)

para que los posibles interesados en contratar con ella presenten sus propuestas, de las cuales, previo el cumplimiento de las etapas que lo conforman, se elige la más favorable para los fines de la contratación, con sujeción a unas bases y condiciones establecidas por la entidad pública licitante”¹⁶⁰.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el concepto de licitación y su alcance; en providencia de 2001, estableció que la licitación es:

“un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, según Enrique Sayagués Laso. Por su parte, Marienhoff precisa que la razón de ser de la licitación pública debe analizarse desde dos aspectos: con relación al Estado y con relación a los administrados. En cuanto al primero, explica, "la 'ratio iuris' no es otra que conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al 'cumplimiento' del contrato (calidad de la prestación, ya se trate de entrega de cosas o de la realización de servicios o trabajos; ejecución del contrato en el tiempo estipulado; etc) y, por otro lado, lograr todo eso en las mejores condiciones económicas." Y en relación con los administrados afirma:

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007). Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-.

"con el procedimiento de la licitación también se busca una garantía para los particulares o administrados honestos que desean contratar con el Estado. En este orden de ideas la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de ésta favoritismos en beneficio de unos y en perjuicio de otros; tratase de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos."

En la misma sentencia, establece que son elementos fundamentales del proceso licitatorio: la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones.

"La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar. (...) La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración. Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes"¹⁶¹

¹⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037)

Dicho lo anterior, es importante tener en cuenta que “los procesos de contratación del Estado están sujetos a las reglas que prohíben conductas contrarias a la libre competencia. Por consiguiente, cualquier acuerdo entre licitantes de un mismo proceso de contratación, tendiente a distorsionar en forma artificial la escogencia del Estado, constituye una práctica comercial restrictiva, sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan llegar a derivarse de ese comportamiento”¹⁶²

3.1.5 Importancia de la competencia efectiva en las licitaciones

Sobre el desarrollo de las licitaciones, es importante poner de presente que deben desarrollarse conforme a los principios establecidos y su fin último es el de asegurar la mejor asignación posible de los recursos públicos destinados a la contratación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la afectación de la competencia trae consecuencias negativas no sólo a los demás oferentes, sino a la sociedad en general.

“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

¹⁶² RUBIO ESCOBAR, Jairo. Derecho de los Mercados. Superintendencia de Industria y Comercio, Legis editores S.A., Bogotá D.C. Pág. 37

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”¹⁶³.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. Se trata de una de las formas de contratación del Estado y constituye la regla general.
2. Es un procedimiento reglado con una serie de etapas y plazos y se encuentra regida por los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, lo que indica que es un claro escenario propicio para el desarrollo de competencia.
3. La presencia de prácticas anticompetitivas en desarrollo de la licitación, específicamente la colusión, afecta no sólo los intereses de los demás competidores sino también al mercado mismo al incrementar los precios de los bienes o servicios a contratar, generando así mismo, mayor gasto público.
4. Su propósito, es el de buscar la propuesta más beneficiosa para la entidad, lo cual se traduce en mayor eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado.

¹⁶³ Superintendencia de Industria y Comercio. *Combatir la colusión en las Licitaciones. Guía Práctica*. Colaboración del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio y Comisión de la Unión Europea. Consúltense en: http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=18361

3.1.6 Casos investigados por la SIC

A continuación haré referencia a varios de los casos investigados y fallados por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de analizar los argumentos con base en los cuales fueron tomadas las decisiones, los principales casos en que se ha fallado, las razones por las cuales se ha archivado la mayoría, las pruebas que han sido aportadas al proceso y la doctrina probable que puede sentarse en la materia a la fecha.

3.1.6.1 Caso Intersystem

Uno de los casos más relevantes de la SIC por colusión en licitaciones, además de ser el segundo en concluir en sanción, es el caso Intersystem, resuelto mediante la Resolución 1055 de 19 de enero de 2009.

Los hechos más relevantes son los siguientes:

- Mediante resolución número 019804 de Junio 18 de 2008, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrió investigación para determinar si los señores Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz y la sociedad Intersystem Ltda. infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, para establecer si el señor Leonardo Gómez Luengas, en su condición de representante legal de la sociedad Intersystem Ltda, autorizó, ejecutó o toleró la conducta por la cual se le abrió investigación a la sociedad que representa.

- Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, elaboró el informe motivado que presentó el resultado de la investigación, recomendando sancionar a los investigados.

De lo anterior se deriva lo siguiente: las investigaciones por PCR en la SIC analizan de un lado la conducta de las empresas y de otro la de los representantes y aquellas personas que autoricen, ejecuten o toleren¹⁶⁴ la conducta por la cual se abre la investigación (en este caso colusión en licitaciones). Las multas se imponen tanto a la empresa, como a la persona natural que encuadre en cualquiera de las conductas anteriormente enunciadas.

Luego, se realiza una “adecuación normativa” en los siguientes términos:

- Norma presuntamente infringida.
- Acuerdo. Definición de acuerdo. Supone un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades en una actuación coordinada.
- Colusión. Definición de colusión.

Será colusorio el acuerdo entre competidores cuando, con la intención de obtener un resultado favorable en uno o varios procesos contractuales, se convenga con anticipación las condiciones en que van a actuar cada uno de

¹⁶⁴ Sobre los conceptos de las conductas para las personas naturales. Ver la Resolución No. 21822 de 1 de septiembre de 2004 “por la cual se impone una sanción”. Caso en contrato de Información Tecnológica Ltda., Consorcio Computadores-2002-RT Colomboitalica de inversiones Ltda. P, 6.

ellos con el objeto de abstenerse de competir o de excluir a otros competidores potenciales¹⁶⁵.

Sobre los elementos a tener en cuenta al momento de analizar el acuerdo, tenemos los siguientes:

1. Debe existir un acuerdo.
2. Dentro del análisis de la SIC, se acude al análisis del elemento volitivo y a la demostración de la mala intención en la formación del acuerdo. La intención de perjudicar a un tercero dentro de la licitación y de distribuirse las adjudicaciones. Tal y como se desprende del análisis de la resolución por la cual se impone la sanción, pareciera que se requiere de la concurrencia de los dos elementos: es decir, por objeto la colusión en licitaciones y como efecto la distribución de las adjudicaciones. De acuerdo a la explicación anteriormente dada sobre los supuestos de la norma, y según el análisis realizado por la SIC, pareciera que en vez de ser excluyentes mediante el uso de la conjunción “o”, se tratara de supuestos complementarios.
3. Bienes jurídicos que se ven vulnerados: el derecho colectivo a la libre competencia y el patrimonio público. Yo hablaría de un tercero: los derechos de los consumidores, quienes finalmente se ven afectados con la no prestación o prestación ineficiente del bien o servicio público.

¹⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 1055 de 19 de enero de 2009.

3.1.6.1.1 Hechos investigados

La labor de investigación adelantada estuvo orientada a determinar si la persona jurídica y las personas naturales investigadas, previo acuerdo, ejecutaron conductas que hubiesen tenido como objeto lo siguiente:

- a. Aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de los contratos para sistematización de notas mediante la inscripción en las convocatorias y, en caso de ser elegido uno de ellos como hábil para proponer, los demás investigados, también elegidos, se abstenían de presentar la respectiva propuesta.
- b. Disminuir la posibilidad de los participantes inscritos en los procesos de contratación, de ser seleccionados para presentar sus propuestas.

Dentro del análisis de las resoluciones, es igualmente importante tener en cuenta el marco jurídico de contratación aplicable. Así las cosas, debe verificarse el marco regulatorio existente, con el propósito de establecer si existe alguna reglamentación especial.

3.1.6.1.2 Conclusión

“Ha quedado demostrado que entre la sociedad INTERSYSTEM LTDA. el señor ALEJO BUITRAGO CAMARGO y el señor GERMÁN VEGA CRUZ, existió un acuerdo colusorio en los contratos para la prestación de servicios de sistematización y elaboración de boletines de rendimiento escolar, vigencia 2006, convocados por algunas instituciones educativas distritales, consistente en:

a. Aumentar la posibilidad de obtener la adjudicación de contratos mediante la inscripción en las convocatorias, y, en caso de ser elegido uno de ellos como hábil para proponer, los demás investigados, también elegidos, se abstenían de presentar la respectiva propuesta, y,

b. Disminuir la posibilidad de los participantes inscritos en los procesos de contratación, de ser seleccionados para presentar sus propuestas.

Resulta necesario indicar, que el hecho de que el mecanismo colusorio adoptado por los investigados, no fuera especialmente eficaz para obtener la adjudicación de los contratos, pues, como se ha examinado a lo largo de la presente resolución, el acuerdo conllevaba a aumentar la probabilidad de obtener un contrato, ello no permite prescindir del reproche, mucho menos cuando los investigados declararon expresamente el objeto perseguido, cuál era el de coludir en los procesos de contratación en los que participaron, absteniéndose de competir entre ellos en la instancia previa a la evaluación de las propuestas con el compromiso de subcontratar posteriormente entre ellos, haciendo que en realidad la multiplicidad aparente de intereses expresada en la postulación ante las respectivas entidades desapareciera al momento de ser beneficiados con el sorteo dos o tres de ellos”.

3.1.6.1.3 Sanción

“En el caso concreto, por cuanto el monto de los contratos para la sistematización de notas en algunas instituciones educativas Distritales, no superaban los veinte (20) SMLV, este despacho

considera fundado imponer a la sociedad INTERSYSTEM LTDA, una sanción equivalente 5 SMLMV, esto es, dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil quinientos pesos (\$2'484.500); a los señores Alejo Buitrago Camargo y Germán Vega Cruz una sanción equivalente a 2 SMLMV, esto es, la suma de novecientos noventa y tres mil ochocientos pesos (\$993.800), a cada uno y, al representante legal de la sociedad INTERSYSTEM LTDA, señor Leonardo Gómez Luengas, una sanción equivalente a 1 SMLMV, esto es, la suma de cuatrocientos noventa y seis mil novecientos pesos (\$496.900)".

Me referí a la estructura de la resolución de Intersystem con el propósito de advertir las consideraciones que tiene en cuenta la Superintendencia y en las que se basa para determinar la procedencia o no de sanción por colusión en licitaciones.

Frente al tema de la sanción, vale la pena advertir que para el presente caso a pesar de que la SIC pudo haber impuesto la máxima sanción que en su momento ascendía a los 2.000 SMLMV, no lo hizo, sino que graduó la pena conforme al valor del contrato. Esto se traduce en pérdida de efecto disuasorio de las penas. En la actualidad, el monto de la sanción administrativa fue ampliada mediante la Ley 1340, pues fue irrisoria en la mencionada resolución. En el capítulo 4 haré referencia a la última sanción impuesta por la Superintendencia por colusión en licitaciones, en la cual el valor de la multa es bien significativo. Esperamos que con ello el efecto disuasorio de la norma y de la pena empiece a implementarse y se vean sus efectos.

En la actualidad, las sanciones por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión en

acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones, consistirán en la imposición de multas por cada violación y respecto de cada infractor. En caso de ser una persona jurídica, la multa podrá ser hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta, conforme a lo establecido por el artículo 25 de la Ley 1340, el cual modifica el numeral 14 del artículo 40 del Decreto 2153.

Para las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren dichas conductas, incluyendo a los administradores y representantes legales, conforme a lo establecido por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, las multas serán hasta de 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

Tras analizar varias de las resoluciones de la SIC por medio de las cuales se abre investigaciones¹⁶⁶ por presunta colusión en licitaciones, el siguiente es el común denominador:

1. En todos los casos se inició investigación por encontrar extrañas coincidencias¹⁶⁷ en los precios entre los adjudicatarios del proceso

¹⁶⁶ Sobre apertura de investigaciones fueron revisadas las siguientes Resoluciones: 12675 de 2 de mayo de 2003. Por la cual se abre una investigación, 12472 de 30 de abril de 2003,, 12144 de 30 de abril de 2003,y 31924 de 30 de septiembre de 2002.

¹⁶⁷ Resolución 19785 de 16 de junio de 2008. FONADE en desarrollo del Convenio N° 197032 suscrito con el PROGRAMA COMPARTEL, dio apertura 10 de agosto de 2007 a la Oferta Pública de Contrato N° IPG 2042-197032, que tenía por objeto "Contratar la Fase III del Programa Compartel de Conectividad en Banda Ancha para Instituciones Públicas. Sobre el particular, se manifestó lo siguiente: "Es de nuestro mayor interés poner en su conocimiento la anómala situación que evidenciamos en la adjudicación de la 'Fase III del Programa Compartel de Conectividad en Banda Ancha para Instituciones Públicas'. (...) de manera desafortunada encontramos una extraña coincidencia en los precios entre los dos adjudicatarios del proceso licitatorio, por cuanto el valor final adjudicado en cada caso

licitatorio, lo cual se traduce en indicios acerca de la existencia de un acuerdo colusorio.

2. La Superintendencia debe llevar a cabo un análisis del sistema empleado por la respectiva entidad estatal para realizar la calificación y selección de las propuestas. De dicho análisis se desprenderá si la adjudicación se dio como consecuencia de criterios técnicos previamente establecidos, o si se deriva de un acuerdo colusorio entre los proponentes¹⁶⁸.

3. La Superintendencia debe igualmente analizar, previo al inicio de la investigación, si existen precios artificialmente bajos que se traducen en la existencia de acuerdos para distorsionar la competencia. Varios son los casos en los que la Superintendencia ha iniciado investigaciones por este concepto, pues no hay explicación que sustente la presentación de propuestas con precios que van sólo a pérdida¹⁶⁹.

coincide exactísimamente con el valor del 95% del otro oferente, tal como consta en el acta final de adjudicación que se adjunta”.

¹⁶⁸ Resolución 19785 de 16 de junio de 2008. “Del análisis económico efectuado para determinar el ganador de las Zonas Norte y Sur este Despacho encuentra que entre las empresas participantes en el proceso y denunciadas por el representante legal de la Unión Temporal Abaco y por el Contralor Delegado Sector Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional de la Contraloría General de la República, existen indicios de un acuerdo colusorio para la distribución de los procesos de oferta pública, toda vez que la sociedad Comsat en la Zona Norte obtuvo el mayor puntaje posible, exactamente con el 95% del mayor valor de fomento evaluado propuesto por Sociedad Futura Internet por América S.A. y, por su parte, para la Zona Sur el mayor puntaje posible lo obtuvo Sociedad Futura Internet por América S.A., al obtener el mayor puntaje, con el 95% del mayor valor de Fomento Evaluado presentado por la sociedad Comsat”.

¹⁶⁹ Resolución 28397 de 30 de septiembre de 2003, por la cual se abre una investigación. Mediante resolución No 9271 del 10 de octubre de 2002, el IDU ordenó la apertura de la licitación pública No. IDU-LP-UEL-049-2002, cuyo objeto era contratar "a precios unitarios fijos, el MANTENIMIENTO DE LAS VIAS EN LA LOCALIDAD DE LOS MARTIRES, EN BOGOTA D.C. (MANTENIMIENTO PERIODICO Y RUTINARIO). Dentro del proceso referido el IDU, en aras de preservar los principios rectores de la contratación administrativa, en especial, el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, procedió a rechazar

4. Las partes resolutiveas de las resoluciones por medio de las cuales se ordena la apertura de las investigaciones, establecen dar inicio a las mismas, con el propósito de determinar si los presuntos implicados infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

A efectos de continuar con el análisis de los supuestos requeridos para la existencia de un acuerdo por colusión, vale la pena traer a colación las

la propuesta presentadas por el señor Jesús Elquin Hernández Rojas, al considerar que el precio unitario en ella presentado estaba en el rango cercano al 80% del valor oficial, indicando que presuntamente se habrían presentado al proceso licitatorio sin el ánimo de competir y posiblemente con el propósito de favorecer a un tercero, toda vez que este tipo de propuestas no tienen ninguna posibilidad de éxito "[dadas <sic> las condiciones en que históricamente se han presentado las propuestas en licitaciones con metodología de asignación de puntaje a las de la presente, dejando claro que propuestas con valores muy cercanos al 80% no constituyen una estrategia competitiva en esta Licitación"

Teniendo en cuenta las reglas previamente establecidas en el Pliego de Condiciones, así como los resultados históricos de licitaciones anteriores con mecanismos de asignación de puntaje similares al de este proceso, es posible concluir que para tener una oferta competitiva en el mismo, es decir, una oferta con posibilidades de ser adjudicatario, los precios ofrecidos debían situarse un rango de valores cercano al 99% de los precios oficiales. La presentación de propuestas no competitivas (propuestas con valores cercanos al 81% del valor oficial sin ninguna posibilidad de resultar adjudicatarias), tienen la capacidad de generar un ambiente no competitivo, en el cual uno solo de los proponentes resulta ser el adjudicatario de la licitación, sin importar cuáles de los demás proponentes queden finalmente habilitados o el número de veces que se tendrá en cuenta el presupuesto oficial para el cálculo de la media geométrica.

En las Resoluciones No. 28388 de 30 de septiembre de 2003 y 25800 de 12 de septiembre de 2003, la Superintendencia hace exactamente el mismo análisis anteriormente enunciado, frente a otra Licitación del IDU (IDU-LP-DTMV-032-2002, cuyo objeto consistía en: "CONTRATAR LOS ESTUDIOS Y DISEÑO A PRECIO GLOBAL FIJO, LA CONSTRUCCION A PRECIOS UNITARIOS FIJOS Y EL MANTENIMIENTO A PRECIO GLOBAL FIJO DE ACCESOS A BARRIOS V PAVIMENTOS LOCALES DE VIAS GRUPO 3 SEGUNDA ETAPA EN BOGOTÁ) para la primera, y para la licitación IDU-LP-DTMV-046-2002, cuyo objeto era contratar "la Rehabilitación y/o mantenimiento de la Carrera 10 entre Calles 38 F Sur y 48 F Sur, en Bogotá D.C.(subrayado nuestro)

En el mismo sentido se pronuncia la Superintendencia mediante Resolución 25798 de 11 de septiembre de 2003, para la licitación pública No. IDU-LP-UEL-045-2002, cuyo objeto era contratar "a precios unitarios fijos, las obras requeridas para el reparacheo de vías en las localidades de Bosa y Fontibon en Bogotá D.C. (mantenimiento periódico y rutinario)

consideraciones contenidas en la Resolución 20983 de 29 de julio de 2003, por medio de la cual la Superintendencia abre otra investigación.

Para el inicio de la indagación preliminar, mediante comunicación radicada el 2 de abril bajo el número 03027517, la Directora General del Instituto de Desarrollo Urbano, (IDU), solicitó a la Superintendencia analizar las propuestas de dos de los proponentes participantes en la licitación pública IDU-LP-DTMV -030- 2002. Ésta se había adelantado con el propósito de contratar los estudios, diseños, construcción y mantenimiento de accesos a barrios y pavimentos locales de vías grupo 1, segunda etapa, en Bogotá. Para determinar si habrían incurrido en alguna práctica violatoria de las normas sobre libre competencia.

Durante la etapa de observaciones del referido proceso de licitación, los proponentes Unión Temporal Bogotá Capital y Unión Temporal Pavimentos Grupo 1, señalaron que las propuestas de los participantes identificados como números 1 y 13, presentaban una estructura de precios artificialmente baja para manipular la media geométrica y obtener beneficio a favor de un tercero. Según ellos, en ningún caso la fijación de este presupuesto se encuentra fundamentada en un análisis concienzudo para los fines propuestos por la administración.

Tal y como consta en la argumentación realizada por la SIC y el informe técnico contratado, inicialmente se tomó una muestra aleatoria simple de 38 escenarios posibles para la ocurrencia de la licitación, con la muestra condicionada a que el proponente ganador, cuando se utiliza el conjunto de datos reales, y los proponentes generadores de sesgo deben permanecer como parte de todas las muestras. En todos los casos el mismo proponente

sale con el mayor puntaje, sin importar la estructura de los otros participantes ni el número de factores oficiales que asigne la balota.

Como contraste, se tomó una muestra de 38 escenarios en los cuales los elementos causantes del sesgo excesivo, los proponentes No. 1 y No. 13 se dejan por fuera, pero con la condición de que el ganador en todas las simulaciones iniciales, en este caso el proponente No. 11, permanece presente en todos los escenarios. En este segundo conjunto de escenarios. el proponente específico nunca saca el mayor puntaje y el puesto de mayor puntaje va hacia otros que difieren con el escenario particular y con el número que arroje la balota. En resumen, se trata de la siguiente combinación de eventos:

a) Cuando se encuentra presente el factor: 'No. 1 y No. 13 participan', entonces 'No. 11 gana en el cien por cien de los 38 escenarios.'

b) Cuando esté ausente el factor mencionado, entonces la consecuencia anterior no se presenta nunca.

c) No. 1 y No. 13 no presentan estrategias competitivas. Esto se sigue de dos hechos: primero, el mes relevante, las reglas de evaluación de propuestas son de dominio público, por lo tanto no hay ignorancia acerca de la estrategia óptima a seguir. Segundo, el hecho de que son proponentes que ya han participado previamente, y en otras licitaciones sus propuestas han sido consistentes con estrategias ganadoras.

Con este caso quiero resaltar la manera de cómo la SIC aborda el problema y se sustenta en análisis técnicos económicos de probabilidades para analizar la ilegalidad de la conducta y busca alternativas que la expliquen. Si

definitivamente no existe más explicación que la de la intención de hacer parte de un acuerdo para afectar la competencia, la conducta debe ser sancionada. De igual forma, tal y como veremos en la última sanción impuesta por la Superintendencia, mediante Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, la SIC está haciendo un examen juicioso acerca de las circunstancias que rodearon la realización de la conducta, haciendo uso de argumentos económicos en muchos casos, bastante complejos.

Se trata de temas económicos y técnicos que deben ser analizados por personal experto con conocimiento en el tema. De manera respetuosa y sin el ánimo de que nadie se sienta atacado, considero que los jueces de la República hoy, no están en capacidad de conocer de un caso por colusión en licitaciones, hacer el análisis que se requeriría y pronunciarse de fondo de una manera detallada y acertada, pese a lo cual esta situación podría ser subsanada acudiendo al decreto de pruebas periciales con las cuales será un tercero experto quien analice los puntos técnicos y económicos que expliquen la conducta específica. Sobre la necesidad de contar con expertos que analicen la racionalidad de la conducta, en la actualidad la SIC cuenta con un grupo “anticolusión”¹⁷⁰ que específicamente se encarga del análisis de los casos por esta conducta.

En complemento de lo anterior, es importante hacer referencia al hecho de que existe otro tipo de análisis mucho más técnico, en el que la Superintendencia mediante criterios técnicos y económicos, evalúa las probabilidades de éxito de los proponentes, con el propósito de analizar si

¹⁷⁰ De acuerdo a la entrevista realizada al Dr. Julio César Castañeda, Jefe de División de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, es un grupo reciente que se dedica única y exclusivamente a las investigaciones por colusión en licitaciones. El mencionado grupo fue creado conforme a la facultad otorgada al Superintendente de Industria y comercio en virtud de lo establecido por el numeral 51 del artículo del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010.

existen condiciones que permitan ciertos resultados, o si por el contrario, las adjudicaciones obedecen a distorsiones en la competencia producto de acuerdos colusorios.

Tras analizar algunas resoluciones por medio de las cuales se abre investigación y por medio de las cuales se imponen sanciones, ahora me detendré en varias de las resoluciones por medio de las cuales se ha impartido orden de archivo, para analizar los argumentos tenidos en cuenta por la Superintendencia.

3.1.6.2. Resolución 21596 de 31 de agosto de 2004, por la cual se cierra una investigación.

Mediante resolución 25800 del 12 de septiembre de 2003, el Superintendente Delegado para la Promoción del Competencia abrió investigación en contra de las sociedades Constructora Solanos Ltda, Suárez y Silva Ltda. - Ingenieros Contratistas, Concretos Asfálticos de Colombia S. A., en adelante Concescol S. A., el señor Horacio Vega Cárdenas y los integrantes del Consorcio Galán-VYC, conformado por José Guillermo Galán Gómez y la sociedad Vías y Canales Ltda., por la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La Superintendencia en la mencionada Resolución, hizo referencia a los elementos que deben conjugarse para que pueda predicarse sanción por colusión en licitaciones: (i) La existencia de un acuerdo; (ii) Que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o (iii) Que tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Hace igualmente referencia a la noción de acuerdo (tal como lo expuse en la parte preliminar del presente capítulo, al explicar los supuestos que comprenden la norma y “tipifican” la conducta), de acuerdo a lo contenido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Estas figuras deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada. Por lo tanto, para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos, a saber: la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes, independientemente de su naturaleza o formalización”.

Con el propósito de recaudar pruebas, es posible acudir a otras entidades, a efectos de analizar la participación de los investigados en otros procesos licitatorios.

Frente a la apertura de investigaciones por los indicios señalados anteriormente, relacionados con la presentación de propuestas con precios artificialmente bajos, para el presente caso:

“aún cuando la presentación de propuestas con valores cercanos al 80% del valor del presupuesto oficial, representa una circunstancia atípica, no es posible a partir de la misma, construir una inferencia mental en la que se concluya que ello es el resultado de un acuerdo

colusorio entre los licitantes de ese mismo proceso. Son entonces, las pruebas recaudadas y valoradas en su conjunto las que en cada caso permiten determinar, si esa circunstancia inusual en el valor de las propuestas es producto de un acuerdo colusorio entre algunos de los licitantes, o si es atribuible a otra circunstancia diferente, debiendo en todo caso, como garantía del debido proceso, absolverse la duda a favor de los investigados”.

El tema de la prueba en materia de acuerdos colusorios es bastante compleja y complicada. Varias de las investigaciones adelantadas por la SIC fueron archivadas por cuanto no existió material probatorio suficiente para acreditar la comisión de la conducta. Tal como lo he expuesto, en su mayoría la SIC se ha basado en indicios y en estudios técnicos económicos para sancionar a los investigados por colusión en licitaciones.

Sobre el tema de la prueba y luego de revisar las resoluciones anteriormente enunciadas, podemos concluir que la SIC, en su mayoría, acude a los indicios relacionados con coincidencias de forma en la presentación de las propuestas y a la solicitud de estudios técnicos económicos que expliquen técnicamente, la razón de las actuaciones cuestionadas. De igual forma, acuden a solicitudes de información frente a las entidades que llevan a cabo las licitaciones e incluso otras, con el propósito de conocer actuaciones de los investigados de manera previa.

3.1.6.3 Resolución 9672 de 9 de abril de 2003, por la cual se cierra una investigación.

Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la

Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución 01044 de 2002, abrió investigación contra las sociedades Soca Ltda., Señales Ltda., Ferretería Forero S.A., Pintuco S.A., Imporvial Ltda., y las siguientes personas naturales: Guillermo Bernal Clavijo, Luis Orlando Pulido García, Joaquín Emilio García García, Yenny Patricia Morales Garzón y Luis Ernesto Díaz Giraldo con el fin de determinar si se actuó en contravención del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

“Vista la norma en la forma fría en que se presenta el informe, y sin entrar a valorizar la conducta subjetiva de los administradores de la sociedad, nos conduce en otro yerro de orden legal, como es la proscripción de la calificación objetiva de la conducta de los administrados; por **ello evaluar el término acuerdo, sin tener en cuenta las razones que los indujeron, como es el deber ser en estos casos, nos lleva a un error de carácter jurídico**; pero como el Código Contencioso administrativo no toca el tema, en aplicación del artículo 49 de la ley 153 de 1.887, que sobre el punto señala:

"Los jueces o magistrados que rehúsen juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley..."

"Debemos hacer un recorrido sobre el concepto de inaplicabilidad de la responsabilidad objetiva, en otras áreas del derecho, y es así, como la encontramos en desarrollo del área penal y disciplinaria, las cuales determinan:

El artículo 12 del Código Penal señala: "Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva"; A su vez el artículo 13 del Código Único

Disciplinario establece, que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

"1.- Las disposiciones relativas a un asunto especial (ley de contratación administrativa) prefiere a la que tiene el carácter general (D 2.153 de 1.992, a través del cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, y se señalan otras disposiciones).

La norma de menor jerarquía y más antigua (D 2153/92) señala en su Art. 47.9: "Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones...

A su vez la norma de mayor jerarquía y posterior (ley 80/93) señala en su artículo 8.1.g: "Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

"g.- Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación."

"Ahora bien, como las dos disposiciones se encontraban vigentes al momento de la ejecución de la conducta investigada, debemos seguir los lineamientos trazados por el artículo 2 de la ley 153 del 1887, el cual establece, "En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexisten al hecho que se juzga, se aplica la ley posterior.", por esta razón jurídica, se debió aplicar para el caso concreto, la Ley 80 de 1993, por ser una norma especial, posterior y de mayor jerarquía, y en ese orden de ideas, la conducta endilgada a

las dos sociedades sale de la órbita de la norma con la cual se les imputaba responsabilidad.

3.- El punto central del informe se relaciona con el hecho que **el acuerdo al cual se llega, debe tener como fin la adjudicación de contratos.**

"3.1. Este lo fundamenta en que las conductas "anticompetitivas son reprimidas por objeto, también son reprimidas por efecto. La configuración de cualquiera de los dos aspectos es suficiente para que tenga lugar la infracción. De modo que, una conducta será merecedora de reproche cuando quiera que se presente el efecto de la conducta, con prescindencia de si concurre o no el objeto de la misma."

"3.2.- Agrega, que para la Superintendencia "el efecto de una conducta constituye el resultado que un comportamiento determinado ocasiona o produce sobre el mercado. Es decir, independientemente que el agente hubiese buscado un resultado concreto, si éste se presenta debe ser reprochada tal conducta"

"Y concluye sobre este punto, que como lo describe 'el numeral 9 del artículo 47 (la distribución de adjudicaciones de contratos, la fijación de los términos de las propuestas) se presente como resultado de un acuerdo entre las empresas proponentes, habrá de considerarse que se está en presencia de una conducta anticompetitiva"

Para esto afirma: "que la sociedad SEÑALES Ltda., participó en las convocatorias SCV-SV-22 a 30 de 2001, recibiendo la adjudicación del

contrato 401 de 2001, correspondiente a la demarcación de vías en las regionales Atlántico, Bolívar y Córdoba (Convocatoria SCV-SV-25 de 2001)”

"Y a su vez, que la sociedad IMPORVIAL Ltda., lo hizo en otras convocatorias, haciéndose acreedor a la Convocatoria SCV-SV-33 de 2001, para el suministro e instalación de defensas metálicas en vías de las regionales Caldas, Caquetá, Cauca, Nariño, Putumayo, Tolima y Valle, la cual fue adjudicada mediante el contrato 397 de 2001.

"Por lo anterior, concluye el informe que el “acuerdo entre los investigados tenía como efecto la no presentación de estos en las mismas convocatorias, con la finalidad de no competir entre sí y obtener así la adjudicación de contratos para cada uno de ellos.”

Al aceptar la existencia del acuerdo en forma simple como se está haciendo, sin indagar la razón del acuerdo, para llegar a intuirlo, es vulnerar derechos sustanciales, como son: la libertad de empresa que trata el artículo 333 de la Constitución; la libertad de asociación artículo 38; la libertad de trabajo, al igual que la libertad de escoger Profesión u oficio, artículo 25

Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrá como contrarias a la libre competencia:

"2.- Los acuerdos sobre cumplimiento de normas,..." (Subrayado fuera de texto).

"En desarrollo de la investigación que nos ocupa, está plenamente aceptado por las sociedades IMPORVIAL Ltda., y SEÑALES Ltda., que entre ellas para evitar caer en la inhabilidad, establecida en la Ley 80 de 1.993, acordaron las licitaciones en las cuales participaba cada una de ellas, porque de lo contrario no podrían participar en el proceso licitatorio del INVÍAS, por encontrasen incursas en el literal g. del artículo 8 de la precitada ley.

De otra parte, no existe evidencia que permita establecer la realización de algún tipo de acuerdo o convenio entre los investigados. Tampoco existen elementos que permitan demostrar que hayan sostenido conversaciones orientadas a establecer la conducta que asumirían en la presentación de las propuestas, con la finalidad de alterar la media geométrica y así obtener mayores adjudicaciones de contratos. De suerte que, no hay en el expediente prueba documental ni de ninguna otra clase, que permita dar por sentado que entre Señales Ltda., Soca Ltda. y los certificados Yenny Patricia Morales, Joaquín Emilio García, Luis Orlando Pulido y Luis Ernesto Díaz haya tenido lugar un acuerdo o convenio para definir las propuestas que serían presentadas ante el INVÍAS"

Del contenido de la resolución se desprende el hecho de que no basta con la demostración de un acuerdo para que sea considerado como anticompetitivo, pues debe analizarse la finalidad del mismo o su efecto anticompetitivo. En el presente caso, la finalidad del acuerdo no estaba encaminada a obtener la adjudicación de una licitación sino que se dio en cumplimiento de un deber legal.

3.1.6.4 Elementos de prueba aportados durante las investigaciones

A manera de conclusión y sobre los argumentos y las pruebas aportadas en las investigaciones que han terminado con archivo¹⁷¹, es importante tener en cuenta lo siguiente:

1. Como argumentos de defensa, extraídos del pronunciamiento de los investigados frente a los informes motivados (en la mayoría de los casos coincidentes), tenemos los siguientes:

- En todos los casos en los que se cierra la investigación y se imparte orden de archivo (revisados conforme al listado dado por la SIC¹⁷²), se hace referencia a la falta de prueba contundente que permita concluir la comisión de la conducta¹⁷³. Esto se deriva de la complejidad de prueba de los carteles en general y de la colusión en particular, tal y como ha sido expuesto con anterioridad. En muy pocos casos encontraremos acuerdos que consten de manera expresa.

¹⁷¹ Fueron analizadas las siguientes Resoluciones de archivo:16048 de 2004,24227 de 2004,23683 de 2006, 24903 de 2007, 21593 de 2004,2932 de 2005 y 47481 de 2010.

¹⁷² Respuesta a derecho de petición dada por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante radicado No. 11-154085.

¹⁷³ Sobre las consideraciones de los investigados frente al informe motivado, en el caso Intersytem pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) No está probado que los investigados se hayan puesto de acuerdo para perjudicar a un tercero mediante una conducta dolosa y revestida de mala fe. Si bien existe un acuerdo entre ellos, se trata de un acuerdo no prohibido por la ley, relacionado con ayudas tecnológicas y de conocimiento. Así las cosas, consideran que lo que debe castigarse es la mala fe y el daño, no el acuerdo como tal, los cuales no se encuentran probados. (ii) Señalan también que la colusión debe estar dirigida exclusivamente a la “distribución de adjudicaciones” para que pueda ser sancionada, lo cual no sucede en el presente caso. El no ofertar forma parte de la autonomía de la voluntad de cada proponente y en el presente caso, no está demostrado el daño

- Como medios de prueba aportados por los investigados, el común denominador es la práctica de testimonios, rendición de declaraciones y el aporte de documentos, con el propósito de evidenciar la existencia de razones que expliquen el comportamiento que puede asemejarse a una colusión.

Con las pruebas aportadas por los investigados, lo que se pretende es explicar la “racionalidad”¹⁷⁴ de las ofertas presentadas, es decir, hacer referencia a explicaciones económicas o de otra índole que fundamenten la conducta objeto de la investigación. (Estas explicaciones tienen que ver principalmente con temas de experiencia, de economías de escala, de estructura de costos, ventajas comparativas entre uno y otro proponente, entre otros factores). De otro lado, con las pruebas aportadas por los investigados se pretende igualmente explicar la existencia de relaciones comerciales legítimas entre los proponentes, que no puedan ser deducidas de la existencia de un acuerdo colusorio.

- Existe presunción de inocencia a favor de los investigados. En ese orden de ideas, siempre que no exista prueba contundente que demuestre la existencia del acuerdo, no podrá imponerse sanción. En virtud de lo anterior, el caso será cerrado, siempre que “no exista prueba que controvierta el sentido de las explicaciones aducidas”¹⁷⁵

¹⁷⁴ Este término es usado en la Resolución No. 47481 de 2010 proferida por la Superintendencia de Industria y comercio, por medio de la cual se cierra una investigación. Caso Compartel.

¹⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 16048 de 2004, por medio de la cual se cierra una investigación. Caso licitación Corelca.

- De las resoluciones de archivo analizadas, los denunciantes fueron siempre la misma entidad que adelantó la licitación a través de su representante (el IDU para ser más precisos), salvo el Caso Compartel en que el denunciante fue uno de los proponentes que fue sacado del proceso licitatorio.
- Sobre las pruebas decretadas por la SIC para la valoración de la conducta, tienen que ver principalmente con la solicitud de información a otras entidades, acerca de la participación de los investigados en otros procesos licitatorios a efectos de analizar su comportamiento en la presentación de propuestas. La idea es verificar en cuanto oscilan las propuestas presentadas respecto del presupuesto oficial contenido en los pliegos de condiciones. Pese a lo anterior, en todos los casos, la Superintendencia concluye que este punto por sí solo no constituye prueba de nada, siempre debe ir acompañado de otras pruebas las cuales serán analizadas de manera conjunta y sistemática¹⁷⁶.
- Otra prueba presente en todos los casos sobre licitaciones del IDU archivados, es el informe contratado a un experto, con el propósito de analizar si los valores presentados en las ofertas pretenden alterar la media aritmética. El estudio consiste básicamente en la elaboración de un modelo matemático en el cual habrá de construirse una serie de escenarios posibles, con el propósito de conocer las probabilidades de ganar las licitaciones de acuerdo a las propuestas

¹⁷⁶ Sobre el particular, se ha pronunciado la SIC en los siguientes términos: “Serán las pruebas recaudadas y valoradas en su conjunto, las que en cada caso permitan determinar si la circunstancia inusual es producto de un acuerdo colusorio, o si es atribuible a otra circunstancia diferente” (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 24227 de 2004, por medio de la cual se cierra una investigación)

presentadas. Pese a lo anterior, el mismo experto que en todos los casos desarrolla el mismo estudio conforme a las variables particulares de cada caso concluye lo siguiente: “El solo hecho que los precios sean artificialmente bajos, no es indicativo en sí mismo de un deseo de no competir y menos de un comportamiento colusorio”¹⁷⁷.

De igual forma se pronuncia sobre dicha prueba en los siguientes términos “Es peligroso determinar conductas culposas a través de una inferencia de probabilidades...usualmente llegar a esas conclusiones requiere de alguna forma de prueba directa y no una inferencia a través de probabilidades”¹⁷⁸

- Los elementos que ha analizado la SIC (a partir del caso Compartel en el 2010) para verificar la ilicitud del acuerdo son los siguientes: 1. Posibilidad de colusión en el método de evaluación de la entidad, lo cual implica la realización de un estudio del mismo. 2. Se verifica la existencia de explicaciones alternativas del comportamiento, con el propósito de no inferir la conducta de un acuerdo colusorio y, 3. Se analiza si hay evidencia de acciones colusorias (tales como documentos, reuniones, etc.)
- Sobre los casos analizados de archivo, tal y como se ha enunciado la mayoría corresponden a licitaciones adelantadas por el IDU, tal y como habrá de verse en el capítulo cuarto. Las Resoluciones son

¹⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 24227 de 2004, por medio de la cual se cierra una investigación. Caso licitación IDU para la demolición y recolección de escombros de los inmuebles de la zona del Cartucho.

¹⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 23683 de 2006, por medio de la cual se cierra una investigación

pobres y los argumentos se encuentran resumidos con anterioridad.
Se trata de un copy paste.

De las consideraciones anteriores, es importante resaltar la labor que debe realizar la SIC al analizar los argumentos de defensa empleados por los investigados, pues serán variados y de diversa índole, y competirá solo a ella (la SIC), determinar su veracidad y pertinencia.

3.1.6.5 Doctrina probable en materia de colusión en licitaciones

Con el propósito de contar con un cierto grado de confianza y seguridad en las decisiones de la Superintendencia en materia de protección de la competencia, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 denominado “Doctrina probable y legítima confianza” contempla dicha posibilidad en los siguientes términos:

“Doctrina probable y legítima confianza: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable”

Sobre el particular, es importante tener en cuenta el fallo reciente en la materia proferido por la Corte Constitucional¹⁷⁹, del cual podemos extraer las siguientes conclusiones:

¹⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010, MP: Juan Carlos Henao.

- “La doctrina probable se define como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto.
- Con el artículo 24 de la Ley 1340 anteriormente citado, se establece la probabilidad de crear doctrina probable en sede administrativa, cuando se ejerce la facultad de supervisión, vigilancia y control en las investigaciones y resoluciones de la SIC en materia de protección a la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal.
- Debe aplicarse la línea jurisprudencial de que la decisión que acoge la doctrina probable debe ser motivada, pese a lo cual la entidad administrativa podrá apartarse de la doctrina motivando con razones suficientes el acto para evitar las modificaciones intempestivas y descontextualizadas.
- La mencionada sentencia resuelve declarar constitucional el apartado del artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido que este solo se aplica para las actuaciones administrativas de la SIC relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal. No aplica entonces para las decisiones de la Superintendencia en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales en materia de competencia desleal”.

Sobre la doctrina probable en materia de colusión en licitaciones, conforme a los fallos emitidos, podemos concluir lo siguiente:

1. La colusión en licitaciones se deriva de la formación de un acuerdo con dos elementos fundamentales: (i) La bilateralidad y (ii) La manifestación externa de dicho acuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. La verificación de que se trata de un acuerdo es un

ejercicio que se ha hecho en todas las investigaciones ya falladas por parte de la SIC¹⁸⁰.

2. La colusión implica la intención de dañar a un tercero conforme a su significado natural y conforme lo ha establecido la misma jurisprudencia. En ese orden de ideas, se castiga aquellos acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, o como efecto la distribución de las licitaciones o concursos o la fijación de los términos de las propuestas (la configuración de cualquiera de los dos aspectos es suficiente para que tenga lugar la infracción). Para que el acuerdo sea sancionado, debe tener como propósito o lograr la distribución de una licitación o concurso o lograr ese efecto, independientemente de la intención de quienes forman parte del cartel¹⁸¹.

3. Las pruebas dentro de un proceso administrativo sancionatorio por colusión en licitaciones deben analizarse de manera conjunta, pues de manera aislada no son suficientes para la sanción de un cartel. Teniendo en cuenta la complejidad probatoria de la colusión, se acude en su mayoría a pruebas indiciarias y a estudios técnicos en los que a partir de modelos matemáticos elaborados, se analizan las probabilidades de adjudicación de determinada licitación. Sobre este punto, la Superintendencia realiza un análisis del mecanismo de adjudicación de la entidad y lleva a cabo simulaciones de escenarios competitivos y escenarios colusorios¹⁸².

¹⁸⁰ Tal como se desprende de las siguientes Resoluciones proferidas por la SIC: No. 44341 de 2001, 16048 de 2004, 21822 de 2004, 21593 de 2004, 2932 de 2005 y 23683 de 2006.

¹⁸¹ Tal como se desprende de las siguientes Resoluciones proferidas por la SIC: 44341 de 2001, 23683 de 2006 y 24903 de 2007.

¹⁸² Tal y como puede desprenderse de las siguientes Resoluciones proferidas por la SIC: Resolución No. 21822 de 2004, 24227 de 2004 y 23683 de 2006.

4. Se aplica la presunción de inocencia a favor de los investigados en caso de duda. El principal argumento de defensa, se encuentra relacionado con la existencia de explicaciones racionales que sustenten la presentación de determinada propuesta, respecto de la cual se presume fue presentada con ocasión de un acuerdo colusorio. Cuando no existen explicaciones racionales diferentes, la Superintendencia se ha inclinado por considerar la existencia de un cartel¹⁸³.
5. La principal causa de apertura de investigaciones por colusión en licitaciones, tiene que ver con la existencia de coincidencias no fundamentadas en la formulación de las propuestas¹⁸⁴.

3.2 LA COLUSIÓN EN LICITACIONES COMO DELITO

El Derecho Penal se usa como una herramienta de control subsidiaria, es decir, aplicable en última instancia, luego de agotadas otras vías y acciones legalmente previstas. Para el caso colombiano, se optó por la penalización de los “acuerdos restrictivos de la competencia”, tal y como lo denomina el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 en virtud del fenómeno de la globalización y en aplicación de las siguientes normas internacionales¹⁸⁵:

¹⁸³ Tal y como puede desprenderse de las siguientes Resoluciones proferidas por la SIC: Resolución No. 16048 de 2004, 24227 de 2004, 23683 de 2006, 24903 de 2007, 21593 de 2004 y 47481 de 2010.

¹⁸⁵ Estas normas fueron señaladas por Carmen Eloisa Ruiz en la conferencia Universidad Externado de Colombia el día 30 de noviembre de 2011, denominada “Colusión en licitaciones públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia y el derecho penal”

1. Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción, ratificada mediante la Ley 970 de 2005.
2. Convención interamericana contra la corrupción aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996.

Vale la pena aclarar que a pesar de la denominación, el nuevo tipo penal hace referencia únicamente a un tipo específico: la colusión en licitaciones públicas, no privadas (a diferencia del análisis que hicimos de los supuestos del numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153, en el cual no se hace distinción). De lo anterior podemos concluir que no se encuentra debidamente titulado y que no puede entenderse general y aplicable para todos los acuerdos restrictivos de la competencia, pues tal y como lo hemos visto, además de los enunciados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, está cualquier otro que afecte o tenga el propósito de afectar la competencia. Teniendo en cuenta que el Derecho penal debe ser específico y en virtud de la aplicación del principio de legalidad, el tipo tal y como quedó en la norma, está demasiado amplio y debió haberse denominado como estaba hasta el tercer debate de la misma en que se tenía como “fraude en licitación pública”.

3.2.1. Artículo 27 Ley 1474 de 2011

En virtud de lo establecido por el nuevo Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se adicionó el Código Penal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 27. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Dentro de la exposición de motivos, está establecido lo siguiente:

“Se sancionan nuevas conductas punibles cuya existencia proviene de diversas convenciones internacionales y que están consagrados en algunos países europeos, todo con la finalidad de evitar la impunidad de eventos que presentan características especiales que los diferencian de otros delitos, tales como el cohecho propio respecto de acto cumplido, el fraude de subvenciones y los acuerdos restrictivos de la competencia”¹⁸⁶

¹⁸⁶ Exposición de motivos de la ley 1474.

Se adiciona como nuevo tipo penal los acuerdos restrictivos de competencia en materia de contratación estatal para sancionar fundamentalmente los ya frecuentes casos en los cuales los proponentes de un proceso precontractual se ponen de acuerdo para engañar al Estado”

Los supuestos del nuevo tipo penal hacen referencia a un acuerdo específico que puede darse en los siguientes procesos de selección: licitación pública, selección abreviada o concurso. Sobre este punto, incluye un proceso de selección adicional a los contenidos en la norma del Decreto 2153 ya descrita, en la que sólo se hace referencia a licitaciones públicas o concursos.

El derecho penal, como instrumento de control social formalizado que incide en la sociedad en orden a obtener comportamientos determinados (de acción y de omisión) compatibles con la convivencia pacífica de los ciudadanos, se vale del mensaje preventivo general de la pena para informar a la comunidad sobre el contenido de las normas prohibitivas y de mandato.

Por ello la norma, especialmente la norma de conducta, es el más importante vehículo a través del cual el Derecho penal cumple su función de protección de bienes jurídicos, motivando al individuo al respeto de estos mediante el desencadenamiento de procesos psicológicos que lo inducen a ello¹⁸⁷.

Con la inclusión de este nuevo tipo penal lo que se pretende es disuadir un poco más la comisión de este tipo de conductas, pues se ha visto que las

¹⁸⁷ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. Lección 10: Teoría de la norma. Dentro de Lecciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá:2002, pp. 154, 155

acciones existentes no son lo suficientemente disuasorias. Respecto al trámite administrativo sancionador, por medio del cual se imponen multas, muchas veces las empresas prefieren correr el riesgo y realizar la conducta con alguna de estas alternativas: que no sean descubiertos o, de llegar a serlo, pagar la multa impuesta u ofrecer garantías para la terminación anticipada del procedimiento.

3.2.2 Elementos del nuevo tipo penal

Procederé ahora a analizar los elementos del tipo, para tener claridad sobre los supuestos en que la conducta es reprochable y, por ende, sancionable. También vale la pena preguntarse si era necesaria la inclusión de este nuevo tipo penal y si resultará útil para efectos de disuadir la mencionada conducta. Lo anterior, teniendo en cuenta que existe un tipo penal que eventualmente podría ser aplicable, relacionado con la celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales. Este tipo penal, teniendo en cuenta que se trata de delitos contra el patrimonio público, tiene sujeto calificado pues se predica únicamente de los funcionarios públicos. De ahí derivó también la necesidad de incluir un nuevo tipo penal que fuera aplicable a cualquier persona, no solo a funcionarios públicos, tal y como lo hace el mencionado artículo 27.

Pese a lo anterior, el analizar la necesidad y utilidad de la introducción del nuevo tipo penal es un tema que merece un análisis especial y que sería interesante abordar en otro trabajo de investigación.

Tal y como lo hice con los supuestos legalmente previstos para la configuración de la colusión en licitaciones como práctica comercial restrictiva y a efectos de tener claros los eventos en los cuales la comisión de

esta conducta será considerada como delito, a continuación haré referencia a los elementos del tipo en general para uno a uno detallar los que conforman el nuevo tipo penal.

Para el caso en cuestión, el siguiente es el análisis que con base en los elementos del tipo¹⁸⁸, hago del incluido por el Estatuto anticorrupción en su artículo 27:

- **Sujeto activo** (quien despliega la conducta): “A quien” (no requiere calidades específicas) es decir, sujeto activo indeterminado.
- **Verbo rector**: “se concertare”. En este punto es importante poner de presente que nos encontramos frente a los denominados “delitos de peligro”, pues no se requiere que se concrete el resultado para que sea sancionado, es decir, que se lleve a cabo la adjudicación. Basta con la simple concertación¹⁸⁹
- **Sujeto pasivo**: La administración pública. Aunque los efectos de una mala asignación de recursos finalmente son trasladados a los usuarios (la sociedad), beneficiaria del bien o servicio que pretende contratarse.

¹⁸⁸ Sobre la definición de los elementos del tipo, ver más en Alejandro Navas Corona, “Tipicidad y Derecho Penal” (SIC) Editorial Ltda, Bucaramanga: 2003. Consultado en <http://www.siceditorial.com/ArchivosObras/obrapdf/TA10102332005.pdf>

¹⁸⁹ Sobre este punto vale la pena preguntarnos: ¿Qué pasa con el delito de concierto para delinquir, podría haber concurso? Teniendo en cuenta que la pregunta desborda el tema de mi trabajo, quisiera lanzar una respuesta preliminar y es que NO. Para analizar si puede haber o no concurso de delitos debe verificarse el posible otro delito dentro del cual podría encuadrar la conducta y asegurarse de no estar sancionando dos veces por lo mismo. Para el caso hipotético de concurso de delitos por “acuerdos restrictivos de la competencia” y “concierto para delinquir”, creería que no podría haber concurso, por cuanto el verbo rector es el mismo “se concertare”, y podría darse el caso de una doble sanción por una misma conducta. Habría que elegirse uno en virtud del principio de especialidad. Pese a lo anteriormente expuesto, es importante hacer un comentario: y es que, generalmente el nuevo tipo penal vendrá acompañado de otros delitos, v.g. falsedad en documento, caso en el cual sí habrá concurso de delitos.

- **Calidad personal del sujeto pasivo:** para el presente tipo sí se predica una calidad especial de quien se ve afectado con la comisión de la conducta. Específicamente se refiere a los procedimientos de contratación pública y/o en su defecto, tal y como se enuncia en el apartado anterior, a los beneficiarios del bien o servicio que se pretende contratar, pues en últimas es a ellos a quienes se traslada esa ineficiencia.
- **Circunstancias de modo:** para que pueda predicarse el tipo, se requiere que con la concertación se busque “alterar ilícitamente” el procedimiento contractual.

Se trata de una expresión sumamente indeterminada, pues vale la pena preguntarnos en qué casos la concertación no altera el procedimiento contractual. Vale la pena también preguntarnos, qué quiso decir el legislador cuando hace referencia a “alterar ilícitamente”; ¿cuándo podríamos entonces considerar que la alteración es *lícita*? La norma no es clara y tampoco brinda elementos que puedan dar respuesta a las inquietudes anteriormente planteadas. Conforme a lo analizado hasta ahora frente a los supuestos de la norma en materia de competencia, podemos decir que se trata de una alteración ilícita cuando se encuentra dentro de los supuestos enunciados y buscar afectar la competencia. En ese orden de ideas, podríamos decir que quedan por fuera los demás acuerdos que no tengan por objeto la distribución de adjudicaciones o tengan un efecto anticompetitivo en la licitación.

- **Bien jurídico:** la administración pública. En el presente caso, el sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado coinciden.

- **Elementos normativos:** licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, procedimiento contractual, cuyos conceptos se encuentran contenidos en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, y sus decretos reglamentarios.
- **Elemento subjetivo:** “con el fin de alterar ilícitamente”. Es decir, alterar ilícitamente los principios de la contratación estatal. Con base en el funcionamiento del mercado y los principios de la contratación, con el sólo hecho de acordar.

Respecto a la parte subjetiva del tipo, tiene que ver con el hecho de si la conducta se despliega con dolo, culpa o preterintención. Como todo tipo penal, debe cumplir con los elementos dentro de los cuales se encuentra el de la culpabilidad.

De una lectura de la redacción de la norma, y luego de tener en cuenta las nociones de dolo, culpa y preterintención, puede deducirse que el tipo hace referencia únicamente a la comisión de la conducta con dolo, pues expresamente señala “con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual”. Los sujetos que participan en la concertación son conscientes de la ilegalidad de la conducta y de su carácter sancionable. En consecuencia, no puede aplicarse el tipo cuando los sujetos actúan con culpa o el resultado es como consecuencia de un acto preterintencional.

De acuerdo a la redacción de la norma, podría pensarse que el presente tipo discrepa en parte con lo contenido en el Decreto 2153, por cuanto el Derecho de la competencia castiga el acuerdo que “tenga por objeto” o “tenga como efecto”. En ese orden de ideas, el tipo penal castiga la intención expresa de producir un efecto nocivo (alterar ilícitamente), mientras que conforme a los

supuestos de la norma de competencia, se castiga incluso la culpa y la preterintención, porque además de reprochar el propósito expreso del acuerdo, se sanciona también la producción de efectos en el mercado. Para la responsabilidad penal, aparentemente se castiga únicamente la conducta desplegada con dolo.

Teniendo en cuenta que se trata de una misma conducta, castigada desde diferentes ámbitos, considero que las normas deberían estar en consonancia, pese a lo cual además de lo ya expuesto, existe otro punto en el cual no se ponen de acuerdo y se producen efectos contrarios, el cual será tocado más adelante, pero tiene que ver con el programa de clemencia y los eventuales beneficios por colaboración.

3.2.2.1 Parágrafo artículo 27 Ley 1474 de 2011

De otro lado, la descripción del tipo trae un complemento que tiene que ver con la posibilidad de disminución de la pena, cuando exista decisión de exoneración de la Superintendencia de Industria y Comercio, como consecuencia de la aplicación de los programas de clemencia y delación.

Sobre el contenido del parágrafo y teniendo en cuenta que no existen muchos pronunciamientos al respecto dada su novedad, tengo los siguientes comentarios:

- El propósito de la inclusión de este parágrafo es promover los programas de delación de la SIC, pues si no se incluía la posibilidad de beneficios por colaboración en el ámbito penal, la consecuencia sería el no uso de dicho mecanismo. Lo anterior, teniendo en cuenta que obtendrían inmunidad administrativa, pero no penal al delatarse. Pese a

lo anterior, no podemos dejar de lado el hecho de que el derecho penal ya cuenta con beneficios por colaboración y acá es donde viene el problema. Así las cosas, si se quería promover el programa de clemencia y delación, debió haberse hecho en consonancia con los beneficios propios del Derecho Penal, pues tal y como está planteado, el propósito enunciado, no va a funcionar.

Lo anterior, teniendo en cuenta que un “delator” preferirá acudir ante el juez penal para “colaborar” y aportar las pruebas que conlleven a la demostración del ilícito, antes que acudir a la Superintendencia bajo estos programas, pues en el tipo penal se habla de beneficios y no de una extinción de la acción penal como puede llegar a suceder bajo los beneficios por colaboración en el derecho penal.

- De acuerdo al principio de oportunidad y los acuerdos previstos por la ley, los cuales llegan incluso a la extinción de la acción penal, es importante analizar si a la luz de lo contenido en el párrafo, podría haber acumulación de beneficios, o si existen criterios para establecer qué prima. En todo caso, considero que con la inclusión del párrafo en los términos en los que se encuentra, los investigados preferirán colaborar en el ámbito penal más que en el administrativo ante la SIC, pues los beneficios podrían ser mejores e incluso llegar a la extinción de la acción penal. En todo caso, es importante hacer claridad en el hecho de que la extinción penal no conlleva la del proceso administrativo sancionatorio, pues éste continúa y en caso de sanción, las multas pueden llegar a ser cuantiosas.

3.2.3. Necesidad de la norma

Luego de analizados los supuestos y teniendo en cuenta lo reciente de la norma y la ausencia de casos fallados, vale la pena preguntarnos si era necesario adicionar el Código Penal e incluir un nuevo tipo para el caso de Acuerdos restrictivos de la competencia, o si podía haber responsabilidad penal con los delitos existentes. Pese a lo anterior, este es un tema que desborda el ámbito de la investigación, por lo cual valdría la pena fuera abordado con posterioridad. En todo caso, la experiencia y la realidad será la que nos indique el éxito de la nueva norma.

En desarrollo de lo anterior, con la tabla que se encuentra a continuación pretendo exponer de manera paralela los puntos más importantes de cada uno de los supuestos. Si bien no encontré criterios uniformes e indistinguibles en cada una de las normas para llevar a cabo la comparación, asemejé los puntos en aras de darle mayor claridad a los comentarios planteados.

Tabla No. 3 - Comparativo entre la colusión en licitaciones para el Derecho de la Competencia y para el Derecho Penal

Numeral 9o. Artículo 47, Decreto 2153 de 1992	Artículo 410 A del Código Penal	OBSERVACIONES
Se sanciona la conducta, con el propósito de cumplir con los fines del artículo 44 (ámbito funcional de la SIC), relacionada con el cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (actos, acuerdos y abuso de la posición dominante)	Busca castigar penalmente las conductas que resulten contrarias a la ley. Actuación propia del derecho Penal.	Mientras una conducta se encuentra dentro del ámbito del derecho de la competencia, la otra se encuentra dentro de la rama del Derecho Penal(tienen ámbitos funcionales diferentes y cada una protege normatividades diferentes)
Se refiere a Licitaciones y a concursos de manera general, sin distinguir entre público y privado.	Contempla la materialización del delito, dentro de los siguientes mecanismos de selección del Estado: (i) Licitación pública (ii) subasta pública (iii) selección abreviada (iv) concurso.	Mientras el supuesto del Decreto 2153 contempla únicamente la licitación y el concurso (sin distinguir entre público y privado), el nuevo tipo penal contempla otros dos mecanismos de selección adicionales y se refiere únicamente a las formas de contratación propias del Derecho Público)
Prevee cuatro supuestos que son sancionables: (i) los que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos (ii) los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos (iii) los que tengan como efecto la distribución de concursos (iv) los que tengan como efecto la fijación de términos de las propuestas	Expresamente se señala que la concertación deberá ser con "el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual"	El tipo penal hace referencia expresa a la intención del acuerdo para que sea sancionable: pesa más la intención que los efectos, mientras que en el supuesto del Decreto 2153 se sanciona tanto el objeto como el efecto de la conducta.
El verbo rector es ACORDAR	El verbo rector es " SE CONCERTARE"	Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Acordar es "Determinar o resolver de común acuerdo, o por mayoría de votos"; a su vez, define Concertar como " Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio". Como se ve, hay similitud entre las dos definiciones.
De acuerdo a la redacción de la norma, podría ser contrario a la libre competencia y por ende sancionable, cualquier otro acuerdo que afecte la competencia.	El supuesto es cerrado y restringido	El principio de tipicidad y legalidad que debe regir toda actuación sancionatoria, está más presente en el supuesto del tipo penal. Vale la pena preguntarnos qué pasa en el derecho administrativo sancionador, es igualmente aplicable? Podría extenderse el supuesto del Decreto 2153 a otras formas de selección?
Las consecuencias jurídicas de la conducta no se encuentran dentro del numeral 9o. sino en normas complementarias. Consiste en la imposición de una multa que para personas jurídicas podría ir hasta por 100.000 SMLMV (\$56.670 millones de 2012), o si resulta mayor hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta. Para personas naturales, la sanción podrá ser hasta de 2000 SMLMV (\$1.133.4 millones de 2012)	Las consecuencias se encuentran dentro del mismo tipo penal: 1. Multa de 200 a 1000 SMMLV (\$113.340.000.oo a \$566.700.000 año 2012); 2. Prisión de seis a doce años; 3. Inhabilidad para contratar con el estado por ocho años.	Con el tipo penal, además de multa, hay responsabilidad personal de quienes ejecutan la conducta. Esto trae consigo un efecto mas disuasorio. El supuesto en derecho penal está más encaminado a combatir temas de corrupción mientras el otro se centra únicamente en la protección de las normas de competencia de manera general.

Sobre el particular, podríamos partir del hecho de que el delito actual cobija a la conducta de particulares, pues desde antes de la expedición del nuevo estatuto anticorrupción, estaba previsto el tipo para servidores públicos a través de la celebración indebida de contratos. Esto quiere decir que ¿para el servidor público aplica otro tipo diferente del 410 A? o puede predicarse una concurrencia de hechos punibles? Es importante tener en cuenta el principio del non bis in idem y el principio de especialidad a efectos de no sancionar dos veces por la misma conducta.

Adicional a ello, es importante analizar la redacción del tipo, a efectos de determinar si es claro, o si tendremos problemas en su futura aplicación.

Del análisis realizado, podemos concluir que nos encontramos frente a una norma demasiado general en la que cabrá todo tipo de supuestos y se prevé la existencia de problemas en su aplicación, dado que implica una especialidad que el juez penal no tiene, sobre todo, por la existencia de elementos normativos que no domina. Adicional a ello, en el parágrafo se entra a regular una situación demasiado específica, que no puede tenerse dentro de la parte general del Código.

Sobre las penas, hay dos puntos importantes a tener en cuenta: el primero, las penas contempladas en el Código Penal Colombiano, son mucho mayores a las contenidas en el Derecho Comparado que oscilan entre los 6 meses y los 5 años¹⁹⁰. El segundo, las penas previstas para en el artículo 410

¹⁹⁰ Tal y como fue señalado por Carmen Eloisa Ruiz en la charla organizada por el Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia el día 30 de noviembre de 2011, denominada "Colusión en licitaciones públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia y el derecho penal". La conferencia tuvo por objeto presentar las implicaciones de la colusión de las licitaciones públicas catalogadas como un acuerdo restrictivo de la competencia y como delito en la legislación colombiana y fue presentada por Carmen Eloisa Ruiz y Mauricio Velandia.

A son mucho mayores a las contempladas para los servidores públicos, en comparación con los demás tipos que podrían aplicarse para la investigación de dicha conducta.

Analizados los elementos del tipo, debe hacerse un juicio de tipicidad (lo ya descrito), antijuridicidad y culpabilidad, tal y como lo establece Mauricio Velandia y analicé dentro del procedimiento administrativo para los juicios por prácticas comerciales restrictivas.

Estudiados los elementos tanto de la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153, como los del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, debe tenerse en cuenta que para efectos de responsabilidad penal, no basta con el juicio simple de tipicidad (identidad de la conducta con el supuesto previsto en la norma). Se requiere de un completo juicio de responsabilidad. Lo anteriormente expuesto es absolutamente claro para el Derecho penal, a diferencia del procedimiento administrativo. La posición de Mauricio Velandia ya expuesta, relacionada con la necesidad de un juicio completo de responsabilidad, es sólo alternativa, pero en ninguna de las sanciones impuestas por la SIC se ha analizado de esta manera.

En desarrollo de lo anterior, no siempre que exista identidad entre un supuesto legal y una conducta, derivará en una consecuencia jurídica. Así será y se predicará de manera absoluta, únicamente cuando se trate de presunciones de Derecho y así mismo lo señale la misma norma. En los demás casos, siempre admitirá prueba en contrario.

Lo más importante a efectos de determinar la existencia o no de una violación normativa y la eventual imposición o no de una sanción, es identificar el bien jurídico tutelado para ver si fue afectado o no. Lo anterior,

también teniendo en cuenta que puede pasar que exista una afectación al bien jurídico tutelado, pero que no haya prohibición expresa legalmente contemplada. En ese caso, nos encontraríamos frente a lo que se denomina como “abuso del derecho”, conforme a lo expuesto por Mauricio Velandia.

De un análisis de lo anterior, los siguientes son los bienes jurídicos principales que protege el Derecho de la competencia y cuya afectación habrá de analizarse a efectos de determinar si hay lugar o no a la apertura de una investigación y a la imposición de una eventual sanción:

- Libertad de entrada
- Libertad de concurrencia
- Libertad de competencia
- Libertad de escogencia

Para el caso específico de la colusión en licitaciones para el derecho penal, el bien jurídico tutelado es la administración pública, particularmente lo que tiene que ver con el patrimonio económico, pues con el falseamiento de la competencia, se verá afectada la asignación eficiente de los recursos, y el Estado terminará pagando más por los bienes y servicios que contrata mediante la licitación. La pregunta entonces a responder, previo inicio de cualquier tipo de juicio de responsabilidad es ¿Afecta el comportamiento en estudio alguna de las libertades anteriormente enunciadas? Específicamente y para el caso que nos ocupa, ¿Se está afectando con determinado comportamiento la libertad de entrada o libertad de escogencia en una licitación pública? En este punto debe también identificarse claramente el mercado relevante, el número de licitantes y la cuantía de la licitación, entre otros factores, con el propósito de analizar la significatividad del asunto.

De lo anterior se deriva otra pregunta: ¿Se requiere siempre encuadrar el comportamiento que afecta el bien jurídico dentro del tipo “colusión en licitaciones”? o se podría eventualmente sancionar cualquier comportamiento que afecte los bienes tutelados en las licitaciones públicas.

En virtud de lo expuesto, comparto las tesis de Mauricio Velandia en el sentido de que es diferente hablar en términos de responsabilidad que hablar en términos de tipicidad. En desarrollo de lo anterior, así la conducta no encuadre dentro de un supuesto específico, pero siempre que se produzca una afectación, debe desarrollarse un juicio completo de responsabilidad y analizar las circunstancias que rodearon la ejecución de la conducta. Hablar de tipicidad, hace referencia únicamente a encuadrar la conducta en el supuesto de hecho sin mirar más allá de eso, lo cual llega a ser incompleto a efectos de sancionar, pues en muchos casos no existe afectación a los bienes jurídicos protegidos e, incluso, la conducta puede llegar a generar eficiencias. Visto desde el otro lado, el atenerse únicamente a la tipicidad puede llevar a mantener sin sanción muchos acuerdos que produzcan efectos negativos, pero que no se encuentren dentro de los expresamente señalados en las normas.

Los elementos de la responsabilidad dentro de la órbita de lo privado son: daño, culpa y nexo causal. Dentro del ámbito administrativo son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

A efectos de analizar una conducta con el propósito de determinar si se trata de una práctica comercial restrictiva, y tal como lo expuso Mauricio Velandia en la charla dictada en la Universidad Externado de Colombia sobre Colusión en licitaciones el pasado 30 de noviembre de 2011, deben seguirse fundamentalmente los siguientes pasos:

1. Identificar el mercado relevante
2. Verificar si se está afectando o no el bien jurídico tutelado
3. Encuadrar la conducta dentro de los tipos legalmente previstos. Si no encuadra en uno específico, acudir a la prohibición general contenida en el artículo primero de la Ley 155 de 1959. En su defecto, nos encontraremos frente a un abuso del Derecho.
4. Iniciar y determinar el juicio de responsabilidad como tal.

Tal y como lo he mencionado ya en varias oportunidades, ésta es la estructura que debería seguirse en una investigación por prácticas comerciales restrictivas e incluso en una penal pese a lo cual, dentro de las resoluciones de la SIC no se encuentra reflejada dicha estructura. Si bien es cierto se identifica el mercado relevante y se hace referencia a la norma y se tipifica la conducta, no se refiere ni a los bienes jurídicos tutelados como tal, no prevé la posibilidad de abuso del derecho ni se desarrolla un juicio completo de responsabilidad.

Dentro de una licitación podemos identificar tres momentos fundamentales tal y como consta en la Guía Práctica para combatir la colusión en licitaciones de la SIC: uno, durante la elaboración y publicación de pliegos, en el cual debe analizarse si con los mismos se está afectando o no la libertad de entrada de los agentes económicos dispuestos a participar. En esta etapa se fomentan mucho más los actos de corrupción, mediante los cuales existe la posibilidad de direccionar los pliegos a favor de determinado proponente.

Un segundo momento, será aquel en el que se presenten propuestas y los oferentes ya se encuentren dentro y formen parte del proceso de licitación. En este momento será en el que más se fomente el acuerdo entre los proponentes para la alteración de la competencia dentro de la licitación. Los acuerdos, pueden tomar las formas expuestas en el capítulo anterior: posturas encubiertas, supresión de ofertas, rotación de ofertas y asignación de mercado.

Finalmente, el tercer momento, será aquel en el cual se ejecute el contrato, cuya técnica principal para la afectación de la competencia, se ve reflejada en la subcontratación de aquellos que no fueron escogidos o incluso, la cesión del contrato.

Iniciada una investigación por colusión en licitaciones ante la SIC, es importante analizar qué tanto poder de injerencia tiene para afectar un proceso de licitación y los mecanismos que se tienen para interrumpir o reversar una licitación. Debe también tenerse en cuenta la importancia de las medidas cautelares dentro de la SIC, con el propósito de intentar parar la licitación mientras se adelanta la investigación. ¿Será viable su materialización? Como respuesta preliminar, de acuerdo a lo expuesto por Julio Cesar Castañeda, Jefe de la División de Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, podemos decir que no¹⁹¹. Lo anterior, debido a que se trata de una orden demasiado compleja que en

¹⁹¹ Sobre las medidas cautelares en colusión en licitaciones, específicamente la solicitud de suspensión de la misma, Julio Cesar Castañeda se pronunció en los siguientes términos: “Respecto de esa medida cautelar, es importante tener en cuenta algo y es que cuando se recibe la queja, todavía no sabemos si se presentó o no la colusión y solo hasta que se investigue se sabe si se presentó o no. Las medidas cautelares son posteriores, nunca antes, solo hasta que se termine la investigación. Consideramos que esa no es una medida cautelar, eso lo puede hacer lo contencioso administrativo, porque consideramos que eso lo debe hacer quien lleva el proceso, saben qué va a pasar, nosotros no estamos facultados para eso...” Finalmente a la pregunta ¿La SIC la decretaría?, respondió: “Difícil”.

caso de ser errada, puede traer consigo una serie de perjuicios para el Estado que pueden ser muy elevados. Esto, aunado a la necesidad de medidas oportunas, y teniendo en cuenta que previo a la apertura de la investigación, hay una averiguación preliminar que toma su tiempo.

Además de la falta de precisión y la incertidumbre frente al ejercicio de los procedimientos y acciones previstos para combatir la colusión en licitaciones, existe también incertidumbre en lo relacionado con la manera en que las diversas entidades y autoridades deben actuar¹⁹², para que las políticas de competencia sean aplicadas de manera coordinada y coherente.

Actualmente, existe un deber de los funcionarios de la SIC, en su calidad de servidores públicos, de denunciar cualquier tipo de actuación contraria a la ley sobre la que tengan conocimiento. Su omisión, implicaría el inicio de las investigaciones penales y disciplinarias correspondientes.

Pese a lo anterior, no hay reciprocidad en dicho deber, pues la Fiscalía no tiene la obligación de informar a la SIC o a cualquier otra autoridad, cuando

¹⁹² En entrevista realizada a Julio Cesar Castañeda y frente a la pregunta realizada, relacionada con la manera de cómo interactúan la SIC y la Fiscalía por casos de colusión en licitaciones, dio respuesta en los siguientes términos: “Yo creo que hay dos formas, hasta donde hemos tenido conocimiento. Cuando la Fiscalía conoce el hecho, lo traslada aquí para que investiguemos. O bien, esta Superintendencia, siendo experta en temas de colusión, conoce de temas propios de colusiones en licitaciones y traslada. La fiscalía que tiene temas de corrupción que tiene que ver con colusión en licitaciones, las conoce y las trae acá, nos envía copia a nosotros o nosotros, vamos primero que la fiscalía, eso sí depende, quien conozca primero el hecho punitivo para ellos o para nosotros, el hecho que pueda afectar la libre competencia.

Que ha venido pasando ahora después de la nueva Ley, que nosotros somos lo que estamos conociendo, lo que hacemos nosotros es que una vez nos llega la queja, abrimos formalmente una investigación y trasladamos a la Fiscalía General” Sobre el hecho de si se trata de una obligación legal, afirma que la ley antitrámites obliga la Superintendencia a hacerlo, pero no ocurre lo mismo del lado contrario. Es decir, la Fiscalía no tiene la obligación de informar a la Superintendencia de los casos que conozca por colusión en licitaciones.

conozca de ciertos casos que puedan ser de interés de otras entidades, por el deber de reserva de la información que se maneja.

4.MECANISMOS PARA COMBATIR LA COLUSION EN LICITACIONES: TRAMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO, ACCION PENAL Y VIABILIDAD DE OTRAS ACCIONES.

Para el desarrollo del presente capítulo, enunciaré y desarrollaré los mecanismos con los cuales puede hacerse frente y combatirse la colusión en licitaciones y a los efectos de dicha conducta sobre el proceso licitatorio, entendido este en todas sus etapas: desde la elaboración de los pliegos hasta la etapa de ejecución del contrato, cuando éste haya sido adjudicado.

En primer lugar, haré referencia al proceso administrativo sancionatorio que se adelanta ante la Superintendencia de Industria y Comercio por prácticas comerciales restrictivas y al proceso penal conforme al nuevo tipo introducido por la Ley 1474 de 2011, teniendo en cuenta que se encuentran expresamente señalados en la Ley.

Posterior a ello, haré referencia a las acciones que eventualmente podrían iniciarse por parte de los afectados con la colusión en licitaciones, luego de verificada la comisión de la conducta dentro de cualquiera de los dos procesos anteriormente enunciados, teniendo en cuenta que no se aplica la prejudicialidad en la materia.

Finalmente, acudiendo a una serie de criterios (relacionados con el objeto del proceso, la etapa en que se encuentre la licitación), haré referencia a la viabilidad de las acciones enunciadas.

4.1. TRIPLE AFECTACIÓN POR LA COLUSIÓN EN LICITACIONES

Lo primero que hay que poner de presente, es que la colusión en licitaciones es una conducta que vulnera diversas normatividades (contratación pública, libre competencia y penal) y cada una de ellas es autónoma, y se encuentra a cargo de una autoridad o juez independiente. En aras de salvaguardar la normatividad vulnerada, vale la pena traer a colación la siguiente consideración: “nuestro marco de acciones es ante todo integral, complementario y de naturaleza diversa, dirigido a la efectividad de los derechos fundamentales, los derechos subjetivos, la legalidad, el interés general y el orden constitucional”¹⁹³. En ese orden de ideas, sobre la colusión en licitaciones, será viable el inicio de varios procesos, dependiendo de la protección que pretenda surtirse.

Dicho lo anterior, la colusión en licitaciones puede ser vista y combatida desde diversos frentes, por lo cual, es importante tener en cuenta que la ley tiene expresamente previstos dos procedimientos, diferentes e independientes: de un lado, existe la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio, del cual derivará la imposición de una multa en caso de que la conducta sea verificada (el cual se rige en virtud de lo establecido por la normatividad de competencia: Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009 principalmente, y demás decretos reglamentarios).

De otro lado, conforme a lo expuesto por la reciente Ley 1474 de 2011, se introdujo un nuevo tipo penal denominado “acuerdos restrictivos de la competencia” que como ya vimos, a pesar de tener esta denominación,

¹⁹³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia: Bogotá:2007. Pág. 129.

únicamente hace referencia a la colusión en licitaciones. Con base en este nuevo delito (incluido dentro del código penal en el artículo 410 A), existe la posibilidad de iniciar un proceso penal por la colusión en las licitaciones.

Además de los dos tipos expresamente contenidos dentro de la ley, y aunque no se encuentre expresamente señalado en las normas administrativas, la colusión en licitaciones también afecta la normatividad de contratación estatal, pues como consecuencia de ella, puede derivarse la expedición de actos administrativos ilegales e incluso una nulidad absoluta del contrato estatal, al ser éste firmado con violación de normas legales.

De lo anteriormente expuesto, podemos extraer una primera idea que servirá de soporte para el presente capítulo: la colusión en licitaciones puede ser vista desde tres puntos de vista, por cuanto afecta tres tipos de normas: (i) De libre competencia (ii) Penales y (iii) Administrativas (De contratación estatal y las relacionadas con la expedición de actos administrativos por parte de la Administración).

Es importante anotar que la competencia de los funcionarios que habrán de pronunciarse dentro de cada uno de los escenarios enunciados es reglada, y por ello, sólo podrán adoptar las decisiones que la ley le autorice, así en el debate probatorio que adelante para adoptar su propia decisión, observe que la conducta infringe otras normatividades por las cuales no es competente ni responsable. Por ende, si la SIC o el juez penal observan dentro de sus procedimientos que existen causales de nulidad del acto de adjudicación, no pueden ni deben adoptar una decisión declarándola, y deben limitarse a declarar la existencia de la infracción e imponer las multas procedentes para el caso del trámite ante la SIC, o proferir fallo condenatorio y declarar la indemnización de perjuicios de ser procedente, en el caso del proceso penal.

En complemento de lo anterior, es importante tener en cuenta sobre los procedimientos anteriores lo siguiente: (i) La decisión proferida por la SIC no produce ningún efecto sobre el proceso licitatorio ni sobre los actos administrativos proferidos por la entidad contratante en desarrollo del mismo, por cuanto la competencia de la Superintendencia se encuentra debidamente reglada y limitada al tema de prácticas comerciales restrictivas, para llevar a cabo investigaciones y sancionar mediante la imposición de multas a aquellas personas que ejecuten las conductas prohibidas.

En ese orden de ideas, una decisión sancionatoria proferida por la Superintendencia “es tan sólo un acto administrativo por medio del cual se imponen sanciones a los infractores de las normas de competencia, por cuanto la SIC carece de competencia para pronunciarse sobre temas diferentes a los anteriormente mencionados, como por ejemplo, la validez de la licitación o la indemnización de daños a los proponentes afectados con la conducta”¹⁹⁴.

De otro lado, (ii) Respecto a la naturaleza y propósito del proceso penal, de entrada es importante mencionar que se trata de un proceso con el cual se pretende la responsabilidad personal de quienes intervienen en la conducta contraviniendo el orden jurídico. De igual manera, tal y como lo manifestó Carlos Andrés Perilla, “en el proceso penal el juez debe indemnizar los daños causados por el delito”¹⁹⁵

¹⁹⁴ Tal y como lo manifestó Carlos Andrés Perilla en entrevista personal realizada el 12 de enero de 2012.

¹⁹⁵ Así lo señaló Carlos Andrés Perilla en la entrevista personal realizada el 12 de enero de 2012.

Como consecuencia de lo anterior, tanto la entidad pública como principal afectada así como los demás proponentes afectados con la colusión, podrán hacerse parte dentro de este proceso, para lograr la indemnización de perjuicios en su calidad de víctimas.

Al igual que como se señaló para el procedimiento administrativo ante la SIC, el juez penal carece de competencia para pronunciarse respecto de la validez de los actos administrativos proferidos durante la licitación en la que tuvo lugar la colusión. Sin embargo, el fallo condenatorio podrá trasladarse al ámbito de lo contencioso administrativo, con el propósito de debatir la legalidad de los actos administrativos, o del contrato mismo en caso de que ya se encuentre firmado. En ese orden de ideas, los fallos condenatorios en materia penal serán tenidos en cuenta por el juez de lo contencioso administrativo o por la entidad administrativa (en caso de que el proceso finalice antes de la decisión de fondo de la SIC), como prueba dentro del proceso. Si bien no existe prejudicialidad en la materia (es decir, no debe esperarse a que exista fallo para poder iniciar otro proceso), es considerable la importancia probatoria que tendrán las decisiones sancionatorias dentro de otros procesos, las cuales deberán ser analizadas en uso de las reglas de la sana crítica, junto con el resto del material probatorio y será el juez el que le otorgue el valor probatorio que considere pertinente, pues aún la ley no le ha otorgado ninguno.

Con el propósito de hacer referencia a la posibilidad de iniciar trámites/acciones (dependiendo si se inicia ante la SIC o ante la Jurisdicción), por casos de colusión en licitaciones, es importante tener en cuenta que por ser la libre competencia un derecho constitucional, cuenta con ciertos privilegios dentro de los cuales se encuentran los siguientes: Supremacía frente a otras normas inferiores, posibilidad de ser defendido a

través de un juicio de constitucionalidad (entendido éste como la salvaguarda general de las disposiciones constitucionales y la protección de un derecho colectivo constitucionalmente amparado), interpretación del ordenamiento conforme dicho derecho y posibilidad de acudir a mecanismos de protección de derechos constitucionales¹⁹⁶.

Pese a lo anteriormente expuesto, en el sentido de que cada autoridad debe pronunciarse dentro del marco de las reglas legalmente establecidas, es importante mencionar que en el sistema legal colombiano, nada impide que cualquier juez pueda investigar y declarar la ocurrencia de una práctica anticompetitiva, cuando así sea solicitado (ante la jurisdicción ordinaria y la de lo Contencioso Administrativo, conforme al principio de justicia rogada) ya que la SIC no goza de exclusividad para investigarlas ni para declarar su ocurrencia y que las normas sobre PCR hacen parte del derecho positivo nacional, de aplicación imperativa y por ende, pueden ser aplicadas por los jueces. En complemento de lo anterior, es importante tener en cuenta que un juez no podrá iniciar de oficio (como sí lo hace la SIC) una investigación por colusión en licitaciones.

Existe también la posibilidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el propósito de impugnar los actos administrativos expedidos con ocasión de la licitación, o demandar la nulidad del contrato estatal celebrado como consecuencia de una colusión en licitaciones. En este caso, la consecuencia jurídica del proceso tendrá que ver con la validez del proceso licitatorio o del contrato en caso de que éste ya haya sido

¹⁹⁶ Carlos Andrés Perilla, *Propuestas para la protección de la libre competencia ante los jueces civiles*, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 21, febrero de 2006. Consultado en http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf el 8 de enero de 2012. Pág. 21

adjudicado. Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es importante tener en cuenta lo siguiente:

“La idea de juzgar a la Administración y de garantizar tanto los derechos subjetivos como la legalidad objetivamente considerada se ha consolidado de manera magnífica en la evolución del Estado de derecho, en donde el control fluye como una necesidad justificadora y sustentadora de su existencia conceptual y práctica”¹⁹⁷

Para llevar a cabo el control constitucional¹⁹⁸ y de legalidad ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, se asumió un esquema *sui generis* de modalidad integral,

“que llega a las más profundas situaciones de la actividad pública e incluso de las relaciones entre particulares, en donde es responsabilidad directa e indelegable de prácticamente todas las autoridades, por las vías de aplicación directa, de la acción, la excepción, el recurso, el control de legalidad, la revocación, respetar y hacer prevalecer la Constitución en todo momento frente a los desmanes, desconocimientos, litigios o alteraciones de cualquier orden que pudiera sufrir la carta con motivo de los actos

¹⁹⁷ SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia: Bogotá:2007. Pág. 27

¹⁹⁸ Al hablar de “control constitucional” ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se hace referencia no sólo a la competencia otorgada en la materia a la Corte Constitucional, sino también a la posibilidad de acudir a esta jurisdicción para que “además de sus atribuciones ordinarias de control judicial a la administración pública, se le confía un permanente control a la Constitución a través de todas las acciones posibles ante ella, lo cual la convierte también en un juez de la Carta fundamental del Estado” (Jaime Orlando Santofimio, *ibídem*. Pág. 48)

administrativos y, en general, de las actuaciones de la administración pública o de los particulares que ejerzan funciones públicas”¹⁹⁹

Sobre la jurisdicción contencioso administrativa, es importante tener en cuenta que se trata de una justicia rogada, por lo cual, el juez contencioso tan solo puede fallar de acuerdo a lo pedido y explicado por el interesado en el caso de acciones donde se discuten derechos objetivos, o a lo solicitado por el accionante tratándose de acciones objetivas de defensa del orden legal o de contencioso de anulación²⁰⁰.

Tal y como ya fue señalado, en todas las acciones y trámites que se inicien por colusión en licitaciones, se llevará a cabo un análisis de la existencia e ilegalidad de la conducta (con o sin existencia de fallo previo proferido por la SIC o por el juez penal) y la diferencia entre ellos será la consecuencia derivada del proceso. En caso de encontrarse probada la existencia de la conducta, los efectos serán diferentes para cada una de ellas. La declaración de la ilegalidad de la conducta puede corresponder o bien a la pretensión principal, o a un paso previo a la declaratoria de otro tipo de responsabilidad para la indemnización de perjuicios o la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

Antes de entrar a enunciar las alternativas existentes para combatir la colusión en licitaciones, quisiera hacer claridad en una serie de aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el lector a efectos de ser precisa a la hora de determinar la viabilidad y los efectos de cada una de las acciones. Luego de estas consideraciones previas, procederé a la enunciación de

¹⁹⁹ Jaime Orlando Santofimio, *Ibídem*. Pág. 47

²⁰⁰ Jaime Orlando Santofimio, *Ibídem*. Pág. 67

manera general de la gama de acciones legalmente previstas que a mi juicio, podrían ser iniciadas para combatir la colusión en licitaciones y terminaré enunciando de manera precisa las alternativas que proceden atendiendo a cada una de las etapas del proceso licitatorio.

Las acciones a las que haré referencia, son aquellas que podrían iniciarse luego de proferida una decisión sancionatoria por parte de la SIC o un fallo penal condenatorio, debido principalmente al hecho de que no han tenido efecto alguno sobre los procesos licitatorios ni sobre los contratos, cuando éstos ya han sido adjudicados y celebrados. Pese a lo anterior, nada obsta para que sean iniciadas sin necesidad de fallo previo debido a la no existencia de prejudicialidad.

Sobre el particular, quisiera hacer una claridad preliminar: en materia de colusión en licitaciones no hay prejudicialidad, por lo cual, cualquiera de las acciones enunciadas podrá ser iniciada de forma paralela o incluso sin que exista investigación en la SIC o fallo penal, siempre que se cumpla con los demás supuestos procesales.

En primer lugar, reitero la importancia de la doble dimensión del derecho a la libre competencia, a la que se hizo referencia en el capítulo segundo (en cuando a su óptica objetiva y subjetiva), pues es uno de los criterios que fijé para el análisis de las acciones que proceden en contra de la colusión en licitaciones. Dependiendo de la óptica que se le mire, podremos concluir el objeto que se persigue con el inicio de la acción y el legitimado para ejercerla.

De un lado, tenemos la protección del interés general y del derecho a la libre competencia en su dimensión colectiva y objetiva, la cual podrá realizarse a

través de cualquiera de las siguientes alternativas: (i) Trámite administrativo sancionatorio ante la SIC y, (ii) Acción popular para la protección del derecho colectivo a la libre competencia. Con estas acciones no se pretende la reparación de perjuicios particulares, sino la protección del derecho colectivo a la libre competencia y del interés general. Tal como lo expone Carlos Andrés Perilla, “el común denominador de dichas acciones²⁰¹, es que ambas buscan proteger el interés público en la libre competencia”²⁰²

Para la protección del derecho a la libre competencia como derecho particular y subjetivo, podrán iniciarse todas aquellas acciones que por su naturaleza, impliquen un análisis de caso particular y que tengan como propósito principal la indemnización de perjuicios particulares causados con ocasión de la colusión en un proceso licitatorio. Dentro de esas acciones, encontramos las siguientes: (i) Acción por responsabilidad civil extracontractual ante la jurisdicción ordinaria (ii) Acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (iii) Acción de controversias contractuales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (iv) Acción penal.

²⁰¹ Quisiera hacer claridad en que cuando me refiero al término “acción”, me estaré refiriendo indistintamente a dos de los significados que según el Diccionario de la Real Academia Española puede tener: de un lado, como ocurre en esta idea, me refiero a “acción” como un verbo en el entendido del *ejercicio de la posibilidad de hacer*. Pero también emplearé el término para referirme a su dimensión jurídica, el cual deberá entenderse en los siguientes términos: *en sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés*. http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acción, (consultado el 9 de enero de 2012). Considero importante hacer esta claridad, teniendo en cuenta que en estricto sentido el trámite administrativo ante la SIC no es una acción en su acepción jurídica.

²⁰² PERILLA, Carlos Andrés. *ibídem*. Pág. 24

En complemento de lo anterior, existe la posibilidad de convocar a un Tribunal de arbitramento con el propósito de debatir ciertos aspectos particulares y subjetivos derivados de la conducta.

En segundo lugar, los afectados por la colusión en licitaciones deben también tener en cuenta la etapa en la que se encuentre la licitación, pues constituye un factor determinante para analizar la viabilidad y procedencia de la acción que pretende iniciarse.

En tercer lugar, es pertinente tener claridad acerca del objeto sobre el cual recae la acción o el objeto a analizar con determinada acción, en aras de poder determinar los efectos que eventualmente podría tener una decisión sancionatoria. Sobre este punto, haré especial énfasis en los efectos de las decisiones de la SIC como autoridad única de competencia, debido principalmente a que ha sido la única que ha conocido casos específicos por colusión en licitaciones. De entrada indicaré que no considero que las acciones de la SIC sean vinculantes y necesarias para otros procesos y que en materia de colusión en licitaciones, no existe prejudicialidad; lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que pueda ser dado a la decisión de la SIC para el inicio de otro proceso ante la jurisdicción, dada su especialidad en el tema.

Acercas de las decisiones de la SIC, es también importante hacer referencia a otro punto relacionado con la posibilidad de impugnarlas ante la jurisdicción, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, advirtiendo de entrada que en estos casos buscará impugnarse el acto como tal y declarar su nulidad. En ese orden de ideas, no se tratará de una forma de atacar la colusión, sino de un examen de validez de un acto administrativo. En complemento de lo anterior, es importante mencionar que el ejercicio de esta

acción (contrario a las demás), sí depende de la existencia de un trámite previo ante el ejecutivo y se trata de una etapa opcional, es decir, que puede o no tener lugar luego de concluido el trámite administrativo. De hecho, para colusión en licitaciones, tal y como lo señalo Julio Cesar Castañeda, Jefe del Grupo de Competencia, a la fecha no sido demandada ninguna de las resoluciones que han puesto fin al trámite administrativo por colusión en licitaciones.

Luego, al final, será la conjugación de una serie de criterios y factores que analizados de manera sistemática, ayudarán al lector o a quien se encuentre con interés de combatir la colusión en licitaciones, a definir las acciones que podrá intentar con ese propósito, pues de manera general no existe una regla que se pronuncie acerca de su procedencia, viabilidad y efectividad; dependerá en cada caso concreto. Sobre las autoridades competentes que habrán conocer de las acciones, son principalmente la SIC como autoridad única en materia de competencia frente a los trámites administrativos sancionatorios, y los jueces penales, civiles, de lo contencioso administrativo e incluso constitucionales, dependiendo de la acción que se inicie y conforme a los criterios de competencia establecidos en la ley.

Lo anteriormente expuesto, puede sintetizarse en el hecho de que, a efectos de determinar las acciones y los efectos de las mismas sobre el proceso licitatorio, es importante tener en cuenta los siguientes criterios:

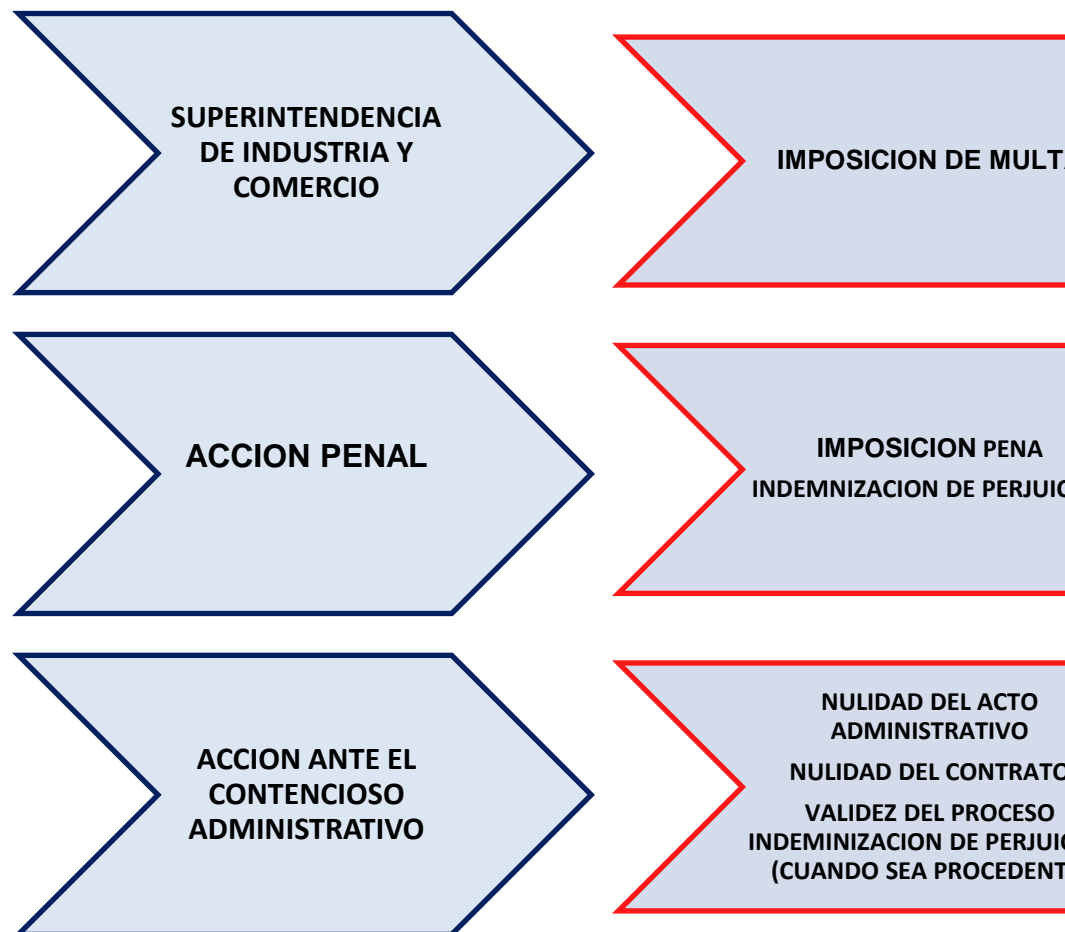
1. Un primer criterio general, tiene que ver con la normatividad infringida, la cual puede ser de tres clases: (i) De libre Competencia (ii) Penal y (iii) Administrativa (De contratación estatal y las relacionadas con la expedición de actos administrativos por parte de la Administración). En ese orden de ideas la colusión en una licitación implica la violación de

normatividades diferentes, por lo cual, los campos de acción son diferentes y variarán de acuerdo con lo que se pretenda y ante la autoridad que se inicie, pues las consecuencias serán diferentes.

2. Debe analizarse la dimensión del derecho a la competencia que pretende protegerse, pues de ello derivará el propósito que se persiga con la acción y el legitimado para ejercerla: si es cualquier persona o si se requiere acreditar un interés particular y directo.
3. Dependiendo del momento de la licitación en el que nos encontremos, podremos determinar la viabilidad de determinada acción; la acción a iniciar dependerá principalmente de si en virtud de la colusión se ha causado o no un daño y pretende repararse, o si se trata de una mera expectativa y lo que se busca es salvaguardar el derecho a la libre competencia de manera general.
4. Finalmente, debe tenerse presente el objeto sobre el cual recaerá la acción y sobre el cual habrá de pronunciarse la autoridad competente, que se reduce a si la acción habrá de tener como objeto de investigación la conducta misma o el análisis de legalidad de un acto administrativo o de un contrato celebrado por la administración. Sobre el particular, es importante anunciar de entrada que en todas las acciones y procedimientos deberá hacerse un análisis sobre la existencia e ilegalidad de la conducta misma; la diferencia, radica en la consecuencia que se deriva de cada uno de los procedimientos: si es ante la SIC, la consecuencia será la imposición de una multa a los infractores; dentro de un proceso penal, la consecuencia será la imposición de la pena prevista en la ley, más la condena a la indemnización de perjuicios. En el proceso ante el contencioso administrativo, la consecuencia del examen de

conducta será la nulidad de los actos administrativos proferidos o del contrato mismo en caso de que ya haya sido adjudicado.

CONSECUENCIAS DE CA



Expuestas las anteriores consideraciones, las siguientes son las acciones que eventualmente, atendiendo a los criterios anteriormente expuestos, podrían iniciarse frente a un caso de colusión en licitaciones:

4.2. TRÁMITE ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO ANTE LA SIC

Con la actuación iniciada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que se pretende es ejercer la protección del derecho colectivo a la libre competencia. Supone una actuación ante una entidad pública, y se investiga la infracción de las normas sobre libre competencia. Los trámites administrativos ante la SIC como veremos más adelante, podrán iniciarse a solicitud de parte o de oficio por la misma Superintendencia.

Quien cuenta con mayor interés dentro del trámite administrativo es el mismo investigado, pues es quien puede ser destinatario de los efectos jurídicos del mismo: la multa y orden de modificación o cesación de la conducta. “De hecho, el denunciante no forma parte de la relación bilateral que surge entre la administración y el investigado, sólo puede llegar a ser acreditado como tercero interesado si así logra probarlo”²⁰³

Conforme a lo establecido por los artículos 35 y 39 del C.C.A., la denuncia de conductas anticompetitivas ante la SIC, constituye una petición de interés general y cualquiera puede iniciarla, ya que no requiere una legitimación específica y protege un derecho colectivo. Lo anterior y la presentación de información ante la SIC, pueden ser entendidas como una forma de cooperación de los particulares con la Administración, y no significan litigar en causa propia²⁰⁴.

En caso de verificar la comisión de una conducta contraria a la libre competencia, se impone una sanción pecuniaria tanto a la empresa

²⁰³ Carlos Andrés Perilla, *Ibídem.* Pág, 22

²⁰⁴ Carlos Andrés Perilla, *Ibídem.* Pág, 22

investigada, como a las personas naturales que se vean involucradas, la cual va dirigida al erario público. Lo que la SIC busca es analizar la ilicitud de la conducta con base en la tipicidad y en la identidad entre la conducta y los supuestos contenidos en la norma, no es necesaria la producción de un resultado para que sea sancionada, pues es suficiente con verificar el “objeto” de la conducta. Basta con verificar la existencia del acuerdo entre los proponentes, con el propósito de restringir la competencia dentro del procedimiento de licitación o concurso y lograr la adjudicación.

Sobre las prácticas restrictivas en general, tal y como se deduce de la Tabla 6 (Denominada “Casos por infracciones de la ley de competencia, resueltos entre 2000 y 2009, por resultado), incluida en el informe inter-pares para Colombia elaborado por la OCDE y el BID, a 30 de abril de 2009, de un total de 141 casos adelantados por la SIC por infracciones de la ley de competencia, sólo el 30% (43 casos) fue sancionado, el 37% (52 casos) terminó sin sanción y el 33% (46 casos) fue terminado con compromisos. Los datos enunciados corresponden a casos iniciados de manera general por infracciones a la ley de competencia.

De lo anterior y de la tabla que será incluida a continuación (en la que se incluyen los casos relativos únicamente a colusión en licitaciones), podemos concluir que los casos sancionados por la SIC por colusión en licitaciones son muy pocos, dentro del período comprendido entre el 2001 y el 2011. Según mi propia investigación, la SIC ha sancionado únicamente tres casos por colusión en licitaciones.

Los procedimientos empleados por la SIC en sus investigaciones por prácticas comerciales restrictivas se encuentran contenidos en el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 0019 de 2012. Los procedimientos del código Contencioso Administrativo y del Código de

Procedimiento Civil (fundamentalmente en aspectos relacionados con medios probatorios) se aplican también en casos de competencia cuando no contradigan la normatividad anterior²⁰⁵.

El proceso habrá de describirse con posterioridad, pero la experiencia ha demostrado que aunque ha sido el más usado, ha terminado únicamente con tres sanciones por colusión en licitaciones, tal como se expone a continuación. De acuerdo a los datos suministrados por la SIC con el radicado 11-172709 de 11 de enero de 2012, actualmente se encuentran en trámite 7 casos por colusión en licitaciones (además de las que se señalan a continuación que ya fueron resueltas), y se pudo establecer que “desde el año 2000 a la fecha se han abierto veintiséis investigaciones por violación al numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo cual corresponde al 13.47% del total de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia”²⁰⁶

Tabla No. 4 - Casos de colusión en licitaciones resueltos por la SIC en el período comprendido entre el 2001 y el 2011²⁰⁷

(Elaboración propia a partir de datos suministrados por la Superintendencia de Industria y Comercio)

²⁰⁵ Tal como lo señala Julio Cesar Castañeda Jefe de la división de competencia de la SIC (en entrevista personal realizada), a la fecha no han sido demandadas ante la jurisdicción ninguna de las sanciones impuestas por dicha entidad por los casos específicos de colusión en licitaciones resueltos.

²⁰⁶ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, respuesta a derecho de petición de información con el radicado 11-172709 de 11 de enero de 2012.

²⁰⁷ Color verde oscuro: señala los casos sancionados

Color morado: señala casos terminados con orden de archivo

Color verde claro: señala caso terminado por caducidad

Color rosado: señala caso terminado por ofrecimiento de garantías

No.	RADIC.	AÑO	INVESTIGADOS	CIU	No. RES./AUT O	FECHA	CONDUCTAS	No. Res	FECHA	DECISIÓN
1	80121	2001	Sercopav Ltda.	5163	9033	28/03/2001	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1992	22514	10/07/2001	GARANTIAS
2	80121	2001	Sercopav Ltda.	5163	9033	28/03/2001	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1992	44341	28/12/2001	DECLARA CADUCIDAD
3	1087457	2001	Ingemac Ltda. Vs. Proinpo del Caribe Ltda.	7421	40687	30/11/2001	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1992	16048	13/07/2004	ARCHIVO
4	1092709	2002	Pintuco S.A.	7421	1044	24/01/2002	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1993	9672	09/04/2003	ARCHIVO
5	2037428	2002	Construcción El Condor	7421	20927	28/06/2002	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1994	22379	28/08/2006	ARCHIVO
6	2074243	2002	IDU Consorcio Implementación Técnica N. Juan Carlos Sanabria Rodríguez, Jorge Enrique Forero Diaz. Ológica Ltda. Informática Tecnológica Ltda. Carlos Eduardo Moreno. Consorcio Computadores 2002-RT Colomboitálica de inversiones Ltda. Fabio Eduardo Patiño	7421	91924	30/09/2002	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1995	21822	01/09/2004	SANCION
7	3006514	2003	Jorge Eliecer Parra Salinas	9112	12144	30/04/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1996			ARCHIVO
8	3006515	2003	Pablo Eduardo Neira Lombana, Hace Ingenieros Ltda. Jesus Elquin Hernández Rojas - Integrante Consorcio HE	7290	12473-22841	30/04/2003 19-8-2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1997	24227	01/09/2004	ARCHIVO
9	3027512-	2003	Luis Eduardo Novoa Carrillo. Consorcio Materiales		12675	02/05/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1998	23683	04/09/2006	ARCHIVO
10	3027517	2003	Integrantes Unión Temporal Vías 030		20983	29/07/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 1999	24903	14/08/2007	ARCHIVO

No.	RADIC.	AÑO	INVESTIGADOS	CIU	No. RES./AUT O	FECHA	CONDUCTAS	No. Res	FECHA	DECISIÓN
11	3017305	2003	Consortio CYM. Fernando Moreno Rodríguez-Benito Oswaldo Pérez Parada - Sociedad Suarez y Silva Ltda. Ingenieros Contratistas. Juan Carlos Aldana A. Sociedad Constructora Solanos Ltda. Héctor Gustavo Solano Bernal. Sociedad Concretos Asfálticos de Colombia. Concrescol. Oscar Alberto Torres.	7421	25798	12/09/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2000	21593	31/08/2004	ARCHIVO
12	3017306	2003	Horacio Vega Cárdenas. Sociedad Suarez y Silva Ltda. Ingenieros Contreatistas. Juan Carlos Aldana A. Sociedad Constructora Solanos Ltda. Hector Gustavo Solano Bernal. Sociedad Concretos Asfálticos de Colombia Concrescol. Oscar Alberto Torres Consortio Galan VYC, José Guillermo Galán Gómez, Jose Guillermo Galan Gomenez. Sociedad Vias y Canales Ltda. Andrés Galán Echeverri.	7421	25800	12/09/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2001	21596	31/08/2004	ARCHIVO
13	3027518	2003	Integrantes del Consorcio Varga Velandia 032.	7421	28388	30/09/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2002	22831	04/05/2009	ARCHIVO
14	3027513	2003	IDU - MARTIRES IDU LP UEL 049 2002. Jesus Elquin Hernández Rojas. Antonio Esteban Sanchez Torres. Hace Ingenieros Ltda.	28397	28397	30/09/2003	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2003	2932	15/02/2005	ARCHIVO
15	07/118386	2008	Empresa de Telecomunicaciones de Colombia Infonet Enterpris S.A. Comsat International Inc. Internet por Colombia S.A. Organización de ingeniería Grupo Odinsa S.A. Internacional. Odinsa Proytectos e Inversiones S.A.	19785	19785	18/06/2008	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2004	47481	01/09/2010	ARCHIVO

No.	RADIC.	AÑO	INVESTIGADOS	CIU	No. RES./AUT O	FECHA	CONDUCTAS	No. Res	FECHA	DECISIÓN
			Anditel S.A. Andicel S.A. hoy Andical S.A. Hector Fandiño, Rafael Caicedo, Alvaro Ceballos, Víctor Londoño, Luis Fernando Jaramillo, Mario Dib, Oscar Enrique Correa.							
16	06/61146	2008	German Vega Cruz	19804	19804	18/06/2008	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2005	1055	19/01/2009	SANCION
17	07-106011		MP y ML. Ingenieros (Integrantes del consorcio Vial Colombiano; Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas. Jorge Díaz Murcia.	7290	44008	24/08/2010	Numeral 9, Artículo 47, Decreto 2153 de 2005	64400	16/11/2011	SANCIÓN

La relación anteriormente enunciada puede ilustrarse de la siguiente manera:

Gráfico No. 5 - Ilustración de orientación de decisiones tomadas por la SIC en materia de colusión en licitaciones (2001-2011)



Como se puede apreciar en la anterior gráfica, desde el año 2001 a la fecha, sólo se han resuelto 17 casos que se enmarcan dentro de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia relacionadas con colusión en licitaciones, por violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992²⁰⁸ y tres de ellas, equivalente al 18%, concluyó en una sanción; el 70% de las actuaciones terminó en auto de archivo, en una fue declarada caducidad y la última concluyó con la constitución de garantías.

Después del caso Intersystem (segundo caso sancionado), es importante traer a colación la reciente Resolución de la SIC (No. 64400 de 16 de noviembre de 2011) por medio de la cual se impone una sanción por colusión en licitaciones. Tal y como lo estableció la misma Superintendencia, “es el primer resultado del trabajo adelantado por el Grupo Anticolusión creado a finales del año pasado por la Entidad, con el fin vigilar el respeto de las normas de protección de la competencia en la contratación estatal y evitar la colusión en licitaciones”.

En el caso concreto, la entidad encontró demostrado con las pruebas recaudadas, que las ofertas presentadas por los investigados tenían múltiples similitudes, circunstancia que unida a los análisis matemáticos realizados, permitieron concluir que los sancionados realizaron una colusión para obtener la adjudicación de la obra referida. En consecuencia, la Superintendencia consideró que con las conductas realizadas se afectó de

²⁰⁸ Sobre las investigaciones adelantadas por la SIC en materia de colusión en licitaciones, es importante tener en cuenta lo siguiente señalado por Julio Cesar Castañeda (en entrevista personal realizada), Jefe de la División de competencia de la Superintendencia: *El tema de acuerdos colusorios en licitaciones públicas fue muy fuerte entre el 2002 y el 2005, se tiene un periodo en que permanece estático y volvió a renacer el tema de corrupción y de acuerdos y colusiones en licitaciones públicas en empresas públicas en los años 2010 y 2011.* En entrevista realizada

manera directa la libre y leal competencia, teniendo además repercusiones negativas en la administración de los bienes públicos.

Por lo anterior, se impuso una multa de \$1.071.200.000 a la empresa Constructora M.P. y \$1.071.200.000 a la empresa M.L. Ingenieros, así como de \$160.680.000 a cada una de las personas naturales involucradas en la infracción.

Dada la gravedad de la conducta, la entidad puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la decisión tomada, con el fin de que se realicen los análisis correspondientes²⁰⁹. Tomando como referencia el caso anterior y con el ejercicio contenido en la resolución de sanción precedentemente citada, podríamos reconocer el inicio de una estrategia de combate en contra de la colusión en licitaciones más agresiva que la de los últimos años, en los que únicamente se impusieron dos sanciones, entre otras cosas, irrisorias.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente:

- Que de los procesos llevados a término por la Superintendencia, la denuncia fue interpuesta por la misma entidad encargada de la licitación, al advertir ciertas situaciones propias de la colusión. De la lectura de las resoluciones por medio de las cuales la SIC decide de fondo, se desprende que todos los trámites administrativos fueron iniciados a solicitud de la entidad contratante, sin que se observara el inicio por queja de un particular. ¿Qué quiere decir esto? Que los particulares no están

²⁰⁹ Superintendencia de Industria y Comercio “La Superintendencia de Industria y Comercio impone histórica sanción por colusión en contratación pública” Tomado de <http://www.sic.gov.co/es/web/guest/la-superintendencia-de-industria-y-comercio-impone-historica-sancion-por-colusion-en-contratacion-publica>, consultado el 8 de enero de 2012.

interesados en iniciar un trámite ante la Superintendencia, pues como hemos visto, con éste trámite únicamente se pretende salvaguardar la libre competencia y en caso de probar la existencia de ilegalidad de la conducta, se impondrá una multa, cuya destinación será el mismo Estado.

- Como consecuencia de los pocos casos por colusión en licitaciones conocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, podríamos concluir que una de las causas es el desconocimiento por parte de la ciudadanía y del Estado mismo a través de sus entidades, sobre la normatividad de competencia. El sustento que usé para esta consideración, obedece principalmente al hecho de que no ha sido muy desarrollado el tema ni por la doctrina ni por la jurisprudencia y, además, por los pocos casos que existen en el tema, sumado a la falta de ejercicio de acciones que a pesar de ser viables, no han sido iniciadas. De igual forma, tomé como referencia las cifras de los casos sancionados, y la falta de material probatorio contundente que ha llevado al archivo de la mayoría de las investigaciones; si existiera mayor conocimiento y conciencia sobre el tema, tal vez no se hubieran interpuesto algunas denuncias, o se hubiera actuado de otra manera dentro de la investigación, se habrían aportado otras pruebas, el análisis hubiera sido diferente, entre otros factores. Pese a lo anterior, puede obedecer a otras razones y todo puede ser consecuencia del hecho de que la conducta no es tan grave como aparenta serlo, como lo expondré en las consideraciones finales del presente trabajo. Para esta consideración, me apoyé también en lo manifestado por Julio Cesar Castañeda en la entrevista realizada.²¹⁰

²¹⁰ En el mismo sentido se pronunció Julio Cesar Castañeda, Jefe de la división de competencia de la SIC en entrevista personal realizada, al advertir que existe alto grado de desconocimiento de la normatividad en materia de competencia y de las acciones legalmente previstas para combatir la comisión y los efectos por las prácticas comerciales restrictivas, especialmente para la colusión en licitaciones teniendo en cuenta el caso que nos ocupa.

- Que las actuaciones de la Superintendencia no han sido lo suficientemente profundas y exhaustivas para lograr demostrar la violación de la norma y por tanto, han sido muy pocos los casos que han terminado con sanción, más aun cuando ponemos de presente el hecho que la prueba de la colusión es un tema complejo que requiere de un análisis probatorio conjunto y sistemático. Esto se traduce en poco estímulo para el inicio de procedimientos administrativos sancionatorios y en la falta de decisiones ejemplares que desestimen la comisión de la conducta.
- Las pocas sanciones en materia de colusión en licitaciones, derivan principalmente en la falta de material probatorio que acredite la ejecución e ilegalidad de la conducta. Esta afirmación encuentra su sustento en las consideraciones de los casos archivados de la SIC, en los cuales se señala que los casos son archivados por no contar con pruebas contundentes que acrediten la existencia e ilegalidad de la conducta. En ningún momento hacen referencia a la inocencia de los investigados, en el sentido de mencionar que del análisis de las pruebas podría derivarse su inocencia. Sobre el particular, es importante tener en cuenta la complejidad probatoria en materia de acuerdos colusorios y la aplicación del principio de favorabilidad en caso de duda a favor de los investigados, pues dada la dificultad para recaudar pruebas en la mayoría de los casos, la SIC ha optado por impartir orden de archivo y en otros casos, aceptar el ofrecimiento de garantías que pueden no ser suficientes frente a los efectos nocivos de la conducta. Luego de realizar una lectura de todas las Resoluciones por medio de las cuales la Superintendencia ha emitido pronunciamiento de fondo, puedo concluir que los argumentos han sido bastante superficiales, frente a decisiones de otras autoridades de

competencia²¹¹. Vale la pena dar mérito a la última decisión sancionatoria proferida por la Superintendencia, en la que puede verse un ejercicio mucho más juicioso al examinar la ilicitud de la conducta. Sobre las demás resoluciones, es también importante anotar que han sido casi un “copy-paste”, pese al hecho que cada caso tiene particularidades que deben ser analizadas caso por caso, de una manera muy puntual.

- Las consideraciones anteriores implican la falta de oportunidad en las decisiones de la SIC y tienen como consecuencia la falta de incentivos para iniciarse, principalmente por no contar con sanciones ejemplarizantes. Lo anterior, aunado al hecho que en las investigaciones de la SIC no existe indemnización de perjuicios particulares para quienes se vean afectados con la conducta ni efectos directos sobre el proceso licitatorio, pues como habrá de verse, incluso una de las sanciones fue

²¹¹ Por ejemplo la decisión adoptada por la Comisión Nacional de la Competencia Española, en el cual se nota un ejercicio mucho más profundo sobre la evaluación de la conducta. Res. Exp. S/0226/10 (Caso de licitaciones de carreteras contra 53 empresas, en la que se analiza la existencia de posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos para el reparto de mercado y fijación de precios en los mercados de asfaltos y productos relacionados). En la resolución se hace un completo análisis que abarca lo siguiente: identificación de las partes, análisis del marco normativo aplicable (normas aplicables a la contratación pública, ámbito de aplicación de la ley, procedimiento para la adjudicación de contratos), evaluación de indicios, análisis de precios de las propuestas y de la media de la licitación, descripción de las actividades objeto de análisis, descripción de la licitación, identificación de los demandantes, examen de los documentos relevantes (archivos en Excel, documentos, pagarés), prueba de reuniones acreditadas, se analizan las licitaciones a las que hace referencia toda la documentación, se requiere a las entidades respectivas para el suministro de información previa, identificación de las 53 empresas participantes, descripción de mecanismos para acordar ofertas para licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas (de coordinación, procedimiento restringido, contacto entre empresas, prueba de reuniones, análisis de la estrategia de presentación de precio a la baja), análisis de reconocimiento de hechos por parte de algunas empresas, fundamentos de derecho, análisis de cuestiones de procedimiento, alegaciones de las partes, análisis de las pruebas, calificación de la infracción, definición de mercado, pronunciamiento sobre la conducta como tal, análisis de datos estadísticos, análisis de responsabilidad (de cada una de las partes), cálculo del importe básico de la sanción el cual depende de muchas variables, enunciación de atenuantes y agravantes, entre otros.

impuesta luego de ejecutado y liquidado el contrato suscrito como consecuencia de una colusión en la licitación.

4.2.1. Procedimiento administrativo sancionatorio

Cuando se ven vulneradas las normas que regulan la competencia en los mercados, la SIC se convierte en la agencia estatal encargada de investigar y sancionar dichos actos, siendo uno de estos, los actos colusorios que perjudican directamente la libre competencia de aquellos que participan en un proceso licitatorio.

En estos casos, la SIC se convierte en la entidad gubernamental encargada de salvaguardar el derecho a la libre competencia y a su vez, tiene el compromiso de colaborar armónicamente con las demás entidades públicas que se vean afectadas con actos u acuerdos colusorios en licitaciones públicas. Los principios de coordinación y colaboración armónica, son pilares de la función administrativa, lo que obliga a aquellas entidades que detecten la existencia de colusiones, ponerlas en conocimiento de la SIC en ejercicio los citados principios y en ejercicio del deber de denuncia que los cobija. De igual forma la SIC tiene el deber de informar a la Fiscalía cuando se profieran decisiones sancionatorias, por encontrarse configurado un delito.

Sin embargo, a pesar de que la SIC cuenta con la competencia para investigar y sancionar actos y acuerdos de ésta naturaleza, aquellas entidades estatales que detecten o se hayan visto afectadas por este tipo de

acuerdos dentro de un proceso de licitación, tienen la potestad de tomar las acciones internas que consideren pertinentes e inclusive, podrán suspender el proceso licitatorio a través de un acto debidamente motivado o declarar desierta la licitación tal y como se hizo en varios de los casos investigados por la SIC. Podemos entender que las entidades detectan que hay colusión, cuando dentro de la licitación se presenta cualquiera de los indicios ya identificados y enunciados en el presente trabajo.

A pesar de lo anterior, debemos reiterar que es la SIC quien tiene dentro de sus propósitos, el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas que se encuentran previstas en la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y demás normas complementarias, razón por la cual goza de la posibilidad de imponer medidas y multas cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.²¹² En virtud de lo establecido por el artículo 6º de la Ley 1340 de 2009, la SIC es la autoridad única en materia de competencia²¹³.

Por tal motivo, en aquellos casos en donde existan acuerdos que impliquen la infracción a las disposiciones de protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la SIC ejerce de forma privativa la potestad de iniciar investigaciones administrativas, imponer multas y adoptar las demás decisiones administrativas para poner fin a dichos acuerdos²¹⁴. Los trámites

²¹² Artículo 44 del Decreto 2153 de 1992.

²¹³ Artículo 6. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

²¹⁴ Cfr.: artículo 6 de la ley 1340.

administrativos ante la SIC, como veremos más adelante, podrán iniciarse a solicitud de parte o de oficio por la misma Superintendencia, pero ello no implica que todos vayan a continuar con la etapa de investigación, pues previamente deberá surtirse la etapa de indagación preliminar en la cual se verificará si hay mérito o no para abrir una investigación.

Respecto de las prácticas comerciales restrictivas que son contrarias a la libre competencia, observamos que éstas se realizan a través de acuerdos, que como ya enuncié en la parte preliminar del presente trabajo, no son más que todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas²¹⁵, que pueden restringir la libre competencia de muchas formas siendo una de estas, aquellas 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.²¹⁶

Para evitar la creación de acuerdos contrarios a la libre competencia, la SIC, como autoridad encargada de la supervisión y control, goza de un procedimiento sancionatorio especial para aquellos agentes que vulneren o violen estos derechos de origen constitucional y legal.

El artículo 1º del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, artículo 1º, señala como funciones generales de la SIC, entre otras, las siguientes:

“(…)

²¹⁵ Artículo 45, numeral primero.

²¹⁶ Artículo 47, numeral noveno.

3. Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

4. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

5. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia.

Cuando la medida cautelar se decreta a petición de un interesado, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar de éste la constitución de una caución para garantizar los posibles perjuicios que pudieran generarse con la medida.

6. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia.

7. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga (...).”

Según lo anterior, dentro de las diferentes funciones que debe ejercer la SIC, se encuentra la de conocer de los casos por violación de las normas de

competencia, adelantar las investigaciones cuando haya mérito para ello e imponer las sanciones cuando exista violación de la libre competencia, incluidos los acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones.

Por tal motivo, el propósito de las actuaciones administrativas de la SIC es:

“Velar por las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica (...)”²¹⁷.

A continuación, explicaré cada una de las etapas dentro del proceso administrativo ante la SIC, el cual puede resumirse así: 1. Etapa preliminar; 2. Etapa de instrucción; 3. Etapa de conciliación; 4. Etapa de acusación y juzgamiento, y 5. Etapa del Contencioso, aclarando que ésta última es opcional y forma parte de una etapa jurisdiccional²¹⁸.

4.2.1.1 Actuación preliminar de la SIC.

Para determinar si existe una infracción a las normas de competencia o si existen prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la posibilidad de iniciar una investigación de oficio o a

²¹⁷ Artículo 3º de la ley 1340.

²¹⁸ VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011., p. 319.

solicitud de un tercero interesado²¹⁹. Una vez decida actuar, la Superintendencia puede iniciar averiguaciones preliminares, cuyo propósito sea determinar si es pertinente iniciar una investigación formal²²⁰. La etapa preliminar se adelanta sin la vinculación de personas. En ella se analiza si unos hechos conocidos podrían configurar un asunto restrictivo de la competencia²²¹.

No existe un tiempo mínimo de duración de la etapa preliminar, pero si de los hechos denunciados se verifica la procedencia del inicio de una investigación, la Delegatura de promoción de la competencia deberá proceder de conformidad, emitiendo una resolución con la descripción de hechos, cargos y orden de vinculación; en caso contrario, se ordenará el archivo de la queja²²². Es importante mencionar sobre esta etapa, que en virtud de lo establecido por el artículo 155 del Decreto 0019 de 2012 “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, se introdujo una serie de modificaciones sobre el procedimiento ante la SIC, y para este punto en concreto, se incluyó un criterio de “admisibilidad” y de “prioridad”

²¹⁹ Para los casos en que se inicie a petición de un particular, por ser una actuación administrativa, deberá observarse lo reglado para el derecho de petición en el Código Contencioso Administrativo. El artículo 15 del Decreto 1302 de 1964 describe el contenido mínimo que debe tener la denuncia, indicando los actos constitutivos de la violación, lo cual debe ser también armonizado con el contenido del artículo 5º del Código Contencioso Administrativo.

²²⁰ Artículo 52 *Ibídem*.

²²¹ VELANDIA, Mauricio., *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, Bogotá, mayo de 2011, p. 320.

²²² *Ibídem*, p. 321.

para que haya lugar al inicio de la indagación preliminar²²³. En ese orden de ideas, la SIC no iniciará averiguaciones preliminares en todos los casos.

Durante esta etapa podrán practicarse pruebas, de conformidad con lo establecido por los numerales 10, 11 y 12 del artículo 2º del Decreto 2153, pero deberán ser objeto de contradicción en caso de pasarse a etapa de investigación, dado que como se mencionó, en esta etapa aun no hay vinculados.

Legitimados para iniciar la investigación por prácticas comerciales restrictivas está cualquier persona que se vea afectada por la conducta colusoria en licitaciones. Es importante tener en cuenta que ese interés debe encontrarse debidamente probado.

4.2.1.2. Apertura de la investigación

Una vez existan elementos de juicio que permitan abrir la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio notificará personalmente al investigado de su decisión; éste, a su vez, tendrá la posibilidad de solicitar u aportar las pruebas que considere relevantes y que pretenda hacer valer²²⁴.

²²³ Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 0019 de 10 de enero de 2012. Artículo 155: “El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

Artículo 52: Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación...”

²²⁴ Es importante mencionar que el procedimiento en materia de PCR fue reformado por el Decreto 0019 de 2012. Para la etapa en particular de la apertura de la investigación, el artículo 155 del mencionado Decreto incluyó plazos para ciertas actuaciones: (i) 20 días hábiles para que luego de notificado el inicio de la investigación, el investigado aporte o

Una vez abierto el proceso, se practicarán las pruebas solicitadas por el investigado, así como aquellas que el funcionario competente considere procedentes practicar.²²⁵ El acto administrativo por medio del cual se abre la investigación es un acto de trámite, por tanto, no es susceptible de recursos en la vía gubernativa.

4.2.1.3 Informe motivado frente a la infracción

Una vez sea instruida la investigación, el delegado para la protección de la competencia (funcionario competente) de la investigación, presentará al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha existido una infracción a las normas sobre competencia, y por consiguiente recomendando sancionar una conducta anticompetitiva. De dicho informe se le correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de que existan²²⁶.

En el caso en que dicho informe verse sobre acuerdos colusorios, diversos terceros involucrados tendrán la posibilidad de hacerse parte de la

solicite las pruebas que pretenda hacer valer. (ii) De igual forma, se incluyó un plazo de 20 días para que luego de presentado el informe motivado por parte del Superintendente Delegado, los investigados se pronuncien sobre el mismo. Antes, no existía límite de tiempo.

De igual forma, se aclaró que “el funcionario competente” para adelantar la investigación es el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, y se incluyó la celebración de una audiencia previa a la presentación del informe motivado, la cual se citará por una sola vez, en la que los investigados y terceros reconocidos presentarán los argumentos que pretenden hacer valer dentro del proceso. También se establece que la inasistencia a la misma no será indicio grave en contra de los investigados.

En cuanto al ofrecimiento de garantías, contenido en el párrafo 1 del artículo 52, antes de la aceptación por parte de la SIC de considerarlo procedente, se incluyó una etapa en la que la Superintendencia podrá solicitar las aclaraciones que considere pertinentes sobre las garantías ofrecidas.

²²⁵ *Ibidem*. Inciso 2º

²²⁶ *Ibidem*, inciso 3º adicionado por la Ley 1340 de 2009, artículo 19, párrafo.

investigación. Estos terceros interesados pueden ser aquellos agentes económicos que se vieron afectados por el acuerdo colusorio, ya sea porque no pudieron competir durante el proceso licitatorio o por que la disminución o aumento del precio que surgió de la colusión, hubiere afectado los precios del mercado. Inclusive, se podría pensar, que la entidad estatal o privada que llevó el proceso licitatorio, podría hacerse parte como tercero interesado, ya sea por que los acuerdos colusorios hayan afectado la competitividad del proceso, su presupuesto o la prestación de un servicio / bien determinado.

4.2.1.4 Actuación del Superintendente de Industria y Comercio

Durante el proceso de investigación, el Superintendente de Industria y Comercio tiene la posibilidad de clausurar la investigación, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes para suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga. Dicha potestad, sólo podrá otorgarse antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia para solicitar o aportar pruebas²²⁷.

Así mismo, cuando se expide el acto de clausura de la investigación, en los casos en que el presunto infractor brinde las garantías suficientes, también la Superintendencia señalará las condiciones en que verificará la continuidad

²²⁷ El artículo 3º del Decreto 3532 de 2009, modificado por el artículo 3º del Decreto 4175 de 2010, en su numeral 11 como función del Superintendente de Industria y Comercio de “decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga”.

del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados. El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías, será considerado por la Superintendencia como una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas²²⁸.

Éstos beneficios pueden ser utilizados por aquellas personas naturales o jurídicas que habiendo participado en conductas violatorias de las normas de protección a la competencia, como por ejemplo en colusiones, desean acceder a beneficios y evitar sanciones, siempre y cuando informen a la autoridad de competente acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación²²⁹.

Frente a ésta posibilidad por beneficios por colaboración, la Ley 1340 de 2009 señala las siguientes reglas y condiciones:

“(…) Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.
2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

²²⁸ Ibídem, Inciso 4º y ss. .

²²⁹ Artículo 14 de la Ley 1340 de 2009.

a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, la colaboración en las investigaciones por violaciones a las normas sobre práctica comerciales restrictivas, puede conllevar a la terminación anticipada de la investigación por parte de la SIC. Sin embargo, el presunto infractor que deberá colaborar antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas y en el caso de ordenarse la clausura de la investigación, la SIC tiene la potestad de verificar la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados²³⁰. El incumplimiento de las obligaciones, llevarán a los investigados a incurrir en infracciones de las normas de protección de la competencia y las respectivas sanciones por parte de la Superintendencia²³¹.

²³⁰ Artículo 16 *Ibidem*.

²³¹ El artículo 3º del Decreto 3532 de 2009, modificado por el artículo 3º del Decreto 4175 de 2010, en sus numerales 13 y 14 las siguientes funciones del Superintendente de Industria y Comercio; Artículo 3º. Modificado por el Decreto 1687 de 2010, artículo 3º. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:

“(…) 13. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

14. Imponer las multas que procedan de acuerdo con la ley, contra administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y cualquier persona natural que

4.2.1.5 Apertura de la investigación y procedimiento sancionatorio

En caso de dar apertura a la investigación por infracción de normas de protección a la competencia, así como a la decisión de imponer una sanción²³², una vez exista acto administrativo en firme o, por el contrario, cuando la SIC acepta otorgar garantías, deberá realizar la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiente de las circunstancias y a costas de los investigados o de los interesados, según corresponda²³³.

Contra los actos por medio de los cuales se impone una sanción o se acepta otorgar garantías, con los cuales se da por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio, procede el recurso de reposición. Habrá luego que acudir a la jurisdicción e iniciar una demanda de simple nulidad o, en su defecto, nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos previstos en el Código Contencioso Administrativo. Frente a cada acción u omisión y cada infractor, se imponen multas a favor de la SIC hasta por la suma equivalente a 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a las que se refieren la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 o las normas que los modifiquen o adicionen (...)".

²³² Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. De la Ley 1340 de 2011: La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

²³³ Artículo 17 de la Ley 1340 de 2009

4.2.1.6 Criterios de gradualidad de la sanción

El artículo 26 de la Ley 1340 de 2001 señala como criterios de gradualidad de la multa los siguientes:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

Frente a la existencia de una práctica comercial restrictiva, son consideradas circunstancias de agravación de la sanción, la persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta²³⁴.

Para el caso específico de la colusión en licitaciones, dentro de los agravantes podemos tener los siguientes: para quienes organizan las reuniones en las cuales se ponen de acuerdo los competidores, para quienes actúan como líderes en la gestión de los acuerdos, para quienes no colaboran con la investigación cuando nos encontramos ante investigación de carácter administrativo. Aquellas conductas que afectan los procedimientos de investigación, no solamente se constituyen en agravantes,

²³⁴ Artículo 25, párrafo Ibídem.

sino que obstruyen el procedimiento y como consecuencia la consecución de la verdad²³⁵.

Como conductas de atenuación, la SIC tendrá en cuenta la colaboración de las autoridades en el conocimiento de o en la investigación de las conductas que son objeto de investigación²³⁶.

4.2.1.7 Procedimiento sancionatorio para personas naturales

Las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, también podrán estar sujetas a la investigación y al procedimiento sancionatorio por parte de la SIC, mediante la imposición de multas equivalentes a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio²³⁷. En todo caso, el trámite ante la SIC es sólo uno, en el que se investigará tanto a las personas jurídicas como a las naturales que hayan participado o conocido del acuerdo.

4.2.1.8 Beneficios por colaboración

²³⁵ Ver más sentencia de la Comisión Nacional de Competencia. Expediente S/0226/10. Por medio de la cual se sanciona a 43 empresas por la existencia de acuerdos contrarios a la competencia.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Artículo 26 *Ibíd.*

La Ley 1340 de 2009 prevé un beneficio adicional que podría incentivar a aquel que hubiese participado en un acuerdo colusorio, que ante un inminente procedimiento sancionatorio por parte de la SIC, decida acceder a los beneficios por colaboración en la investigación²³⁸. El artículo 15 *Ibíd*em prevé que aquel presunto infractor, obtendrá reserva en aquellos documentos e información relativa a secretos empresariales u aspectos en donde exista norma legal de reserva o confidencialidad que sean suministrados dentro de la investigación. En éste caso, la normatividad señala que el presunto infractor deberá presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo.

La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos. Además, el denunciante tendrá la posibilidad de solicitar a la SIC la reserva de su identidad por haber denunciado prácticas restrictivas de la competencia, o cuando a criterio de la misma, existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales por sus denuncias²³⁹.

4.2.1.9 Terceros involucrados

Los terceros involucrados son aquellos agentes competidores, consumidores (ligas y asociaciones de consumidores) y, en general, cualquiera que

²³⁸ El artículo 3º del Decreto 3532 de 2009, modificado por el artículo 3º del Decreto 4175 de 2010, en su numeral 15 otorga al Superintendente de Industria y Comercio la potestad de “Conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio previstos en la ley de protección de la competencia”.

²³⁹ Artículo 16, parágrafo 2º *Ibíd*em.

acredite tener un interés directo e individual frente a una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Una vez se dé inicio a la investigación, los terceros interesados podrán hacer parte del proceso dentro de los quince (15) días hábiles siguientes del acto de apertura de la investigación. Dentro de éste término, podrán intervenir y aportar las pruebas que pretendan hacer valor dentro del proceso²⁴⁰. Sobre las consideraciones y pruebas que aporten los terceros involucrados, la SIC debe correr traslado a los investigados. Esta es una etapa importante en la lucha contra la colusión en las licitaciones, pues deberán aparecer los competidores, consumidores indirectos e incluso la misma entidad contratante, que se hayan visto afectados con la conducta; en todo caso, es de anotar que su causa dentro de la investigación, tendrá que ver con la protección del derecho de la competencia en su ámbito colectivo y no con la reparación de sus perjuicios individuales.

4.2.1.10 Medidas cautelares

Conforme al glosario de términos elaborado por la SIC, las medidas cautelares se entienden como el “Mecanismo procesal que otorga a los afectados la posibilidad de obtener una orden de cesación provisional de la conducta desleal efectuada, producida o cuando sea inminente su realización. Las solicitudes de medidas cautelares deben ser sustanciadas con prelación y celeridad, y en caso de peligro grave e inminente, puedan ser resueltas dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud”²⁴¹.

²⁴⁰ Artículo 19 Ley 1340 de 2009

²⁴¹ Superintendencia de Industria y Comercio, glosario contenido en la página de la entidad. Consultado en <http://www.sic.gov.co/en/web/guest/m-p> el 9 de enero de 2012.

Las medidas cautelares en materia de PCR están contenidas en el numeral 11 del artículo 4º del Decreto 2153, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, el cual reza:

“La autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria”.

Dentro de la normatividad enunciada, se define de manera clara que la única medida cautelar que procede en estos casos es la suspensión del comportamiento investigado²⁴², con el propósito de garantizar la efectividad de una eventual decisión sancionatoria. Para la colusión en licitaciones, la única medida que podría conllevar a la suspensión de las conductas que puedan resultar contrarias a la libre competencia, sería la suspensión de la licitación. Dicho lo anterior, legalmente existe la posibilidad de solicitar la suspensión de la licitación, pero en la práctica no ha sido decretada en ningún caso por la Superintendencia y según Julio Cesar Castañeda (Jefe de la División de competencia, en entrevista personal realizada), es difícil que llegue a decretarse, pues considera desborda su competencia y sus implicaciones son muy complejas, teniendo en cuenta el interés general que se encuentra de por medio. Lo anterior, aunado al hecho de que cuando se inicia un trámite administrativo sancionatorio, lo más seguro es que el

²⁴² VELANDIA, Mauricio. , *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011., p. 331.

proceso licitatorio ya haya finalizado e incluso esté adjudicado y contratado, lo cual dificulta aún más su viabilidad. En todo caso, es importante anotar que la puerta se encuentra abierta.

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas tanto de oficio como a solicitud de parte. El momento procesal para la solicitud y decreto de una medida cautelar no se encuentra específicamente señalado en la norma, por lo cual se infiere que puede ser en cualquier momento a partir de la apertura de la investigación. El funcionario competente para tomar esta medida es el Superintendente de Industria y Comercio.

La SIC, dentro de sus funciones generales, tiene la de ordenar dentro de una investigación, medidas cautelares que suspendan de forma inmediata aquellas conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia²⁴³. Así mismo, los terceros interesados tienen la posibilidad solicitar la medida cautelar, teniendo para ello que constituir una caución para garantizar los posibles perjuicios que pudieran generarse con la medida²⁴⁴.

Sumado a lo anterior, la figura se hace aún más difícil en la práctica, teniendo en cuenta que el Superintendente es el único que tiene competencia para decretarla, pero éste conoce de la investigación sólo al final, cuando el delegado para la competencia le presenta el informe motivado. Luego, nos encontramos frente a otro problema frente a su aplicación en la práctica²⁴⁵.

²⁴³ Ver. Artículo 3º, numeral 9 *Ibíd.*

²⁴⁴ Artículo 1º, numeral 5 del Decreto 3523 de 2009.

²⁴⁵ VELANDIA, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011., p. 331. Sobre el particular, traigo a

4.2.1.11. Conciliación de daños de intereses particulares

Dentro del procedimiento fijado para el trámite administrativo, es obligatoria la citación a audiencia de conciliación para tratar de conciliar intereses privados (perjuicios) derivados del acuerdo restrictivo, cuando la investigación se haya iniciado a solicitud de parte. Pese a lo anterior, la SIC no está obligada a culminar la investigación administrativa por conciliación, pues una cosa es la conciliación de intereses privados y otra, la suerte administrativa de la investigación²⁴⁶.

Traigo a colación esta posibilidad, teniendo en cuenta que el trámite administrativo sancionatorio tiene como propósito la protección del derecho a la libre competencia y no la indemnización de perjuicios particulares, pese a lo cual, existe una posibilidad dentro del trámite administrativo para que las partes traten el tema y eventualmente lleguen a un acuerdo. En todo caso, hago claridad en el hecho de que así se logre el pago de perjuicios, la investigación ante la SIC continúa, reitero, porque el propósito del mismo es otro. Esta posibilidad puede ser usada por quienes se vieron afectados por la colusión, para que acudan al proceso y soliciten el pago de perjuicios. En todo caso, es una audiencia de conciliación, por lo cual los investigados optarán por no reconocer ningún tipo de reconocimiento, pues hacerlo implicaría cierto grado de aceptación de la conducta.

colación lo enunciado por Julio Cesar Castañeda (Jefe de la División de Promoción de la competencia de la SIC), en tanto considera que es difícil la de declaratoria de suspensión de una licitación como medida cautelar por parte de la Superintendencia.

²⁴⁶ Mauricio Velandia, *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011., p. 335.

Además de las modificaciones ya enunciadas en la etapa de indagación preliminar e inicio y desarrollo de la investigación, introducidas por el Decreto 0019 de 10 de enero de 2012 sobre el procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas, las siguientes son las otras modificaciones realizadas sobre dicho procedimiento:

Fueron modificados los artículos 17 (Publicación de actuaciones administrativas) y 19 (intervención de terceros) de la Ley 1340 de 2009, por cuanto introducen la obligación de la SIC de publicar el inicio de investigaciones y sanciones además de los medios ya previstos, en la página web de la entidad.

De igual forma, fue modificado el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 (notificaciones y comunicaciones), en tanto se fija un procedimiento para la notificación, cuando no sea posible realizarla de manera personal; y, el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 (reserva de documentos), al incluir no solo al denunciante sino también al solicitante de beneficios por colaboración, dentro del deber de reserva de la documentación del proceso.

4.2.1.12 Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo por medio del cual se impone la sanción

Si bien es cierto no es una acción que vaya a iniciarse por los afectados por la colusión, es una etapa que podría surtirse luego de proferida la decisión de la SIC. Los legitimados para iniciarla, serían únicamente los investigados sancionados, pues serían los únicos que tendrían un interés en la decisión y en los efectos contenidos en la misma. De lo anterior, podemos concluir entonces que contra esta resolución no cabe la acción de simple nulidad, pues los propósitos son diferentes y en caso de declararse la nulidad, habría

restablecimiento automático del derecho a favor del investigado. No se trata de una resolución de contenido general, sino particular.

Sobre sus efectos, éstos no tendrán lugar sobre el proceso licitatorio, pues todo el objeto de análisis estará relacionado con la prueba y la ilegalidad de la conducta. En virtud de lo expuesto, no se tratará de una acción en contra de la colusión en licitaciones propiamente dicha, sino en contra de la legalidad de un acto administrativo con efectos particulares; de ahí la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.2.1.13 Efectos del trámite administrativo frente a un proceso licitatorio

- Del procedimiento anteriormente expuesto y de la práctica de la SIC frente a casos específicos por colusión en licitaciones, los efectos de los procedimientos y de las decisiones finales sobre el proceso licitatorio han sido nulos, principalmente porque el objeto del trámite administrativo no es el proceso licitatorio como tal, sino el examen de ilegalidad de la conducta. Pese a lo anterior y atendiendo a la naturaleza de la medida cautelar cuyo propósito es promover la cesación de la conducta, la SIC podría eventualmente tener cierta injerencia sobre el proceso licitatorio y ordenar la suspensión de la licitación, siempre que el material probatorio dé mérito para ello. El problema real de esta medida cautelar radica en la oportunidad de la misma, pues generalmente cuando se decide decretarla ya la licitación podrá estar incluso adjudicada.

- Sobre la posibilidad de suspensión de la licitación²⁴⁷ como medida cautelar, a pesar de tratarse de una alternativa viable, no ha sido decretada en ningún caso, y tal y como fue expuesto por el Jefe de la División de competencia de dicha entidad, ve “difícil” su aplicación. Pese a lo anterior, considero que para los casos donde el material probatorio de la colusión sea fuerte, deberá la Superintendencia arriesgarse a decretar la suspensión de la licitación como medida legítima para asegurar la efectividad de sus decisiones²⁴⁸.
- Acerca de los efectos de las decisiones de la SIC, es importante tener en cuenta que de acuerdo a la orientación de las mismas, no ha habido a la fecha efecto alguno sobre los procesos licitatorios por las siguientes causas: los casos que han terminado con archivo y con ofrecimiento de garantías, no han tenido mayor impacto sobre las licitaciones, pues se ha concluido que la conducta no es ilegal o que no hay suficiente material probatorio que así lo acredite, por lo cual, no hay fundamento para afectar el proceso licitatorio. Sobre los casos que han terminado con sanción (sólo 3), la SIC en sus resoluciones de decisión no hace referencia alguna al impacto sobre el proceso licitatorio, porque el objeto de su investigación

²⁴⁷ Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones, Resolución 001494 de 5 de agosto de 2010. Sobre la suspensión de la licitación, se pronunció en los siguientes términos: “La suspensión no puede contabilizarse como equivalente a la ampliación de plazo de la licitación. Implica un plazo de inactividad o latencia del proceso en el que los términos para la ejecución de alguna de las etapas no corren; quedan en suspenso para ser reiniciados una vez se reanude legalmente la actividad del proceso. Es obvio que luego de la suspensión, la entidad deberá mediante adenda introducir las modificaciones fechas originales”

²⁴⁸ La misma idea es compartida por Javier Ortiz del Valle, Presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá quien afirma que si está muy bien probada la colusión, si existen pruebas contundentes, podría ordenarse la suspensión de la licitación. Cuando se refiere a una colusión “bien probada” se refiere a un acuerdo cuyas manifestaciones sean evidentes de acuerdo a los criterios que han sido expuestos a lo largo del presente trabajo. No es necesario que exista una decisión de fondo proferida por la SIC para que un juez pueda pronunciarse sobre la conducta misma.

no es la validez del proceso licitatorio sino la conducta misma, aunque eventualmente podría llegar a tener alguna injerencia por el decreto de una medida cautelar (el problema está en la oportunidad), o como consecuencia del uso de sus decisiones para el inicio de otras acciones. Pese a lo anterior, de una lectura de las resoluciones de apertura, puede concluirse que para los dos primeros casos (iniciados por denuncia de la entidad contratante), el efecto se redujo al rechazo de las propuestas de los investigados y posteriormente, sancionados. Sin embargo, si la SIC emitiera una decisión declarando la existencia de colusión en licitaciones, dicho acto si le permitiría a la entidad pública contratante fundamentar una decisión respecto del proceso licitatorio, como sería excluir a los proponentes coludidos (en caso que el tiempo lo permitiera)

- Respecto a la oportunidad del pronunciamiento de la SIC, vale la pena anotar que generalmente las decisiones de la Superintendencia son proferidas luego de terminado el proceso licitatorio e incluso luego de suscrito y ejecutado el contrato, tal y como ocurre con el último caso sancionado por la SIC mediante resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011. Luego debemos hacer referencia a otras acciones que eventualmente podrían iniciarse con el propósito de lograr algún efecto dentro de la licitación misma.
- Me referí inicialmente al trámite administrativo sancionatorio ante la SIC, porque a pesar de no existir prejudicialidad en la materia, tal y como lo señalo en la primera parte del capítulo, sí puede ser el punto de partida para el inicio de acciones posteriores que tengan algún impacto sobre la licitación, en las cuales se tome como base la orientación tomada por la SIC en su decisión (teniendo en cuenta que como vimos, las decisiones de la SIC no lo han tenido).

- Lo anterior, teniendo en cuenta que la Superintendencia realiza un análisis sobre la ilegalidad de la conducta como tal, y puede ser de utilidad para el juez que conozca de otra acción que tenga otro objeto, por ejemplo la reparación de perjuicios en un proceso verbal, por cuanto para poder acceder o no a la pretensión, deberá previamente hacer un análisis de la conducta misma. Pese a lo anterior, nada obsta para que el juez pueda apartarse del examen de legalidad sobre la conducta hecho por la SIC, y hacer el suyo propio. De igual forma ocurrirá con las acciones cuyo propósito sea hacer un examen de legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de una licitación, pues para poder pronunciarse de fondo teniendo como causal de nulidad la colusión en licitaciones, enmarcada dentro de una de las causales taxativas legalmente previstas, deberá previamente analizar si efectivamente el acto fue expedido teniendo como causa una conducta ilegal.
- Pese al hecho de lo enunciado anteriormente, en el sentido de que la SIC no produce efecto alguno sobre la validez del proceso licitatorio, es importante tener en cuenta la introducción realizada por el Decreto 0019 de 2012, conforme al cual, las multas que se impongan a los contratistas (el Decreto no hace distinción a si son las impuestas en desarrollo de un contrato o las impuestas por una autoridad administrativa, como por ejemplo la SIC) deberán ser publicadas en el SECOP y en la Cámara de Comercio en la cual se encuentre inscrito el contratista respectivo²⁴⁹. Si

²⁴⁹ Tal y como lo establece el Decreto 0019 de 2012 en su artículo 218 "DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS Y SENTENCIAS SANCIONATORIAS. El artículo 31 de la Ley 80 de 1883, quedará así:

Artículo 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. La parte resolutive de los actos que declaren la caducidad, impongan multas, sanciones o declaren el incumplimiento, una vez ejecutoriados, se publicarán en el SECOP y se

bien no es una medida que inhabilite al contratista o lo deje por fuera de la licitación, sí puede crear una alerta para la entidad en desarrollo del proceso licitatorio o para futuros procesos de selección.

Expuesto el trámite administrativo sancionatorio, como única alternativa que a la fecha ha sido ejercida para combatir la colusión en licitaciones, y teniendo en cuenta que el alcance de las decisiones bajo este procedimiento no tienen mayor efecto sobre la licitación o sobre el contrato en caso de que ésta ya haya sido suscrito, a continuación expongo las acciones que podrían iniciarse por los afectados por una colusión luego de proferida una decisión sancionatoria por la SIC o un fallo condenatorio penal, teniendo en cuenta que ya se entiende investigada y demostrada la ilegalidad de la conducta. En ese orden de ideas, la acción a seguir partirá de la base de la existencia de una conducta ilegal (la colusión en licitaciones) decretada por la Superintendencia²⁵⁰.

4.3 ACCION PENAL POR COLUSION EN LICITACIONES

Con el ejercicio de esta acción, se pretende la responsabilidad personal de quienes intervienen en la colusión y, eventualmente, en calidad de víctimas, la posibilidad de reclamación de los perjuicios causados con la conducta. El bien jurídico tutelado en este caso es doble: por un lado, el erario público que se ve defraudado con la comisión de la conducta y, por el otro, el patrimonio

comunicarán a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista respectivo. También se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

²⁵⁰ Quisiera hacer un comentario paralelo, y es que considero que las acciones legalmente previstas igualmente podrán iniciarse así no exista una decisión sancionatoria de la SIC. En esos casos, la labor del juez será mucho más difícil, pues además de pronunciarse sobre la pretensión principal (indemnización de perjuicios o examen de legalidad de actos y contratos administrativos), deberá hacer igualmente un análisis de la conducta, pues con base en ella, determinará la procedencia o no de la pretensión, al ser ésta la causa.

de quienes se hayan visto afectados, que según la legislación actual se denominan “víctimas”. Es un tipo penal muy nuevo y a la fecha no existen decisiones específicas en la materia.

La Ley 1474 de 2011 por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, modifica el Código Penal (Ley 599 de 2000) al penalizar los actos colusorios en los procesos de selección pública, como una práctica restrictiva de la competencia.

El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 señala lo siguiente:

“ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una

inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

Para el citado tipo penal, los acuerdos colusorios pueden presentarse en cualquier etapa del proceso contractual, ya sea con el direccionamiento de los pliegos de condiciones, la presentación de propuestas que favorezcan terceros involucrados en el acuerdo, con el abandono del proceso licitatorio o durante la ejecución contractual mediante la repartición o cesión de contratos.

Así mismo, el tipo penal trae condenas de seis (6) a doce (12) años, por lo que estaríamos al frente de un delito que no contempla el beneficio de la excarcelación. Además, prevé la posibilidad de la atenuación de la pena, teniendo en cuenta los beneficios de colaboración en cabeza de la SIC antes referenciados, señalando que aquel delator o clemente podrá obtener exoneración total de la multa impuesta y además una reducción de la pena en el proceso penal, en una tercera parte, un cuarenta por ciento (40%) de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años. De lo anterior se desprende la cooperación y coordinación que deberán tener la Superintendencia de Industria y Comercio y la Fiscalía General de la Nación en la persecución, investigación y condena del este tipo de delitos.

Con la creación de este nuevo tipo penal, la República de Colombia ingresa al listado de países que penaliza las conductas colusorias dentro de procedimiento de naturaleza contractual, ya sea privados o públicos. Sin duda, la prueba de dichos acuerdos dentro de procesos licitatorios y demás procedimientos contractuales, será el reto principal para los organismos

judiciales, pues los acuerdos colusorios en la mayoría de los casos son verbales y difíciles de demostrar.

El procedimiento previsto para la imposición de penas por acuerdos restrictivos de la competencia, es el contenido en la Ley 906 de 2004. La titularidad para el ejercicio de esta acción es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación²⁵¹, en virtud de lo establecido por el artículo 250 y 251 de la Constitución Política²⁵², quien podrá ejercer la acción penal e iniciar la investigación de oficio o de aquellos que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia²⁵³, petición especial, querrela o cualquier otro medio. Sobre el particular, el artículo 66 del Código de procedimiento penal establece lo siguiente:

²⁵¹ Pese a lo anterior, existe un deber de denuncia en el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal en los siguientes términos: Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”.

²⁵² El Acto Legislativo No. 03 de 2002 que modificó los artículo 250 y 251 de la Carta Política otorgó a la Fiscalía General de la Nación la función de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio”, tal como se encargan de reiterarlo los artículos 66 y 114 del Código de Procedimiento Penal.

²⁵³ El deber de denuncia, contenido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, reza de la siguiente manera:

“Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.
El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.”

De otro lado, el artículo 68 del Código de procedimiento penal establece que “Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional”

ARTÍCULO 66. TITULARIDAD Y OBLIGATORIEDAD. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

En virtud de lo anterior, la acción penal por colusión en licitaciones (denominada “acuerdos restrictivos de la competencia”) podrá ser iniciada de oficio o por denuncia de quien tenga conocimiento de su existencia. Verificado el Código de procedimiento penal, el mencionado delito no es de los denominados “querellables”, por lo cual no se requiere de querrela para poder dar inicio a la acción penal.

Dentro del mismo, existe la posibilidad de que terceros interesados (denominados víctimas) pudieran comparecer al proceso a reclamar la reparación de perjuicios y solicitar al juez la realización de actos tendientes a evitar la continuidad de la conducta y la causación del perjuicio.

Conforme a la Ley 906 de 2004, “Código de Procedimiento Penal”, las siguientes son las etapas y algunas características básicas del proceso penal, las cuales serán igualmente aplicables al nuevo tipo por “acuerdos restrictivos de la competencia”:

- Oralidad: Conforme a lo establecido por el artículo sexto, “la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin

perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación”.

- Procedencia de “medidas cautelares”: En virtud de lo contenido en el artículo 22, “cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”. Por lo anterior, eventualmente podrá tenerse efectos sobre el proceso licitatorio o sobre el contrato mismo, en caso de que ésta ya haya sido firmado.
- De una revisión del proceso contenido en el CPP, son dos las etapas básicas del proceso: la investigación y el juzgamiento cuya línea divisoria se encuentra en la formulación de la imputación de los cargos.
- Etapa de investigación: De acuerdo al artículo 200 y ss del CPP, “corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo”. Por lo general es una etapa de tipo administrativo y el Fiscal es el director y coordinador de la misma. El propósito, adelantar las actividades que se requieran para la identificación de los presuntos autores y consecución de elementos probatorios y evidencia física.
- Formulación de la imputación: es la diligencia que se lleva a cabo por audiencia, por medio de la cual el Fiscal formaliza la investigación y

notifica a la persona o personas su calidad de imputado (s), con el propósito de garantizar el derecho de defensa. Puede relacionarse con legalización de captura, de allanamiento, formulación de la imputación, medidas cautelares y petición de medida de aseguramiento. Se lleva a cabo ante un juez quien decide o no si se formula imputación, o si por el contrario se archiva la actuación (o se concede el beneficio del principio de oportunidad).

Una vez formulada la imputación, el imputado puede dar por terminado el proceso de manera anticipada de dos formas: realización de preacuerdos con la Fiscalía, o aceptación de los cargos, lo que da lugar a que se dicte sentencia anticipada. En este momento es en el cual, estrictamente, se da inicio al proceso penal.

Posterior a ello viene la etapa de juzgamiento, en la cual mediante el desarrollo de unas audiencias públicas y orales tanto la Fiscalía como el imputado, harán referencia a sus argumentos y el juez penal decidirá de conformidad con el material probatorio existente. Terminado este debate público y expuestas las alegaciones finales, el juez emitirá el sentido del fallo y la sentencia como tal deberá dictarse dentro de los 15 días siguientes, en la cual deberá incorporarse lo relativo al incidente de reparación, tal y como se deriva de lo establecido por los artículo 446 y 447 del Código de procedimiento penal.

Expuesto el procedimiento del proceso penal y tenidas en cuenta las anteriores consideraciones, podemos concluir que con la acción penal se pretende declarar la responsabilidad personal de quienes participen en la colusión y la indemnización de perjuicios de los afectados que se hagan parte dentro del proceso. Así las cosas, en ejercicio de la acción penal

tampoco se tendrán efectos sobre el proceso licitatorio y su validez, salvo la medida cautelar que pueda llegar a decretarse de suspensión del proceso.

4.4 PROCESO VERBAL (ANTE LA JURISDICCION ORDINARIA CIVIL)

Es la acción con la que cuenta el particular afectado con la colusión, para pedir principalmente la indemnización de perjuicios. El bien jurídico protegido ya no es el derecho colectivo a la libre competencia, sino el resarcimiento de un daño bajo los postulados de la responsabilidad, derivado de los perjuicios causados por la colusión en licitaciones.

Al hablar de responsabilidad civil se hace referencia a la obligación de indemnizar el daño causado a terceros. “El daño es la fuente de la obligación de indemnización pero sólo serán indemnizados aquellos que sean antijurídicos, es decir, cuando el causante haya obrado de una forma contraria a derecho”²⁵⁴.

El proceso verbal²⁵⁵ (antes ordinario)²⁵⁶ es el proceso de conocimiento tipo, que se aplica en ausencia de un procedimiento especial aplicable²⁵⁷. Teniendo en cuenta que dentro de la jurisdicción, no existe una acción particular y específica aplicable para el caso de la reparación de daños

²⁵⁴ PERILLA, Carlos Andrés. *Propuestas para la protección de la libre competencia ante los jueces civiles*, Boletín Latinoamericano de Competencia No. 21, febrero de 2006. Consultado en http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf el 8 de enero de 2012. Pág. 24

²⁵⁵ Denominado de esa manera a partir de la Ley 1395 de 2010, conforme a lo establecido por el artículo 21, que expresamente modificó el 396 del Código de Procedimiento Civil.

²⁵⁶ El inicio y desarrollo del proceso verbal se regirá por lo contenido el artículo en el artículo 396 y ss. Del Código de Procedimiento Civil y se sujetará a las reglas en materia de competencia, en lo relacionado con el territorio y la cuantía.

²⁵⁷ ARTÍCULO 21 Ley 1395 de 2010. El artículo 396 del Código de Procedimiento Civil quedará así: *Artículo 396. Se ventilará y decidirá en proceso verbal todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.*

provenientes de acuerdos restrictivos de la competencia, específicamente por colusión en licitaciones, existe la posibilidad de que quienes se sientan afectados en su derecho por la comisión de dicha práctica, acudan al inicio de este proceso.

Así la causa del daño sea la misma (la conducta específica de colusión en la licitación), el propósito de la acción es otro y las “peleas” son diferentes. Ya no se busca la imposición de una sanción pecuniaria que irá a las arcas del Estado, sino la reparación de un perjuicio concreto. En ese orden de ideas, para su inicio, se requiere la producción de un resultado que se traduzca en la causación de un daño.

En desarrollo de este proceso, es importante tener en cuenta que “La sola infracción de las prohibiciones en materia de PCR constituye por sí misma una causal de ilicitud de la conducta del causante del daño, la cual imprime la nota de antijuridicidad a los daños y genera la obligación de indemnizarlos”²⁵⁸

Dicho de otra forma, para dar inicio a las acciones tendientes a la reparación de perjuicios particulares, se requiere que la licitación ya haya sido adjudicada y el resultado de la conducta producido, de lo contrario, no habrá daño que reparar. Aunque se imponga sanción por parte de la SIC, sigue pendiente la reparación de perjuicios en caso de que se haya causado daño a un particular. Para este caso en particular, el efecto de una decisión de la SIC será el hecho de que sea aportada al proceso y tenida como material probatorio, más nada, teniendo en cuenta que no hay prejudicialidad en la materia.

²⁵⁸ PERILLA, Carlos Andrés. *ibidem*. Pág. 25

No es el más recomendable, pues es un proceso que implica un largo período de duración²⁵⁹ y una labor probatoria importante. Teniendo en cuenta

²⁵⁹ “En los diferentes escenarios, el Gobierno ha dado a conocer el estudio **de percepción** que anualmente realiza el Banco Mundial, conocido como “*Doing Business Nacional*”, que para el caso específico del indicador “*Cumplimiento de Contratos*”, nuestro país en las últimas cuatro mediciones incluyendo los resultados del *Doing Business 2012*, curiosamente ha mantenido la misma posición, ocupando el puesto 149 entre 183 economías, y considerando los mismos 1.346 días para resolver a partir de un caso hipotético, una controversia comercial en **única instancia** en los juzgados civiles municipales de nuestra capital. De igual forma, el Banco Mundial realizó en febrero de 2011 un estudio de campo denominado “Diagnóstico de la congestión en los Juzgados Civiles Municipales de Bogotá” consultando los expedientes reales para establecer los tiempos procesales en los Juzgados Civiles Municipales en la ciudad de Bogotá, a partir de una muestra estadística en el que se concluyó que un proceso ordinario tiene un promedio de duración de 618 días y hasta obtener el pago de 751 días; la duración en el proceso verbal arrojó 340 días y de 455 días hasta obtener el pago.

De otra parte, el último estudio de tiempos procesales contratado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece a nivel nacional, para los procesos que se terminaron en el año 2010 en la especialidad civil una duración total de 625 días continuos, incluyendo la atención de recursos en segunda instancia. Pese a lo anterior, encontramos con anterioridad casos en los que el proceso ordinario duró hasta 9 años desde el auto de admisión de la demanda, hasta la decisión del recurso en segunda instancia, v.g. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil, sentencia de 10 de junio de 2010 MP: Clara Inés Márquez.

Inventario de procesos.- Los procesos que llevan más de 9 meses en la Rama Judicial, es decir, los que ingresaron antes de enero de 2011, son 1.152.157, que corresponde al 49% del inventario actual de la Rama. En su inventario de procesos a 30 de septiembre de 2011, la Rama tiene un total de 2.341.969 casos en los despachos judiciales, de los cuales, resulta pertinente resaltar, 1.562.859 ingresaron en el periodo enero a septiembre de 2011. De éstos, 373.047 corresponden a acciones constitucionales y hábeas corpus que tienen regulado un trámite procesal expedito; es decir, 1.189.812 son procesos ordinarios que llevan menos de 9 meses a cargo de los despachos judiciales del país. Así las cosas, no es dable concluir que los 2.341.969 procesos que tiene en la actualidad la Rama Judicial son procesos atrasados de varios años.

Resulta pertinente señalar que de los 2.341.969 procesos, 863.092 son procesos que las partes no han impulsado y son identificados como procesos sin trámite. Esta cifra corresponde al 37% del total de procesos e históricamente se ha logrado reducir ya que en el año 2008, el porcentaje de procesos con trámite era de 49% y sin trámite de 51%. Para el año 2009, esta cifra varió a 55% y 45%, respectivamente. Ya en el año 2010, se terminó el año con 60% de procesos con trámite y 40% de procesos sin trámite y a 30 de septiembre de 2011, se logró que el 63% de los procesos fueran con trámite y el 37% sin trámite. Consultar en www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/archivosEventos/5636.doc.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-052 de 2008 en los siguientes términos: “*el juez constitucional se amparó en la congestión de los*

la dificultad probatoria en materia de colusión en licitaciones, las probabilidades de éxito son bajas. Lo anterior, aunado al desgaste durante el transcurso del proceso. Pese a lo anterior, con la existencia de una decisión sancionatoria por parte de la SIC, puede ser mucho más fácil para el juez de conocimiento pronunciarse sobre las pretensiones del actor.

De otro lado, dependiendo del momento en el cual se ejerza, los efectos sobre la licitación, se reducen a la posibilidad de decreto de medidas cautelares, lo cual es también inviable debido principalmente al tiempo que se toma el juez en pronunciarse de fondo dentro del proceso verbal Vs. La aplicación de los principios de la contratación estatal y el propósito de la misma, en el entendido de que se trata de la prestación de un bien o servicio que no puede suspenderse por períodos largos, menos aún cuando se trata de derechos inciertos y particulares, que deben ceder frente a cuestiones de interés general. Una sentencia proferida dentro de este proceso, muy probablemente se dará cuando el proceso de licitación ya haya sido terminado, adjudicado y el contrato celebrado.

Para iniciar un proceso de responsabilidad civil por conductas anticompetitivas, no se hace necesario contar con una decisión previa de la SIC en la cual se declare su existencia, sino que el juez encargado del proceso puede investigar su ocurrencia y en caso de encontrarla cierta, proceder a la condena de pago. Esto no obsta para que en caso de que exista pronunciamiento previo de la SIC, éste sea analizado por el juez²⁶⁰.

despachos judiciales para establecer que el medio ordinario podría tornarse ineficaz debido a la “prolongada duración de este tipo de procesos”

²⁶⁰ Carlos Andrés Perilla, *ibídem*. Pág. 26

4.5 LA COLUSION COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS DENTRO DE UNA LICITACION.

La rama judicial a través de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, es la encargada de juzgar las controversias jurídicas frente a las actuaciones administrativas, esto es, a través del juzgamiento de los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados cuando nos encontramos ante particulares que ejercen funciones de carácter público²⁶¹.

Dicho control judicial se ejerce principalmente a través de dos (2) acciones contenciosas²⁶², la acción de simple nulidad²⁶³ prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (en adelante, CCA) y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el artículo 85 CCA. Con estas acciones, se busca que “los administrados que tengan un interés, o aun quienes abogan por el interés general (dentro de lo cual se encuentran afectaciones por colusión en licitaciones), puedan demandar las ilegalidades

²⁶¹ Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

²⁶² Según lo establece la Corte Constitucional en su sentencia C-1048 de 2001 “La Corte entiende que actualmente los terceros pueden demandar la nulidad de los actos previos al contrato, a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad de 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. Pero que una vez expirado este término o suscrito el contrato, desaparece la posibilidad de incoar tales acciones respecto de esta categoría de actos previos. A partir de ese momento, los referidos actos previos sólo podrán ser impugnados a través de la acción de nulidad absoluta, la cual puede ser incoada, entre otras personas, por los terceros con interés directo -interés que ha sido reconocido por la jurisprudencia del h. Consejo de Estado como existente en cabeza de los licitantes o proponentes-. En este caso, la ilegalidad de los actos previos se puede alegar como fundamento de la nulidad absoluta del contrato”. Este aparte corresponde al párrafo segundo contenido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

²⁶³ La nulidad entendida como “la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales” (Jaime Orlando Santofimio, *Ibidem*. Pág. 154)

que pueden afectar tales actos, sin inmiscuirse en las acciones contractuales que la legislación reserva a las partes del contrato. De esta manera, la separabilidad de los actos a que se viene haciendo referencia²⁶⁴, esto es su posibilidad de ser individualizados frente al contrato, o aislados de éste para efectos de su impugnación, viene a ser una garantía del interés general y de los derechos de las personas afectadas con ellos, quienes frente a las acciones contractuales serían terceros no revestidos de legitimidad en la causa para demandar²⁶⁵

Los actos previos a la celebración del contrato serán susceptibles de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, las cuales caducarán en un término de treinta (30) días a partir de su comunicación, notificación o publicación. De ahí que pueda afirmarse que cualquier persona dentro de ese plazo y en interés de legalidad, puede demandar la nulidad de cualquiera de los actos previos a la celebración del contrato, incluido el acto de adjudicación. Y a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y en el mismo término, sólo las personas interesadas o con interés jurídico directo.

Sobre el particular, el Consejo de Estado mediante la sentencia ya mencionada cuyo Magistrado Ponente fue Juan de Dios Montes, se pronunció en los siguientes términos: “Por consiguiente, cuando el artículo 77 de la ley se refiere a los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual, está comprendiendo, bajo una denominación única, a todos los actos, tanto a los previos al contrato como

²⁶⁴ La evolución en lo referente a la doctrina de los actos separables y dentro de ellos los actos previos al contrato administrativo puede verse de manera completa y detallada en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera de 10 de marzo de 1994. Expediente 9118, CP: Juan de Dios Montes.

²⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1048 de 4 de octubre de 2012.

los posteriores a su celebración y los está sometiendo a todos ellos a un recurso único por la vía gubernativa: el de reposición, y a una sola acción contenciosa: la contractual, salvo que excepcionalmente la propia ley haya permitido que ciertos actos, tres en total, puedan ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”

Las excepciones a la regla serían las siguientes: acto de calificación y clasificación de proponentes inscritos en las cámaras de comercio (artículo 25 de la Ley 80); el acto de adjudicación (parágrafo 1º del artículo 77 de la Ley 80) y su contrario, el acto por el cual declaran desiertos la licitación o concurso. Esto se entendió así hasta la modificación introducida a la Ley 80 por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, cuyas innovaciones fueron las siguientes: (i) Posibilidad de demandar independientemente, por la vía de acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, todos los actos previos separables del contrato administrativo. (ii) El término de caducidad se fija en 30 días siguientes a su comunicación, notificación o publicación, constituyendo una excepción a las reglas generales de caducidad (iii) Sobre la titularidad de la acción, cualquier tercero que acredite un interés directo podrá pedir que se declare su nulidad absoluta²⁶⁶.

Los efectos derivados de la interposición de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, tal y como se encuentra contenido en el Código Contencioso Administrativo en su artículo 87, son los siguientes:

- No se interrumpirá el proceso licitatorio
- No se interrumpirá ni la celebración ni ejecución del contrato

²⁶⁶ El tema de la titularidad fue tratado mediante sentencia de la Corte Constitucional C-221 de 1999, MP: Fabio Morón Díaz, mediante la cual se declara la exequibilidad de la expresión “que acredite un interés directo”, contenida en el inciso tercero del artículo 87 del C.C.A, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

- Una vez celebrado el contrato, la ilegalidad de los actos previstos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

La causal de la nulidad a invocar para los casos de colusión en licitaciones, será violación de normas superiores e incluso falsa motivación (en los casos en que la administración forme parte del acuerdo). La violación de normas superiores se constituye en la causal a invocar, por las siguientes razones: (i) La Ley establece unas causales taxativas para demandar la nulidad de los actos administrativos, por lo cual habrá que adecuar la conducta, hecho u omisión a alguna de ellas. (ii) Dentro de las causales legalmente establecidas, con la posible existencia de un acuerdo colusorio, precisamente es la causal de nulidad la que debe probarse judicialmente. De llegar a haber un pronunciamiento por parte de la Superintendencia sobre el particular, éste servirá únicamente como medio de prueba.

Ahora, para el caso en particular, la colusión en licitaciones implica que la Administración Pública emite un acto administrativo de adjudicación de licitación, el cual se encuentra viciado de nulidad (por infringir las normas en que debe fundarse y por falsa motivación). Para controvertir este acto debe acudirse a la acción de nulidad (o nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo de si se pretende o no adicional a la nulidad del acto, la indemnización de perjuicios).

4.5.1 Acción de nulidad simple

Para el caso que nos ocupa, ésta acción podrá iniciarse contra cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual, dentro de los cuales se encuentran: el acto por medio del cual se da apertura a la

licitación, el acto de adjudicación o el acto por medio del cual la entidad declara desierta la licitación²⁶⁷.

La acción de simple nulidad busca precisamente que se declare la nulidad del acto administrativo por ser manifiestamente opuesto a la constitución o la Ley, es decir, la normas en que se funda el acto administrativo infringe normas jurídicas superiores. Esta acción, por ser de carácter pública, puede ejercerla cualquier persona, sin necesidad de representación de un abogado y su principal propósito es demostrar que el acto administrativo vulneró el principio de legalidad, ya sea por haberse expedido por funcionario u organismo incompetente, se hubiese expedido de forma irregular a través de vicios de forma y procedimiento, exista desviación de poder, desconocimiento de audiencia y defensa, cuando el objeto del acto sea ilegal o exista falsa motivación²⁶⁸. De lo anterior se puede desprender que la nulidad de los actos administrativos se genera desde la formación del acto mismo y de las diversas anomalías que pueden afectar la validez del acto.

Frente a la colusión entre oferentes en una licitación, se puede entender que esta puede llevar a que la administración pública profiera un acto administrativo que incida directamente en la escogencia del oferente, y que a su vez se vea afectado en su ilegalidad y como consecuencia sirva de

²⁶⁷ Conforme a lo establecido por el Consejo de Estado, Sección Tercera en sentencia de 10 de marzo de 1994 CP: Juan de Dios Montes, “se admitieron demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra diversos actos previos, tales como resoluciones de apertura de licitación, pliegos de condiciones, actos de adjudicación y aquellos por los cuales se declara desierta la licitación o concurso, una vez expedidos dichos actos y sin que se cuestionara al mismo tiempo el contrato que pudo haberse celebrado. Los actos separables (vale decir los precontractuales), se podían cuestionar, bien con independencia del contrato a través de las acciones previstas por los artículos 84 y 85 del C.C.A, o bien como fundamento de la nulidad del contrato, evento en el cual se entendía que la acción revestía naturaleza contractual”

²⁶⁸ RODRIGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo, General y Colombiano, Ed. Temis, Duodécima Edición, (2000) pg. 233-234.

soporte para alegar la nulidad del mismo por las causales antes mencionadas (me refiero específicamente al acto de apertura de la licitación y al acto de adjudicación). Los actos administrativos que pueden ser proferidos por la administración y podrían estar viciados de nulidad por colusión en licitaciones, podrían ser el de apertura y el de adjudicación. Para estos casos, aunque no exista prejudicialidad en estricto sentido, es conveniente que exista una decisión sancionatoria previa por parte de la SIC, en la cual la conducta y la ilegalidad de la conducta se encuentren demostradas. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de acudir sin tener la decisión previa de la SIC, para que sea el juez de conocimiento el que deba realizar el análisis correspondiente a efectos de pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo que se demanda.

Sobre la declaratoria de desierta, es una alternativa que puede darse si la entidad observa que existen indicios o circunstancias irregulares que pueden derivar de la existencia de una colusión²⁶⁹. En esos casos, si bien es cierto podrá demandarse la nulidad del acto por medio del cual se declara desierta la licitación, no sería precisamente por quienes pretenden poner en evidencia y atacar la colusión al sentirse afectados en el proceso licitatorio como consecuencia de la licitación.

4.5.2 Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

²⁶⁹ Si se llegare a declarar desierta una licitación por colusión en licitaciones, no es tan claro que necesariamente se adjudique al segundo proponente mejor calificado. Este tema deberá analizarse de la siguiente manera: si hubo participación de la entidad contratante en la elaboración y direccionamiento de los pliegos, deberá volverse a realizar la licitación. Si los pliegos no tienen mayor problema, podrá eventualmente la entidad realizar una recalificación y elegir al proponente que cumpla. En todo caso, deberá analizarse el momento de la licitación en que se encuentre, los participantes en el acuerdo y en últimas, dar aplicación al principio de economía procesal. Este argumento es expuesto por Javier Ortiz del Valle, presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá en entrevista personal realizada.

Frente a un caso de colusión en licitaciones, aquellos oferentes que se crean afectados por dicho acuerdo podrán demandar, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto de adjudicación de la licitación. Las pretensiones radicarán en la declaratoria de nulidad del mencionado acto administrativo y en la solicitud de pago de perjuicios derivados de la adjudicación ilegal. Pese al hecho de que sería viable el inicio de esta acción en contra del acto de apertura, no veo claro en dónde se encuentra el interés particular a reclamar, distinto de la legalidad del acto, pues para ese momento no se tiene ningún derecho adquirido y todo es una mera expectativa.

A esta acción le serán aplicables los mismos supuestos y las mismas consideraciones que para la acción de nulidad simple, salvo por el hecho de que con la presente acción los afectados podrán solicitar se le indemnice por los perjuicios sufridos con ocasión de la colusión en la licitación.

Sobre los efectos derivados de esta acción, es importante tener en cuenta que sólo tendrá efecto inter pares y podría llegar a tener efectos retroactivos según las pretensiones del demandante y lo decretado por el juez de acuerdo a lo probado²⁷⁰.

4.6 ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Una vez celebrado el contrato estatal, solamente es procedente demandarlo a través de la acción contractual prevista en el artículo 87 del CCA, ya sea

²⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda sub sección B. Sentencia de 8 de agosto de 1996. CP: Silvio Escudero Castro.

por nulidad absoluta²⁷¹ o relativa. En caso de invocarse actos que hayan surgido previos a la celebración del contrato, solamente se podrá fundamentar la ilegalidad de los mismos a través de la nulidad absoluta del contrato. Con la firma del contrato se “extingue” de manera anticipada el plazo de 30 días para la impugnación de los actos previos. Ello no implica que los terceros que puedan acreditar un interés directo, no puedan pedir la nulidad absoluta del contrato con fundamento en la ilegalidad de los actos previos.

En desarrollo de lo anterior, el Consejo de Estado en el fallo No. 19777 de 13 de diciembre de 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“Dicho de otra manera, podrá pedirse o bien la nulidad del contrato por ilegalidad del acto de adjudicación o la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia la del contrato, sin que pueda en esta hipótesis hablarse de una acumulación indebida de pretensiones y en ambos casos la acción principal será la de nulidad del contrato, o sea la de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A... dentro del término de caducidad de dos años previsto en el artículo 136 del C.C.A.”

Los límites establecidos para la impugnación de los actos precontractuales “en principio no tienen el alcance de eliminar ni la protección de los derechos de terceros interesados (quienes pueden impugnar los actos que los perjudiquen dentro del plazo de los 30 días anteriormente enunciado), ni la del interés general, pues éste después de la celebración del contrato, puede

²⁷¹ Conforme a lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, frente a la declaratoria de nulidad de un contrato, se pagarán las prestaciones ejecutadas siempre que la entidad se haya beneficiado, lo cual se entenderá siempre que el desarrollo del contrato le hubiere servido para la satisfacción de un interés público.

ser protegido a través de la acción de nulidad absoluta del contrato, que puede ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona que acredite un interés directo, o declarada de oficio”²⁷²

La acción de controversia contractual previsto en el artículo 87 *Ibídem*, también permite que se declare la existencia de un contrato o que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Como se mencionó anteriormente, una vez suscrito el contrato, los agentes que participaron en el acuerdo colusorio usualmente proceden a subcontratar entre ellos o ceden el contrato. La acción contractual busca, principalmente, la declaratoria de vicios en la celebración del contrato (vicios en el consentimiento) o simplemente alegar la terminación del mismo por incumplimiento de las obligaciones. Por tal motivo, los acuerdos colusorios dentro de la ejecución contractual son difíciles de demostrar en un procedimiento de acción contractual. La subcontratación por parte de los Contratistas se realiza de manera autónoma e independiente de la entidad contratante, bajo su cuenta y riesgo, pues lo único que le interesa a la entidad es la relación contractual con el contratista seleccionado y el cumplimiento de las obligaciones pactadas. Por otro lado, la cesión es una figura permitida dentro de la contratación estatal, siendo su único requisito la autorización por parte de la entidad contratante para llevarla a cabo.

²⁷² Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.

En principio, los legitimados para iniciar esta acción son las mismas partes que suscriben el contrato. Esto reduce la posibilidad de que se inicie esta acción por un acuerdo colusorio por dos razones principales: de un lado, una de las partes se vio beneficiada con dicho acuerdo y de otro, no le conviene que dicho acuerdo sea público, pues implicaría la existencia de una infracción y la consecuente imposición de una sanción. Pese a lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido que cualquier persona que acredite un “interés directo”²⁷³ podrá pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato²⁷⁴ e incluso el Ministerio Público, como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa en virtud de lo establecido por el numeral séptimo del artículo 277 de la Constitución Política. “De esta manera, en principio son los terceros intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato, los que tendrán “interés directo” en que se declare la nulidad del contrato cuando éste se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque considere viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentarse al proceso licitatorio y sin embargo, la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal”²⁷⁵

²⁷³ Ese interés directo ha sido entendido, en sentido amplio como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado. Tener interés directo consiste en que entre el contrato, como causa del interés y éste como efecto haya una relación inmediata o próxima, más no mediata o remota. Quien dice tener un interés jurídico como todo aquel que haga dentro del proceso una afirmación definida, corre con la carga de la prueba” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, en sentencia de 24 de agosto de 2000 CP: Maria Helena Giraldo Gómez. Doctrina reiterada en sentencia de 19 de octubre de 2000, de la misma sala y sección con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández, y en sentencia de 16 de febrero de 2011 con ponencia del mismo Consejero)

²⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1048 de 2001.

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, en sentencia de 7 de octubre de 1999 CP: Ricardo Hoyos Duque

“De este modo, dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece la acción contractual, el tercero que acredite un interés de carácter personal, particular, concreto y directo (como es el caso de los licitantes defraudados por las irregularidades cometidas por la Administración pública en el procedimiento de celebración del contrato), puede solicitar la nulidad absoluta del contrato, fundado en la ilegalidad de los actos previos, junto con la reparación de los daños antijurídicos que se le hayan causado”²⁷⁶

Conforme a lo establecido por la Corte Constitucional²⁷⁷, los efectos de una declaratoria de nulidad absoluta conforme a las causales del artículo 44 de la Ley 80/93 del contrato estatal, serán los siguientes:

- La administración deberá proceder a dar por terminado el contrato de manera unilateral
- La declaratoria de nulidad implica la constatación judicial de un vicio grave que afecta la validez del contrato, por cuanto al momento de su celebración fueron desconocidas normas de orden público. De ahí que, por regla general, la declaratoria de nulidad busca devolver las cosas al estado “ en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo” (C.C., art. 1746).
- La declaratoria de nulidad del contrato podrá tener lugar aún después de la terminación del mismo.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, quisiera resaltar lo siguiente: (i) Con la acción de controversias contractuales podrá alegarse tanto la nulidad de

²⁷⁶ Consideración contenida en la aclaración de voto del Magistrado Rodrigo Escobar Gil en la Sentencia C-1048 de 2001.

²⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2009 MP: Humberto Sierra Porto

los actos previos al contrato, como la nulidad del contrato mismo; aunque la acción principal tiene que ver con la nulidad del contrato, podrán lograrse dos cosas. Este punto cobra importancia, por cuanto como hemos visto, es difícil una lucha oportuna contra la colusión en licitaciones, cuando en la mayoría de casos las acciones y su respuesta por parte de las autoridades se dan cuando la licitación está terminada, salvo que se trate de medidas cautelares. En ese orden de ideas, la nulidad del contrato será uno de los objetivos principales de los afectados, además de la indemnización de los perjuicios causados.

De igual manera, cobra especial importancia el hecho de que cualquiera que acredite un “interés directo” pueda interponer esta acción y perseguir la nulidad del contrato, pues bajo los supuestos aparentes de la norma, al tratarse de una acción derivada de un contrato, en principio sólo podría ser ejercida por las partes en el contrato; para el caso de contratos suscritos como consecuencia de una colusión en una licitación, no habría posibilidad que quien se hubiera visto beneficiado con el acuerdo, pretenda luego la nulidad del contrato. El desarrollo jurisprudencial que incluye la posibilidad de que terceros la inicien, es bastante apropiado y pertinente.

4.7 ACCION DE REPARACION DIRECTA

La acción de reparación directa, contenida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el cual fue modificado por el art. 16 del Decreto 2304 de 1989 y nuevamente por el Art. 31 de la ley 446 de 1998, establece que la persona que acredite interés podrá pedir directamente la reparación de un daño causado por la administración, cuando la causa de la petición sea:

- 1) Un hecho,
- 2) Una omisión,
- 3) Una operación administrativa o

- 4) La ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o

- 5) Por cualquier otra causa.

Tal y como se desprende de las normas que la regulan, en ejercicio de una reparación directa no existe declaratoria de nulidad, sino un restablecimiento directo del derecho y su término de caducidad es de 2 años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, conforme al artículo 44 de la Ley 446 de 1998

De lo que se trata, es de lograr la reparación de un daño causado con ocasión de un acuerdo restrictivo de la competencia del cual forma parte el Estado; dentro de las características propias para el inicio de esta acción, es que el daño sea causado por el Estado.

Como acabo de mencionarlo, para que pueda iniciarse la acción anteriormente enunciada, se requiere que la colusión tenga como uno de sus participantes a la Administración²⁷⁸ a través de uno de sus funcionarios, pues implica la causación de un daño por parte del Estado. Cuando la colusión es realizada únicamente por particulares, no es viable el inicio del mencionado proceso. En complemento de lo anterior, vale la pena mencionar que podría

²⁷⁸ Sobre el particular frente a la pregunta realizada a Andrés Jaramillo en entrevista personal, relacionada con las acciones previstas para combatir la colusión, dio respuesta en los siguientes términos: *“Ahora, si pondría una acción de reparación directa en el contencioso, habría una reparación directa pero tendría que haber una colusión por parte la entidad estatal para hablar de una reparación directa en una acción contenciosa administrativa”*.

también ser procedente esta acción por omisión del Estado en detectar la colusión en la licitación; sobre el particular, creería que para que fuera viable, las manifestaciones de la colusión durante el proceso licitatorio deberían ser tan evidentes y obvias, que no habría manera de argumentar que no existía la posibilidad de detectar el mencionado acuerdo. En todo caso, sí cabría, y la consideración anterior, sería objeto de análisis por parte del juez competente, a efectos de determinar si hay lugar o no a la reparación directa por parte del Estado.

En ejercicio de la acción de reparación directa, “no le corresponde a la persona interesada exponer las razones jurídicas de su pretensión, sino las situaciones fácticas constitutivas del daño”²⁷⁹. Como consecuencia de lo anterior, no se trata de una acción en la que vaya a analizarse la validez del proceso licitatorio como tal, sino de la comprobación de los hechos que dieron lugar a la causación del daño.

Es de suma importancia tener en cuenta que de manera excepcional, tal y como lo expone Santofimio, la acción podría proceder contra particulares cuando los mismos hayan concurrido con la Administración a la configuración de un daño antijurídico, constituyendo un mecanismo amplificador de la competencia de lo contencioso administrativo, el cual se conoce como “fuero de atracción” conforme a lo establecido por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de diciembre de 1995 con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo²⁸⁰.

²⁷⁹ Santofimio, ibídem. Pág. 213

²⁸⁰ Santofimio, ibídem. Pág. 214

En lo relacionado con la reparación del daño mediante el ejercicio de esta acción (frente a la posibilidad de conseguir la reparación de perjuicios también mediante la acción civil), considero útil la referencia que Santofimio hace sobre el tema, pues menciona que debe evitarse que se obtengan por los afectados más de dos indemnizaciones con fundamento en un mismo hecho, pues ello desnaturalizaría el propósito de la indemnización e implicaría un enriquecimiento inmerecido y desproporcionado. Pese a lo cual, conforme lo ha establecido el Consejo de Estado, no resulta incompatible el ejercicio de la acción de reparación directa con las acciones civiles, pero podrá el Estado excepcionar el pago efectuado por otra vía²⁸¹.

Luego de la enunciación realizada y para este grupo particular de acciones, es importante poner en consideración que las acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento, de controversias contractuales y la de reparación directa que eventualmente procederían frente a una presunta colusión dentro de una licitación, se predicen respecto del proceso licitatorio mismo más no sobre la conducta como tal. En el análisis judicial, eventualmente, habrá de hacerse referencia a la conducta, con el propósito de verificar si con base en la misma fue que se expidió el acto de manera ilegal o se produjo el daño por parte de la administración. Como consecuencia de lo anterior, una decisión sancionatoria proferida por la SIC sería de gran utilidad a efectos de coadyuvar a la prosperidad de las pretensiones.

4.7.1 Pretensiones

Sobre las pretensiones de los actores en las acciones anteriormente enunciadas, vale la pena traer a colación lo establecido por el Magistrado

²⁸¹ Santofimio, *ibidem*. Pág. 216-217

Rodrigo Escobar Gil en su aclaración de voto a la sentencia C-1048 de 2001 en los siguientes términos:

“En estos eventos se vulneran los derechos del particular oferente, y se le causan daños antijurídicos representados en todos los gastos en que éste incurrió para la presentación de su propuesta (compra de pliegos, pago de la prima correspondiente a la garantía de seriedad de la propuesta, honorarios profesionales, etc.), así como en las utilidades que deja de percibir como consecuencia de dichas actuaciones ilegales, los cuales deben ser indemnizados por la Administración contratante, con fundamento en la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado y en los principios de buena fe y legalidad que le imponen el deber de actuar con diligencia, lealtad y probidad, con sujeción estricta a la ley y los pliegos de condiciones”

Lo anterior adquiere relevancia a efectos de hacer una aproximación a las pretensiones que los afectados por la colusión en licitaciones podrían tener con el ejercicio de las acciones mencionadas. Es de resaltar que con el trámite administrativo sancionatorio, los afectados no conseguirán la reparación de los perjuicios, por cuanto reiteramos, no es el objeto del procedimiento.

4.8 ACCION POPULAR POR VIOLACION AL DERECHO COLECTIVO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA.

La acción popular puede tener tres características: preventiva, cuando el propósito es hacer cesar la amenaza al derecho colectivo, es decir, cuando el daño aun no ha sido causado; correctiva, en los casos en que ya se ha vulnerado el derecho colectivo y lo que se busca es poner fin a la vulneración

o, restitutoria, con el fin de que cuando sea posible, el juez pueda ordenar restituir las cosas a su estado anterior (artículo 2º Ley 472 de 1998)²⁸²

La acción popular se enmarca dentro de las siguientes normas: artículo 88 de la Constitución Política y la Ley 472 de 1998 la cual reglamenta y desarrolla la figura de la acción popular y fija su procedimiento²⁸³. El artículo 88 de la Constitución Política regula las acciones populares como aquellas que pretenden proteger los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.

En desarrollo de este precepto constitucional, se expidió la Ley 472 de 1998 (25 de agosto) cuyo artículo 2º define las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

Dentro de los derechos colectivos cuyo amparo se pretende, existe, ciertamente, derechos colectivos a la libre competencia, contemplado en el literal i) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y, en consecuencia, siendo susceptible de protección mediante el ejercicio de la acción popular.

²⁸² PERILLA, Carlos Andrés. *Ibídem*. Pág. 23.

²⁸³ Defensoría del Pueblo, “Cartilla de acciones populares y de grupo”. Consultar en <http://www.scribd.com/doc/23856524/acciones-populares>.

Respecto de los casos contenciosos en donde exige la protección del derecho colectivo a la libre competencia, existe sin duda la existencia de acuerdos colusorios entre dos o más empresas con el propósito de manipular procesos licitatorios, y por tanto vulnerando derechos e intereses colectivos.

Para tener la legitimidad por activa para presentar la acción popular frente a casos de acuerdos colusorios, basta con verse afectado de forma individual como miembro de una comunidad (grupo indeterminado o indeterminable) frente a una eventual violación o amenaza de derechos e intereses colectivos, tales como el derecho a la libre competencia económica²⁸⁴.

En diversos pronunciamientos, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sostenido los derechos constitucionales previstos en el artículo 333 de la Constitución Política: la iniciativa privada, la libertad de empresa y la libre competencia económica, deben ser considerados de forma independiente o si por el contrario, hacen parte de un derecho más general, la libertad económica privada²⁸⁵.

La Corte constitucional mediante Sentencia C- 616 de 2001 ha señalado la existencia del derecho a la libertad económica privada, siendo uno de ellos el derecho a la libre competencia económica, entendido como las capacidades de desenvolverse en términos pacíficos en un mercado evitando alteraciones provenientes de conductas de los agentes económicos competidores²⁸⁶.

²⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ Sentencia C 616 de 2001, 13 de junio de 2001, Referencia: expediente D-3279, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado la procedencia del derecho a la libre competencia económica como un derecho colectivo, distinguiéndolo así de sus prospectivas como un derecho individual. En diversa jurisprudencia, el Consejo de Estado ha sostenido que para que resulte procedente la acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, es necesario demostrar su dimensión colectiva. Por ello, no solo basta que un agente económico argumente la vulneración de los derechos, sino que es necesario demostrar y evidenciar una afectación del derecho en una dimensión colectiva, indeterminada o determinable. Así mismo, ha señalado que las pruebas que demuestran la vulneración colectiva del derecho, debe estar fundada en la violación de las normas que regulan éste derecho, tales como las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, estatuto de protección al consumidor, promoción a la competencia e inclusive la competencia desleal²⁸⁷.

En este sentido, para alegar la vulneración o puesta en peligro del derecho colectivo a la libre competencia económica alegando la colusión en las licitaciones públicas dentro del procedimiento de acción popular, es necesario demostrar el alcance colectivo de dicha vulneración o puesta en peligro del derecho colectivo. La libertad de competencia económica se presenta cuando un conjunto de empresarios, dentro del marco normativo, compiten entre sí en condiciones de igualdad, poniendo para ello sus esfuerzos o recursos en conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. Lo anterior supone que cuando dichos empresarios se ponen de acuerdo entre sí para evitar la competencia o se ponen de acuerdo para

²⁸⁷ Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Sentencia del 2 de diciembre de (2010), Expediente: 15001--23-31-000-2005-00326-01, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso;

elevar o disminuir precios para evadir procesos competitivos, nos encontramos ante la vulneración de éste derecho.

Ahora bien, diferentes razones pueden presentarse para demostrar el alcance de la colusión en la vulneración del derecho a la libre competencia económica como derecho colectivo. La colusión entre diferentes proponentes en un proceso licitatorio, puede causar daño en los procesos en donde se busca el abastecimiento público, lo que no es otra cosa que la realización de maniobras fraudulentas para apropiarse del presupuesto público que tienen los procesos de licitación pública, que no es más que adueñarse de los recursos de los contribuyentes²⁸⁸. Sin embargo, los acuerdos colusorios dentro de un proceso licitatorio sólo podrán ser alegados en proceso de acción popular, siempre que exista prueba de dichos actos y que los mismos tuviesen repercusión de un contexto colectivo. En caso de existir prueba de éstos acuerdos, ciertamente se podrá alegar vulneración del derecho colectivo a la libre competencia económica cuando exista un acto de adjudicación o en la ejecución contractual, ya que son estos escenarios los que otorgan derechos ciertos a los presuntos infractores y en donde los actos colusorios puedan afectar intereses y derechos colectivos.

Conforme a lo establecido por el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo

²⁸⁸ Guías de la OCDE para Competir la Colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público, Aprobado por el Comité de Competencia de la OCDE, DAF/COMP/(2009)1 del 24.02.1009, (vía internet) www.oecd.org/competition/bidrigging.

dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

Sobre las acciones contenidas en la Ley 472 de 1998, la acción popular se iniciará cuando se pretenda la protección de un derecho colectivo vulnerado. Bajo esta acción, el actor no podrá pretender la indemnización de perjuicios.

Para el caso de las acciones de grupo, se requerirá la existencia de al menos 20 personas que se vean afectadas en sus derechos como causa de la colusión. En ese caso, podrá solicitarse de manera colectiva la reparación de perjuicios. Esta acción, a diferencia de la popular, sí tiene un término de caducidad de dos años, contados a partir de la causación del daño. A la fecha no existe una acción de grupo con este propósito y es poco viable cumplir en un caso por colusión, con los requisitos exigidos. Sin embargo, consideré pertinente enunciarla para concluir sobre su inviabilidad.

La única consecuencia útil que podría traer el inicio de la acción popular, sería lograr bajo la figura de la medida cautelar²⁸⁹, la suspensión de la licitación o la suspensión de la ejecución del contrato en caso de que éste haya sido adjudicado²⁹⁰. En todo caso, cualquiera de las dos es bastante inviable, teniendo en cuenta las bajas probabilidades de que un juez se

²⁸⁹ Si bien la medida cautelar de suspensión provisional de un acto administrativo tiene un origen constitucional (artículo 238 de la Constitución Política), la ley ha supeditado su procedencia al cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades consignadas en el artículo 152 del C.C.A. Sólo son susceptibles de tal medida los actos administrativos que incurran en una manifiesta, ostensible y directa violación de la norma o normas superiores, apreciable por confrontación directa o mediante documentos. Además, el inciso 3º del artículo 152 prevé que cuando la acción intentada sea distinta a la de nulidad, debe el actor demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de 13 de diciembre de 2001 CP: Ricardo Hoyos Duque)

²⁹⁰ Ver. Artículo 17 ss. De la Ley 472 de 1998.

atreva a decretarla, pues los perjuicios para el Estado podrían llegar a ser aún mayores. De hecho, a la fecha no ha sido decretado ni dentro del trámite administrativo ni dentro del contencioso ninguna medida cautelar con este propósito.

Si el proceso licitatorio ya se encuentra terminado, el contrato adjudicado, ejecutado y hasta liquidado, no encuentro beneficio ni utilidad de la acción popular ni de la acción de grupo.

En virtud de lo expuesto y de acuerdo a los supuestos requeridos para que proceda la acción popular frente a acuerdos de colusión en licitaciones, no constituye una herramienta eficaz para el amparo del derecho individual, traducido en la solicitud de perjuicios.

Vale la pena tener en cuenta que en las pocas acciones populares conocidas por el Consejo de Estado en segunda instancia, el fallo denegó las pretensiones del actor popular relacionadas con la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la libre competencia²⁹¹.

Sobre las acciones populares, considero importante traer a colación los comentarios realizados por Juan David Gutiérrez en los siguientes términos:

²⁹¹Tomadode

<http://derechodelacompetencia.blogspot.com/search/label/Acci%C3%B3n%20Popular>. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA. Expediente: AP-00124; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007), Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Expediente: AP-00549. Se presentó un salvamento de voto; Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Expediente: AP-00739. Contiene aclaración de voto de la Consejera Martha Teresa Briceño de Valencia. Se trata de acción interpuesta contra la Federación Nacional de Cafeteros en relación con el usufructo de la marca “Juan Valdez”.

(i) En el fallo ColTel²⁹² el Consejo de Estado “reconoció que la acción popular era procedente, de manera excepcional, para solicitar la suspensión de procesos contractuales cuando quiera que dicha conducta podía vulnerar el interés colectivo a la libre competencia. Luego, la acción es procedente, sin perjuicio de que luego se entre a estudiar de fondo la conducta para determinar su adecuación con el derecho colectivo” (ii) “El análisis sustancial del Consejo de Estado a la hora de revisar la conducta tuvo dos enfoques: i) Revisar si la conducta efectivamente restringía la competencia dentro del mercado y ii) Revisar si la conducta reportaba algún perjuicio para los consumidores”. (iii) “El tercer punto a destacar es realmente desconcertante. Resulta que el Honorable tribunal decidió acudir a la normativa Andina (la Decisión 608) para explicar el concepto de agente económico y de conductas anticompetitivas”²⁹³

Las consideraciones anteriores son importantes en la medida que admiten la procedencia de acciones populares para el decreto de medidas cautelares, sin perjuicio del juicio de fondo que posteriormente se hace. De igual forma,

²⁹² Mediante sentencia del 26 de noviembre de 2009 la Sección Primera del Consejo de Estado (Exp. No. 25000232700020040204901, C.P. Rafael Ostau De Lafont) decidió un recurso de apelación en contra de una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sentencia de 12 de julio de 2007 proferida por la Sección Cuarta, Subsección “B” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca) en virtud de la cual se denegaron las pretensiones de una acción popular que pretendía la protección de la libre competencia económica en contra de la empresa ColTel. Según el actor de la acción, la conducta de ColTel consiste en poner unas reglas que supuestamente dejaba por fuera a las empresas colombianas del negocio. Según el accionante, al establecer estas reglas supuestamente “irrazonables” vulneraba el derecho a la libertad de competencia económica de las empresas colombianas. El Tribunal de Cundinamarca decidió denegar las pretensiones del actor popular pues consideró que la conducta de ColTel en ningún momento vulneró ni amenazó vulnerar la libre competencia económica. Dicha decisión fue apelada y el Consejo de Estado confirmó el fallo.

²⁹³ GUTIERREZ, Juan David. *Acciones populares y libre competencia: una addenda al caso colombiano*. 10 de febrero de 2010. Tomado de <http://derechodelacompetencia.blogspot.com/search/label/Acci%C3%B3n%20Popular>, última consulta realizada el 9 de enero de 2012.

con base en la consideración segunda, podemos concluir que dentro de una acción popular el juez habrá igualmente de analizar y pronunciarse sobre la conducta misma y finalmente, la tercera consideración, constata que el Derecho a la competencia es desconocido aún por los mismos jueces.

Por colusión en licitaciones en particular, no ha habido pronunciamiento alguno al respecto por vía de acción popular y no es el mecanismo apropiado si lo que se pretende es la reparación de perjuicios particulares.

Esta acción puede iniciarse tanto en el desarrollo de la licitación, como luego de adjudicada, aunque su probabilidad de éxito según la experiencia colombiana, es mínima. De igual forma, vale la pena tener presente que es una acción que no tiene término de caducidad por lo cual, puede iniciarse en cualquier tiempo.

Tal y como lo considera Carlos Andrés Perilla, las ventajas del uso de las acciones populares como mecanismo de protección en contra de prácticas anticompetitivas son las siguientes: es una acción de trámite preferente, por lo cual el tiempo de duración puede ser menor en comparación con otros procesos. El pacto de cumplimiento puede ahorrar tiempo a partes y jueces, siempre termina con decisión (no todas las denuncias ante la SIC son investigadas y resueltas). El fallo tiene efecto de cosa juzgada entre las partes y terceros, por lo cual podría servir de base para una posterior demanda de indemnización de daños y perjuicios²⁹⁴.

4.9 VIABILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

²⁹⁴ PERILLA, Carlos Andrés. *Ibíd.* Pág. 24

En primer lugar, es importante tener en cuenta que la acción de tutela es una acción constitucional para la protección de los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 del mismo año, en los siguientes términos:

ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o

respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión

Sobre la procedencia de la acción de tutela para demandar los actos proferidos en desarrollo de una licitación en general, por colusión en licitaciones conforme al objeto de la presente investigación, es importante tener en cuenta las siguientes consideraciones, señalando de antemano que no sería una acción procedente:

1. La libre competencia económica, no es un derecho fundamental, tal y como señala el artículo 333 superior; es un derecho de todos, lo cual es ratificado por la Ley 472/98 artículo 4 literal i, que lo estima como un derecho colectivo.

2. La acción de tutela tiene en carácter subsidiario, es decir, solo cuando los derechos fundamentales no tienen otro mecanismo alternativo de protección; en este caso, en principio, no se trata de un derecho fundamental, y además mecanismos alternativos para su protección.

3. Desde el punto vista judicial, las acciones populares son el mecanismo adecuado para la protección judicial de la libre competencia como derecho colectivo, y dentro de su estructura procesal está la posibilidad de pedir medidas cautelares para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

4. Finalmente, no es viable tampoco considerar el derecho de la competencia como un derecho fundamental por conexidad, pues no encuentro uno que pudiera eventualmente invocarse como afectado, en tanto con la mencionada

conducta no compromete el mínimo vital de los demás oferentes, por lo cual se hace improcedente.

Pese a lo anterior, quisiera exponer algunas consideraciones expuestas por Jose Vicente Blanco²⁹⁵ en su página de internet, pues considera viable la interposición de una tutela en contra de los actos administrativos proferidos en desarrollo de una licitación; (i) Considera que el argumento esgrimido por la Corte Constitucional al establecer que la tutela no es procedente contra estos actos administrativos, relacionado con la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es de recibo, en tanto la suspensión prevista en el artículo 152 del CCA procede sólo cuando exista manifiesta violación de las normas, cosa que normalmente no sucede. Así las cosas, la mayoría de las veces la solicitud es rechazada, por cuanto la violación no es manifiesta.

(ii) Con esta negativa, considera Blanco, se equivocan los jueces, pues se están negando a proteger un derecho fundamental vulnerado en el transcurso de una licitación pública cuando por ejemplo los pliegos de condiciones violan los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso o al trabajo, argumentando que pueden protegerse en virtud de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Como ya mencionamos, lo más seguro es que la suspensión provisional sea negada por no existir “manifiesta” violación frente a la norma superior y se requiera

²⁹⁵ Abogado especializado en Derecho Administrativo, docente en derecho administrativo y consultor en la misma área. Correo electrónico: jovibla@gmail.com

de un completo análisis y confrontación entre las pruebas existentes. Esto implica incurrir en una verdadera denegación de justicia²⁹⁶.

(iii) De igual forma, es importante tener presente en el hecho de que “Un juez de tutela tiene todas las facultades para efectuar este análisis de manera integral, ya sea para otorgar una protección definitiva, ya sea para otorgar una protección transitoria suspendiendo los efectos de la decisión bajo la condición de que el interesado acuda a la jurisdicción contencioso administrativa a demandar el acto administrativo pertinente”²⁹⁷

(iv) Lo otro que debe tenerse en cuenta es que ni una acción de simple nulidad, ni una acción de nulidad y restablecimiento, ni una acción contractual, son los mecanismos apropiados para lograr resolver los problemas que habitualmente se presentan en el transcurso de una licitación, como son los relacionados con las limitaciones injustificadas que en los pliegos se imponen para participar o con las descalificaciones amañadas, pues a través de ninguno de esos mecanismos judiciales se logra lo que realmente le interesa al proponente y es que le permitan participar en la licitación para que su propuesta sea evaluada y tenga la oportunidad de ganar si su propuesta es la mejor o, en caso de no ser así, que por lo menos quede la tranquilidad de haber sido vencido en una justa lid²⁹⁸.

²⁹⁶ BLANCO, José Vicente. “La acción de tutela frente a las licitaciones públicas” Blog sobre la Contratación Estatal en Colombia. Ver en <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/03/la-accin-de-tutela-frente-la.html>

²⁹⁷ BLANCO, José Vicente. *Ibidem*. Ver en <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/03/la-accin-de-tutela-frente-la.html>

²⁹⁸ BLANCO, José Vicente. *Ibidem*. Ver en <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/03/la-accin-de-tutela-frente-la.html>

(v) Las acciones mencionadas sólo admitirán la posibilidad de que el proponente al cual se le vulneren sus derechos, se le compense con una indemnización pues nunca la jurisdicción contencioso administrativa ha admitido la posibilidad de revocar la adjudicación y adjudicar al contrato al verdadero vencedor, entre otras cosas porque esto resultaría imposible ya que siempre el contrato ha sido ejecutado en su totalidad²⁹⁹.

En virtud de lo anteriormente expuesto, concluye Blanco lo siguiente:

“Es claro entonces que la acción de tutela es el mecanismo acertado para remediar las irregularidades que ocurran en el transcurso de una licitación, pues nunca la suspensión provisional del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo permitirá el ejercicio de las atribuciones que la acción de tutela le brinda al juez constitucional y porque nunca las acciones ordinarias serán eficaces para permitir lo que el proponente afectado busca en la mayoría de las ocasiones: que le permitan participar en la licitación o concurso o que lo evalúen de una manera adecuada. En resumen, para estos efectos, no existe otro mecanismo de defensa judicial”³⁰⁰.

Tribunal de arbitramento como alternativa

Luego de expuesto el trámite administrativo sancionatorio ante la SIC y las acciones en estricto sentido (en sede jurisdiccional), existe otra alternativa

²⁹⁹ BLANCO, Jose Vicente. *Ibidem*.

³⁰⁰ BLANCO, Jose Vicente, “La acción de tutela frente a las licitaciones públicas” *Blog sobre la Contratación Estatal en Colombia*. Ver en <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/03/la-accin-de-tutela-frente-la.html>

que a pesar de no tratarse de una acción, es una forma para los afectados de lograr principalmente la indemnización de perjuicios, por lo cual su pretensión es análoga a la que se tiene en ejercicio de la acción ante la jurisdicción ordinaria. Se trata de una administración de justicia por parte de particulares, por expresa habilitación de la constitución y de la ley. Así las cosas, la convocatoria de un Tribunal de arbitramento es otra alternativa por la que los afectados pueden optar para lograr la indemnización de perjuicios.

El arbitramento o arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que dos o más partes en una controversia jurídica deciden, de común acuerdo, someter su controversia al conocimiento de tribunales de arbitramento, conformados por particulares investidos transitoriamente de la facultad de impartir justicia en un caso concreto³⁰¹.

El inciso primero del artículo 1 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 señala:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual quedará transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”

Según Mauricio Velandia, un Tribunal de arbitramento es competente para decidir la responsabilidad privada por una práctica comercial restrictiva,

³⁰¹ HOYOS PIZANO, Alexandra, LONDOÑO CAMARGO, Tatiana, “Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal”, Trabajo para optar al grado de abogadas. Director: Andrés Fernández de Soto. Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Administrativo, Bogotá: 5 de mayo de 2003. Pág. 12. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS84.pdf>

incluida la de colusión en licitaciones, que cause daño a la empresa o al mercado. En primer lugar, porque el hecho de causar daño a otro es fuente de obligaciones; porque el régimen de PCR salvaguarda un bien jurídico tutelado: el mercado; porque una PCR puede ser la causa de un daño a la propiedad privada, así no afecte al mercado³⁰².

En contraposición a lo anterior, es importante tener en cuenta que si lo que se pretende es la nulidad de los actos administrativos, el contencioso de nulidad no es susceptible de someterse a arbitramento. Por otro lado, si se pretende obtener una indemnización de parte de los proponentes coludidos, si sería viable, pues sería una pretensión económica, susceptible de transacción. Pese a lo anterior, como lo mencionaré más adelante, no va a ser muy usual que un infractor/delincuente, firme una cláusula compromisoria o un compromiso.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, todo aquello que sea sujeto a transacción, puede ser conocido y fallado por un Tribunal de Arbitramento.

Debe diferenciarse el daño al mercado, el cual es sancionado por el Estado a través de un procedimiento administrativo y de la imposición de una sanción pecuniaria, del daño causado a los particulares con la conducta restrictiva de la competencia, cuyo conocimiento será de competencia de un juez, de conformidad con los principios generales de responsabilidad.

El acuerdo por medio del cual las partes revisten a los árbitros de

³⁰² VELANDIA, Mauricio, *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011., p. 337.

competencia para resolver el caso específico, conocido también como pacto comisorio, puede ser una cláusula compromisoria, incluida en el clausulado de un contrato válidamente celebrado, o un compromiso convenido con posterioridad a la ocurrencia del hecho que generó la controversia jurídica. En ambos casos, el acuerdo debe ser expreso y debe constar por escrito.

En los acuerdos específicos de colusión en licitaciones, es evidente que no existiría un contrato con cláusula compromisoria que habilitara a un Tribunal de Arbitramento para dirimir la eventual controversia con el tercero afectado por dicho acuerdo. De tal manera que un Tribunal de Arbitramento sólo recibiría competencia en este caso, por medio de un arreglo entre las partes del acuerdo de colusión y el tercero afectado posterior a la ocurrencia de la colusión. Vale la pena preguntarnos por la viabilidad de la celebración de este “acuerdo posterior”; Aparte del tercero afectado por la colusión, ¿quién más lo suscribiría?

Con base en lo anteriormente expuesto, pongo de presente las siguientes consideraciones: (i) Para que el Tribunal de arbitramento pueda pronunciarse sobre el conflicto, debe mediar autorización expresa por parte de quienes desean someter el conflicto a conocimiento del tribunal. Sin embargo, considero que la celebración del pacto comisorio no es viable en la práctica, puesto que (a) la cláusula compromisoria implica su inclusión dentro de un contrato de manera previa al conflicto, y en este caso no existiría dicho contrato; y (b) el compromiso, que supone su celebración con posterioridad a la ocurrencia de la colusión, difícilmente sería suscrito por los presuntos autores del acuerdo de colusión. Teniendo en cuenta que la colusión es un acuerdo en la mayoría de las veces clandestino, no parece viable en la

práctica que quien haga parte del mismo expresamente y de forma voluntaria, ponga el asunto en conocimiento de un tribunal de arbitramento.

(ii) De otro lado, es importante tener en cuenta el hecho de que los asuntos que podrían ponerse en conocimiento de un Tribunal, deben ser asuntos transigibles y sobre los cuales las partes del proceso arbitral puedan ejercer el derecho de disposición. En ese orden de ideas, lo único que podría lograrse convocando a un Tribunal por colusión en licitaciones, en el caso de que la autorización expresa existiera, sería la indemnización de los perjuicios causados por el acuerdo de colusión. En otras palabras, no habría ningún efecto sobre la licitación derivado de la decisión de un Tribunal de arbitramento, pues el Tribunal carecería de competencia para impartir órdenes sobre el proceso licitatorio, en la medida en que el proceso licitatorio no es un asunto sobre el cual las partes del proceso arbitral puedan ejercer libremente el derecho de disposición.

En virtud de lo expuesto, difiero de la posición de Mauricio Velandia dado que en mi opinión se debe concluir que los Tribunales de Arbitramento (a) no pueden tener competencia para tomar decisiones que afecten el proceso licitatorio toda vez que dicho proceso está por fuera del alcance del ejercicio del derecho de disposición de las partes del proceso arbitral³⁰³; y (b) en la práctica, no sería viable obtener el consentimiento necesario de todas las

³⁰³ Sobre el particular Jaime Orlando Santofimio se pronunció en los siguientes términos: “los árbitros habilitados por las partes para resolver jurisdiccionalmente conflictos, especialmente los contractuales, no podrían pronunciarse sobre la ilegalidad de decisiones administrativas. Sobre el tema tanto la Corte Constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000, MP: Alfredo Beltrán Sierra) como la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2000 CP: Alier Eduardo Hernández) se han pronunciado en el mismo sentido, pues se trata de una manifestación pública cuyo conocimiento es privilegio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” (Jaime O. Santofimio, *ibidem*. Pág. 111)

partes del arbitramento para otorgar competencia al Tribunal. Por estas razones, esta alternativa carecería de sentido y de efectividad.

4.10 ACCIONES DE ACUERDO A LA ETAPA DE LA LICITACION

Previa enunciación de las acciones procedentes para cada una de las etapas del proceso licitatorio, es importante poner de presente el hecho de que los acuerdos colusorios han afectado los procesos de licitación pública en Colombia, desde aquellos actos de naturaleza pre contractual hasta la suscripción y posterior ejecución de los contratos estatales³⁰⁴, lo que significa que parte de los recursos públicos involucrados son destinados a unos pocos proponentes, además del sobreprecio de los bienes y servicios que estos ofrecen, lo cual se traduce en un traslado de los efectos nocivos de las conductas a los consumidores y contribuyentes. Los acuerdos colusorios dentro de las licitaciones públicas no solo se convierten en actos que afectan a los demás oferentes que no participaron de dichos acuerdos, sino que vulneran además los principios ya reseñados, y generan un impacto directo en el mercado de bienes y servicios, logrando como consecuencia un desequilibrio o posible incremento del gasto público del Estado³⁰⁵.

Sin perjuicio del ejercicio anteriormente realizado, relacionado con la enunciación de las posibles acciones a iniciar luego de proferida una decisión sancionatoria por parte de la SIC, y teniendo en cuenta mi comentario realizado, en el sentido de que no es necesaria la existencia de

³⁰⁴ Derecho y política de libre competencia en América Latina, “*La colusión en licitaciones públicas sería tipificada como delito en Colombia*”, en <http://lalibrecompetencia.com/2011/05/08/la-colusion-en-licitaciones-publicas-seria-tipificada-como-delito-en-colombia/>, Consultado el 04-01-12

³⁰⁵ Guías Práctica, Combatir la Colusión en las Licitaciones Pública, Superintendencia de Industria y Comercio y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2011, p. 8.

pronunciamiento por parte de la SIC o de fallo del juez penal (aunque sí es lo recomendable) para el inicio de las acciones ya descritas, a continuación hago una referencia a cada una de las etapas de la licitación, en aras de dar mis recomendaciones sobre las que serían viables y podrían iniciarse de acuerdo a cada etapa.

4.10.1 Etapas del proceso licitatorio

Enunciadas las distintas alternativas en cuanto a las acciones a iniciar por colusión en licitaciones luego de proferida una decisión de la SIC o fallo del juez penal, debe destacarse la importancia del momento en el cual pretendan iniciarse, pues de ello dependerá su viabilidad y su eficacia, entendida ésta como la obtención del resultado específico esperado. En desarrollo de lo anterior, debemos tener en cuenta las etapas en las que se encuentra el proceso licitatorio: antes de la apertura de la licitación, durante el desarrollo de la misma, después de proferido el acto de adjudicación o luego de suscrito y perfeccionado el contrato.

4.10.1.1 Etapa previa a la apertura de la licitación (Elaboración de los pliegos de condiciones)

Sobre el particular, ya fue un tema tratado en los capítulos previos, pero vale la pena recordar que es una etapa que se presta para el intercambio de información con los funcionarios de la entidad encargada de la licitación y para el direccionamiento de los pliegos.

Sobre los pliegos de condiciones, debe tenerse en cuenta que éstos se convierten en la principal herramienta y referencia para los posibles proponentes. En él, se indican los requisitos necesarios para participar en el

proceso de selección y los diferentes factores habilitantes y de escogencia que deben cumplir los proponentes. El propósito general de los pliegos de condiciones es definir reglas objetivas, justas, claras y completas que permiten a los diferentes proponentes competir de forma transparente y que aseguren a la entidad pública la escogencia de la propuesta más favorable dentro del proceso licitatorio³⁰⁶.

Durante la elaboración y publicación de los estudios previos, el proyecto de pliego de condiciones³⁰⁷ y el posterior pliego de condiciones definitivo dentro

³⁰⁶ Artículo 24 numeral 5º de la Ley 80 de 1993.

³⁰⁷ “Artículo 3º. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone. Los estudios y documentos previos se pondrán a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener los siguientes elementos mínimos: 1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación. 2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones y la identificación del contrato a celebrar. 3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección. 4. El análisis que soporta el valor estimado del contrato, indicando las variables utilizadas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de posibles costos asociados al mismo. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso de méritos no publicará el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración. 5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto. 6. El soporte que permita la tipificación, estimación, y asignación de los riesgos previsible que puedan afectar el equilibrio económico del contrato. 7. El análisis que sustenta la exigencia de garantías destinadas a amparar los perjuicios de naturaleza contractual o extracontractual, derivados del incumplimiento del ofrecimiento o del contrato según el caso, así como la pertinencia de la división de aquellas, de acuerdo con la reglamentación sobre el particular. Parágrafo 1º. Los elementos mínimos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección. Parágrafo 2º. El contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. En caso que la modificación de los elementos mínimos señalados en el presente artículo implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en el numeral 2 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y en aras de proteger el interés público o social, podrá revocar el acto administrativo de apertura. Parágrafo 3º. Para los efectos del presente artículo, se entiende que los estudios y documentos previos son los definitivos al

de los procesos licitatorios, pueden presentarse actos de manipulación o acuerdos colusorios que vulneran los parámetros de selección objetiva que debe contener estos documentos preparatorios. Dentro de las conductas colusorias más comunes, se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes, con el propósito de direccionar los pliegos de condiciones y la futura adjudicación; además, se puede acordar precios de ofertas artificialmente bajos que puedan garantizar la adjudicación a uno de los proponentes, pero acordando el restablecimiento del precio dentro de la ejecución contractual a través del restablecimiento del equilibrio contractual o la extensión del tiempo de ejecución, entre otras conductas que pudieran surgir de acuerdos colusorios³⁰⁸.

Este tipo de conductas, que pueden presentarse entre dos (2) o más proponentes, con la complicidad de funcionarios públicos, provoca que los términos de condiciones y requerimientos incluidos dentro de los estudios previos y pliegos de condiciones, se encuentren direccionados para favorecer a un proponente determinado, previendo exigencias que pocos o un único proponente puedan cumplir. Este es un típico caso de corrupción, y la corrupción como tal no será objeto del presente trabajo.

En este caso, las acciones que podrán iniciarse en caso de que se tengan pruebas de colusión, serán las siguientes:

momento de la elaboración y publicación del proyecto de pliego de condiciones, sin perjuicio de los ajustes que puedan darse en el curso del proceso de selección. En todo caso, permanecerán a disposición del público por lo menos durante el desarrollo del proceso de selección. Parágrafo 4°. En el caso de contratos en los que se involucre diseño y construcción, la entidad deberá poner a disposición de los oferentes además de los elementos mínimos a los que hace referencia el presente artículo, todos los documentos técnicos disponibles para el desarrollo del proyecto.”

³⁰⁸ Guías Práctica, Combatir la Colusión en las Licitaciones Pública, Superintendencia de Industria y Comercio y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2011, pg. 11.

1. Queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio por presunta infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153.
2. Queja ante la Procuraduría o ante la misma entidad, en caso de que aquellas cuenten con oficinas disciplinarias conforme a lo establecido en la Ley 734 de 2002.
3. Denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, invocando como delito el de “acuerdos restrictivos de la competencia” introducido por la Ley 1474 de 2011.

4.10.1.2 Durante el proceso licitatorio.

Como ya se ha mencionado, el proceso de licitación es considerado la regla general para la escogencia de contratistas que proveen bienes y servicios al Estado, siendo la excepción la contratación por vía directa. Este proceso, regulado por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y sus normas concordantes y reglamentarias, está regido por principios que deben ser respetados a lo largo del proceso e inclusive durante la ejecución contractual, en especial, los principios de selección objetiva, transparencia, celeridad, economía y responsabilidad, entre otros.

En diversos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia ha definido la colusión como aquel acuerdo o trato entre varios oferentes con la intención de perjudicar a otro (colusión), o también, cuando es producto del engaño de una sola de las partes (maniobra fraudulenta) con el propósito de perjudicar a

la contraparte o a un tercero.³⁰⁹ En resumidas, ha sido considerado por la Corte como un acuerdo malicioso de las partes en un proceso, en perjuicio de otro o de un tercero.³¹⁰

Por tal razón, cuando dos (2) o más personas naturales o jurídicas coluden con el propósito de distorsionar un proceso licitatorio a favor de sus intereses, la adjudicación final del contrato estatal podría no ser el resultado de un proceso competitivo, sino por el contrario, se constituye en acto violatorio de principios tales como la selección objetiva y la transparencia, surgiendo como consecuencia de un acuerdo ilícito contrario a la libre competencia, que de demostrarse, viciaría el proceso y además se constituiría en una defraudación al Estado.

Por ello, al existir acuerdos colusorios entre dos (2) o más proponentes con el propósito de favorecer a uno o varios de los involucrados dentro del acuerdo, o para elevar precio o disminuir la calidad de los productos o servicios a proveer con el propósito de perjudicar a terceros o interesados, nos encontramos ante la vulneración de las normas que protegen la competencia y demás responsabilidades de tipo disciplinario, fiscal o penal que puedan surgir como consecuencia de dicha conducta.

Una vez se da apertura al proceso de licitación pública mediante acto administrativo motivado y se publica el pliego de condiciones definitivo con su respectivo cronograma, los proponentes pueden presentar sus

³⁰⁹ Ver. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 26 de enero de 1995; Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 30 de julio de 1997, Referencia: Expediente N° 5756, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

³¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil diez (2010), Ref. Exp. 1100102030002004-00792-00, M.P. César Julio Valencia Copete.

propuestas³¹¹. Durante el plazo de presentación de ofertas, entendido como el término que transcurre entre la fecha a partir del cual se pueden presentar propuestas y el cierre de la licitación pública³¹², los proponentes que participan en el acuerdo colusorio pueden utilizar diversas conductas cuyo propósito sea la manipulación del proceso de licitación para restringir la competencia.

Con el propósito de analizar las acciones que podrían iniciarse frente a casos de colusión en licitaciones ya los actos proferidos en desarrollo de las mismas, considero importante hacer una breve referencia a la estructura del proceso de licitación, a efectos de tener claras sus principales etapas y los actos administrativos que podrían ser demandados en caso de evidenciar una colusión en licitaciones, por cuanto se estaría afectando la aplicación de los principios que deben regir dicha actuación.

4.10.1.2.1. Estructura del proceso licitatorio

La estructura a la que haré referencia se encuentra contenida en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (reglamentada por el Decreto 287 de 1996), la cual puede sintetizarse en lo siguiente:

1. El jefe o representante legal de la entidad encargado de la contratación, ordenará la apertura de la licitación mediante acto administrativo debidamente motivado.
2. Luego de abierta la licitación, deberán elaborarse y publicarse los pliegos en los cuales se detalla el objeto y las demás reglas que se consideren

³¹¹ Artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

³¹² *Ibíd*em numeral 5º.

necesarias para el desarrollo de la licitación y la presentación de las propuestas.

3. Dentro de los 10 a 20 días calendario previos a la apertura de la licitación, deberán publicarse 3 avisos (con intervalos de 2 a 5 días) en los que constará la apertura de la licitación y el objeto de la misma.
4. Dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas, se realizará una audiencia de aclaración de pliegos. Se realizarán los ajustes requeridos en caso que procedan y podrá prorrogarse el plazo de la licitación hasta por 6 días hábiles adicionales.
5. El plazo de la licitación será indicado en los pliegos de condiciones.
6. Las propuestas deberán ajustarse a los pliegos. En todo caso, el proponente podrá presentar propuestas alternativas siempre que no vayan en contravía del objeto de la licitación.
7. El plazo para la evaluación de las propuestas será incluido en los pliegos.
8. Podrán realizarse observaciones a los informes de evaluación emitidos respecto de las propuestas.
9. Los plazos para la adjudicación y para la firma del contrato se señalará en los pliegos.
10. Dentro del término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación³¹³.
11. La adjudicación se realizará en audiencia pública.

³¹³ Es importante tener en cuenta que en virtud de lo establecido por el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el cual deberán señalarse de forma expresa y detallada las razones que lo justifican. En los casos en que se declare desierta la licitación, conforme a lo establecido por el literal d) del numeral 2º del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, “se adelantará por selección abreviada la contratación cuya licitación haya sido declarada desierta, dentro de los 4 meses siguientes”.

Expuestos los pasos anteriores, y de acuerdo a lo contenido en la ley y en la jurisprudencia, serán demandables los actos previos proferidos con ocasión a la actividad contractual³¹⁴, que para el desarrollo del proceso de licitación se reducen a tres:

1. Acto administrativo por medio del cual se abre la licitación
2. Acto de adjudicación
3. Acto de declaratoria de desierta de la licitación³¹⁵

En virtud de las acciones expuestas y de acuerdo al momento específico (durante el desarrollo de una licitación y previo al acto de adjudicación), aquellos que se sientan afectados por la conducta descrita en el numeral 9º

³¹⁴ Considero importante poner de presente las consideraciones realizadas por el Magistrado Rodrigo Escobar Gil en su aclaración de voto de la sentencia C-1048 de 2001, por medio de la cual se declara la exequibilidad de los apartes del artículo 87 demandados, en los siguientes términos “El cuadro de garantías procesales ofrecido a quienes puedan verse afectados por los actos proferidos en desarrollo de una licitación, se enmarca dentro de los deberes del Estado de Derecho de defender los derechos de los ciudadanos a la igualdad, al respeto de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, así como al acceso efectivo a la Administración de Justicia. Dentro de este contexto, el artículo 87 le otorga la oportunidad a las personas que han participado en los procedimientos de selección objetiva convocados por las entidades públicas, de obtener la reparación de todos los daños antijurídicos, tanto en la modalidad de daño emergente como de lucro cesante, causados por las actuaciones irregulares de la entidad contratante, siempre y cuando éstos sean susceptibles de afectar la validez jurídica del contrato.

De tal suerte, siempre que se celebra un contrato estatal y la Administración incurre en violación de la ley, abuso o desviación de poder, irregularidades en la adjudicación del contrato, etc, se afectan los derechos subjetivos e intereses legítimos de los participantes en la licitación o concurso, como ocurre v.g. en el caso del licitante burlado que habiendo presentado una propuesta completamente ajustada a los pliegos de condiciones y siendo ésta la mejor, la Administración le adjudica el contrato a otro oferente”

³¹⁵ El fundamento legal para la declaratoria de desierta de una licitación, se encuentra contenido en las siguientes normas: (i) Numeral 1 del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, el cual atribuye al jefe de la entidad ordenar y dirigir la licitación, por lo cual se le estaría igualmente otorgando esta facultad. (ii) Numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, conforme al cual “la declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará mediante acto administrativo detallado en el cual se expondrán las razones por las cuales se realiza” y, (iii) Numeral 9 del inciso 3 del artículo 30 de la Ley 80 dentro del cual se establece que dentro del término para la adjudicación podrá declararse desierta la licitación.

del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o la descrita en el tipo penal³¹⁶, podrán realizar cualquiera de las siguientes actividades:

1. Cualquiera de los participantes de la licitación, podrá advertir a la entidad contratante acerca de la existencia de una posible colusión entre los oferentes. Corresponderá a ésta definir la manera de proceder: suspender la licitación, declararla desierta o continuar con ella tal y como se señaló con anterioridad, siempre teniendo presente el deber de motivar los actos que soportan dichas actuaciones³¹⁷. Así mismo, los argumentos que soporten su actuación tendrán que tener soporte en el Pliego de condiciones correspondiente³¹⁸ y demás causales legales y se respete el principio de publicidad³¹⁹.
2. Cualquier persona que conozca de la posible colusión, podrá Interponer una denuncia ante la SIC por prácticas comerciales restrictivas o la misma entidad de oficio podrá hacerlo; en caso de que haya mérito para abrir la investigación el trámite podrá estar acompañado de la solicitud de medidas cautelares³²⁰, dentro de la cual se encuentra la de suspender

³¹⁶ Por haber hecho referencia a que las acciones enunciadas es mucho mas conveniente iniciarlas luego de proferida una decisión de la SIC, como autoridad única de competencia, creo que debe tomarse como referencia la conducta que también es tratada por la SIC (la descrita en el Decreto 2153 y no otra) por un tema de coherencia y con el propósito de que sea acogida por el juez en los mismos términos. Sin embargo, nada obsta para que los supuestos tomados como referencia sean los del tipo penal.

³¹⁷ Cfr.: Artículo 24, numeral 7, ley 80.

³¹⁸ Artículo 6 del decreto 2478 de 2008.

³¹⁹ Artículo 8 del decreto 2478 de 2008.

³²⁰ Artículo 18 de la ley 1340. Modifíquese el número 11 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 que quedará del siguiente tenor: "La autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se

aquellas medidas anticompetitivas y como consecuencia extenderlas a aquellos actos administrativos que soporten un proceso licitatorio que presuntamente se ha visto afectado por acuerdos colusorios. En este sentido, es relevante mencionar que el objetivo de las medidas cautelares es prevenir aquellos actos y acuerdos que pudieran afectar el proceso administrativo o poner en riesgo derechos superiores, razón por la cual podría entenderse que además de tener por objeto la suspensión de la conducta como tal, ésta podría ser extensiva al proceso licitatorio, teniendo en cuenta que es el escenario dentro del cual la conducta se desarrolla. La colusión en licitaciones es uno de los casos donde el supuesto normativo prevé que la conducta se desarrolle en un escenario específico.

El alcance de las medidas cautelares dentro de un trámite administrativo sancionatorio debería aplicarse frente al proceso licitatorio, pues el propósito de las mismas es hacer que cese la conducta o se evite su ejecución en caso de que ésta no se haya materializado. Para el caso específico de la colusión en licitaciones, el ejercicio de la conducta se realiza en un escenario específico: el proceso licitatorio, razón por la cual podría eventualmente incluirse dentro de la aplicación de las medidas cautelares.

Sobre la posible suspensión de la licitación³²¹, habrá de analizarse una serie de variables con el propósito de determinar si es procedente detener

considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria”.

³²¹ Sobre la posibilidad de suspensión de un acto administrativo, considero de suma importancia tener en cuenta lo establecido en la sentencia del Consejo de Estado, sección tercera de 13 de diciembre de 2001 CP: Ricardo Hoyos Duque, en la cual se establece que cuando exista una solicitud de suspensión provisional se requiere que la violación del acto

el proceso de contratación, si se contrata de manera directa o si se suspende en el tiempo hasta tanto se analice la existencia o no de un acuerdo colusorio entre los oferentes. Todo ello dependerá de la importancia de la licitación, de la urgencia, del impacto en su suspensión, del material probatorio existente, entre otros factores.

La procedencia de la suspensión de un acto administrativo opera con carácter restrictivo, dada la presunción de legalidad y ejecución directa del mismo, por lo cual es indispensable que el peticionario de la medida cumpla previa y estrictamente con los requerimientos de ley.

3. Cualquiera que se sienta afectado la expedición de un acto administrativo proferido como consecuencia de una colusión en la licitación, podría solicitarse la revocatoria directa en virtud de las causales contenidas en el artículo 69 del C.C.A., invocando la expedición del mencionado acto en contra de normatividad de mayor jerarquía. “La revocatoria directa de los actos de la administración es una especial potestad que la ley le reconoce a ésta para que en sede gubernativa, sin intervención de juez natural y aún en contra de la presunción de legalidad, pueda dejarlos sin efectos. Pero, tal potestad no puede ejercerse de manera discrecional o arbitraria. Por el contrario, es absolutamente reglada como quiera que es la propia ley que la instruye, la que determina las causales que habilitan a la administración para hacerlo y señala las restricciones, limitaciones, exclusiones y prohibiciones a las que ha de someterse en su ejercicio”³²²

sea manifiesta pues en caso contrario, se requerirá un despliegue probatorio que deberá efectuarse dentro del proceso y sólo podrá calificarse en la sentencia.

³²² Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones, Resolución No. 001494 de 5 de agosto de 2010.

4. Cualquier persona en aras de la protección del ordenamiento, podría instaurar demanda de simple nulidad ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en contra del auto de apertura de la licitación. No podríamos hablar de una nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que para esa etapa de la licitación aún no se tiene un derecho cierto y por ende, no es aún posible solicitar el pago de perjuicios. Dentro de dicha demanda, al igual que para cualquier demanda de nulidad, la causal a invocar debe ser por violación de normas superiores³²³ (la constitución y la ley) en lo que se refiere al derecho a la libre competencia y a la conducta prohibida de colusión en licitaciones como tal. Teniendo en cuenta que se trata de una alternativa que no lograría ningún beneficio particular, no veo viable su materialización.
5. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de adjudicación. Será iniciada por quien crea debió haber sido el adjudicatario del contrato pero no lo fue, como consecuencia de un acuerdo colusorio.
6. Aquel que acredite un interés directo y una afectación particular en virtud del acto administrativo impugnado, podrá iniciar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto de declaratoria de desierta de la licitación.
7. De otro lado, es importante tener en cuenta que, más allá del proceso administrativo sancionatorio que se adelanta ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las entidades estatales pueden adoptar diversas acciones tendientes a prevenir o sancionar presuntos acuerdos colusorios dentro de un proceso de licitación. Son las entidades estatales las que

³²³ Esta idea es también compartida por Javier Ortiz del Valle, Presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá en entrevista personal realizada.

están llamadas a salvaguardar la transparencia y validez de los procesos de selección objetiva al interior de la entidad, siempre respetando los principios de la función administrativa y la contratación estatal.

Aunque no se trata de una acción iniciada por un particular, existen otras alternativas que pueden ser ejercidas por la propia entidad al identificar ciertas irregularidades que puedan derivar de una colusión por parte de los oferentes. La entidad podrá (i) rechazar las propuestas de los proponentes que se encuentran cartelizados (ii) Suspender el proceso de licitación cuando la colusión sea tan evidente que afecte el desarrollo de la licitación o, (iii) Declarar desierta la licitación³²⁴, conforme a la facultad con la que cuenta en virtud del numeral décimo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

8. La Fiscalía General de la Nación podrá dar inicio a la acción penal, en virtud de una decisión sancionatoria de la SIC (tal como ocurrirá con el caso recientemente sancionado por la Superintendencia mediante Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011), o cuando conozca de un caso por colusión en licitaciones así no exista decisión de fondo. Es importante mencionar el deber de denuncia que cobija a los funcionarios de la SIC, pues de ello deriva la obligatoriedad de dicha entidad de informar a la Fiscalía sobre los casos de colusión que sean sancionados, por encontrarse configurada la conducta a la que hace referencia el tipo penal.

4.10.1.3 Posterior a la suscripción del contrato

³²⁴ Sobre el fundamento legal para la declaratoria de desierta de la licitación, ver más pie de página 66.

Una vez suscrito y en ejecución el contrato estatal, los participantes del acuerdo colusorio usualmente promueven la subcontratación para vincular a los demás proponentes que participaron en el acuerdo y no fueron escogidos, o simplemente utilizan la cesión del contrato estatal para favorecer alguno de ellos, siempre y cuando cuenten con el aval de la entidad pública. Aunque no es la única, pues también está la “rotación” en licitaciones, constituye la práctica más identificada para el momento que inicia luego del acto de adjudicación y de suscrito el contrato.

Sobre las acciones a iniciar teniendo en cuenta el momento, recomendaría las siguientes:

1. Interposición de queja ante la Superintendencia de Industria y comercio para iniciar el trámite administrativo sancionatorio. Con esta medida, únicamente se lograría, de comprobar la ilegalidad del acuerdo, la imposición de una multa, pero no habría ningún efecto sobre el contrato. Pese a lo anterior, de llegar a comprobarse la ilegalidad de la conducta, la decisión sancionatoria proferida por la SIC servirá de prueba y hará más viable la solicitud de nulidad del contrato, por cuando ya los elementos de la ilegalidad de la conducta estarían comprobados y por ende, la causal invocada para pretender la nulidad del contrato.
2. Demandar la nulidad del contrato mediante la acción de controversias contractuales prevista en el artículo 87 del C.C.A. Vale la pena recordar que para su ejercicio, se requiere demostrar un “interés directo” para solicitar la nulidad.

Iniciar la acción penal por “acuerdos restrictivos de la competencia”, teniendo en cuenta que el tipo penal no limita su procedencia a una etapa específica

de la contratación. Es importante tener en cuenta que, si bien es cierto el propósito de la acción penal tiene que ver con la responsabilidad personal, eventualmente la Fiscalía podría tomar medidas sobre el contrato.

5. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

5.1. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NECESIDAD DE LAS ACCIONES EN CONTRA DE LA COLUSION.

A efectos de concluir con el presente trabajo, quisiera en primer lugar hacer referencia a una serie de consideraciones surgidas con ocasión del desarrollo del mismo y que servirán igualmente de sustento a las conclusiones finales. Es importante tener en cuenta el hecho de que las consideraciones acá contenidas se derivan del desarrollo de la investigación, pero no constituyen el objeto central de la misma, por lo cual, podrán ser objeto de trabajos posteriores; cabe también señalar que, las conclusiones como síntesis de todo un trabajo de investigación, tienen como uno de sus propósitos principales, precisamente el de llegar a nuevas preguntas para futuros desarrollos.

Luego de enunciar las acciones legalmente previstas que eventualmente podrían usarse para combatir la colusión en licitaciones, podemos concluir, en primer lugar, que no han sido usadas por quienes se han visto afectados por esta práctica. Esta afirmación encuentra su sustento en la poca actividad que sobre la materia ha desarrollado la SIC como autoridad única en materia de competencia y la carencia de jurisprudencia sobre el mismo tema. De un análisis de las acciones existentes, la poca utilidad deriva también de la incertidumbre, la inseguridad y la inexistencia de criterios jurídicos que orienten su uso, desarrollo y resultados.

La falta de desarrollo en el tema, puede tener como causa la ignorancia o el hecho de que en realidad no sea una práctica tan nociva y frecuente³²⁵ como pretende ser mostrada por la Superintendencia³²⁶ y por entidades internacionales como la OCDE³²⁷. Así las cosas, tenemos de un lado la posición del Estado y de la SIC, que busca crear cada vez más herramientas para combatir la colusión y de otro, la posibilidad de que en realidad los acuerdos anticompetitivos entre los proponentes dentro de una licitación no sea tan común y tan grave como pareciera. Pese a lo anterior, los esfuerzos deben concentrarse en analizar los casos que se tengan y desestimular su comisión.

³²⁵ Así lo considera el abogado Andrés Jaramillo, socio de la firma Esguerra Barrera en entrevista personal realizada el 16 de diciembre de 2011.

³²⁶ Con la expedición de la “Guía Práctica para combatir la colusión en las licitaciones”, la creación del grupo especializado anticolusión y el aumento de casos por colusión en licitaciones, la SIC refleja una gran preocupación por la colusión en licitaciones como práctica comercial restrictiva.

³²⁷ Tal y como consta en varios documentos dentro de los cuales se encuentran: “Lineamientos para combatir la colusión en licitaciones” (De febrero de 2009); y “aumento de la competencia mediante la reducción de colusión en los procedimientos de selección en Latinoamérica” de 20 de septiembre de 2007, desarrollado dentro de la 5ª reunión anual del Foro Latinoamericano de la competencia celebrada en Puebla, México.

Otra de las razones que podrían explicar la falta de pronunciamientos en la materia, es que existe dificultad en la consecución de material probatorio y evidencia física legamente obtenida. Normalmente los acuerdos colusorios no están soportados en pruebas documentales, por su naturaleza, son informales y por consiguiente, difíciles de demostrar.

Luego de realizar una búsqueda en la jurisprudencia en general (civil, penal, contencioso administrativa, constitucional), no existen decisiones específicas en la materia. Adicional a lo anterior, no existen incentivos reales que estimulen el inicio de las acciones legalmente previstas, pues como se ha visto, el ejercicio de cualquiera de las acciones implica un proceso largo y por la complejidad probatoria, dificulta que los intereses particulares afectados, sean reparados. De hecho, ninguna de las pocas sanciones impuestas por la SIC, ha sido demandada ante la jurisdicción por acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto puede indicar dos cosas: o que las sanciones impuestas son tan irrisorias que el desgaste en estrados judiciales es mucho mayor y por un tema de ponderación de intereses no se hace, o porque se sabe que con una decisión sancionatoria de la SIC hay pocas probabilidades de éxito ante el juez contencioso.

La colusión en licitaciones es una práctica que tal y como se encuentra planteada, afecta la competencia y los procesos licitatorios, trayendo como consecuencia sobrecostos para el Estado e ineficiencia en la asignación de los recursos, pues bajo este tipo de acuerdo, no siempre se escoge la propuesta más conveniente para el Estado. Bajo esta óptica, debe promoverse una cultura de difusión de la normatividad de competencia y de las herramientas previstas en la ley para combatir la mencionada conducta.

Tal como lo afirma Julio César Castañeda, Jefe de la División de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el último año se han incrementado las denuncias por colusión y se espera imponer las sanciones a las que haya lugar para que sirvan de ejemplo y desestimulen la comisión de la conducta. Pese a lo anterior, la realidad da cuenta de otro fenómeno: la ausencia de sanciones ejemplares acordes con la gravedad del fenómeno.

De otro lado, podríamos afirmar que la colusión entre proponentes en una licitación no es tan común como pretende hacerse ver, pues la práctica da cuenta de otro fenómeno: los oferentes están en constante competencia y siempre buscan la “caída” del otro, según lo expone el abogado Andrés Jaramillo en entrevista personal realizada. Esto demuestra la existencia de un ambiente de competencia, en el que cada uno de los proponentes busca resultar adjudicatario de la licitación, descartando la existencia de acuerdos o pactos colusorios entre quienes compiten por la adjudicación de una licitación.

Tal y como lo afirma Andrés Jaramillo³²⁸, lo más grave no es la colusión entre los particulares, sino los acuerdos en los cuales participa el Estado a través de uno de sus funcionarios, cuando se elaboran pliegos direccionados y de antemano se establece el ganador, mediante la exigencia de una serie de requisitos que sólo unos pocos cumplen. Estos son los casos que merecen especial atención, respecto de los cuales deben aplicarse con mayor rigor las responsabilidades disciplinarias y penales. Es en estos casos, en los cuales la competencia se ve afectada, pues de entrada no hay, pues no cualquiera puede presentarse y participar en las licitaciones, hacerlo,

³²⁸ Socio de la firma Esguerra Barrera, especialista en Competencia.

implicaría un desgaste innecesario teniendo en cuenta que el proceso de selección tendría nombre propio. Teniendo en cuenta lo anterior, quisiera resaltar la posición de Andrés Jaramillo, por cuanto basada en mi propia experiencia en el sector de la contratación pública desde el lado de lo privado en el sector de la infraestructura y de las obras públicas (que según hemos visto, ha sido uno de los más afectados por la colusión de acuerdo a los casos resueltos por la SIC), veo que en la mayoría de casos hay competencia de hecho agresiva, en la que cada proponente busca hacer la mejor propuesta y ganarse la licitación a toda costa.

Tal como lo menciona Jaramillo, el problema realmente se encuentra cuando la entidad es una de las partes del acuerdo y conlleva a la manipulación de las licitaciones, pues en esos casos, por estar el particular en una posición de desventaja tiene menos probabilidades de contrarrestar la situación (por ejemplo presentando una mejor oferta), salvo el inicio de las acciones legales a las que haya lugar. Debemos analizar si ese es el verdadero problema: el direccionamiento de los pliegos. Este ya será un tema de responsabilidad del funcionario público y de corrupción.

Pese a lo anterior, tampoco puede desconocerse la labor de la SIC en la materia, pues con el paso del tiempo el esfuerzo para la protección de la competencia cada vez es mayor, reflejo de ello es la última decisión adoptada en la materia, que estoy segura, será un precedente importante y ejemplarizante frente a la comisión de la conducta. De igual forma, considero las herramientas legales con las que cuentan los afectados deben ser divulgadas y ser claras, para que a través de su uso, se haga frente a las prácticas comerciales restrictivas, de una manera más eficiente.

Sobre la conducta específica de colusión en licitaciones, es importante tener en cuenta que el límite entre lo permitido y lo prohibido es bastante indeterminado, pues muchas acciones desplegadas por los competidores, son consecuencia del funcionamiento del mercado. Así las cosas, si mi competidor sube precios o actúa de determinada manera dentro del mercado, yo debo tomar una reacción que en muchos casos será una conducta similar. En estos casos, no podemos hablar de una conducta prohibida y por ende, sancionable.

Pese a lo anterior, existen casos donde el material probatorio existente da cuenta de otra realidad, como el caso recientemente sancionado en contra de quienes participaron en la licitación de la construcción de la carretera en el Guaviare³²⁹. Efectivamente, hay casos en que los proponentes se ponen de acuerdo para distorsionar la competencia y lograr los resultados de manera arreglada y concertada, en contra de terceros que compiten de manera sana. En estos casos, es en los que deben activarse los mecanismos anteriormente enunciados, según las intenciones que se tenga, pues como hemos visto, con cada una pueden lograrse resultados diferentes.

Podrán iniciarse varias acciones de manera paralela, pese a lo cual, no es nada alentador el panorama existente, pues son procesos largos donde las probabilidades de éxito son mínimas, debido a cualquiera de las siguientes causas: procesos largos y engorrosos, falta de especialidad de los jueces en la materia, dificultad en materia probatoria teniendo en cuenta que la colusión por lo general implica la existencia de acuerdos ocultos, dificultad al momento de tasar y probar los perjuicios sufridos, incertidumbre en el

³²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011.

procedimiento, por lo cual podría existir desgaste innecesario y sobrecostos para los afectados, entre otros factores.

De otro lado, y como mecanismo que estimula la existencia de acuerdos anticompetitivos, está el hecho de que existan mecanismos de selección tan complicados y engorrosos que hacen que los proponentes se pongan de acuerdo para distorsionar la competencia. Lo mejor sería que la Administración pudiera contratar de manera directa, respetando siempre los principios que rigen la contratación estatal y motivando cada una de sus decisiones, fortaleciendo más bien el sistema de responsabilidad de los funcionarios públicos. Actualmente, el sistema de responsabilidad se encuentra supremamente diluido por lo cual, al momento de entrar a determinar el responsable por determinada conducta, entra a analizarse y debatirse figuras como la desconcentración administrativa, la delegación, y el representante legal de la entidad, primer llamado a responder, termina sin hacerlo por la cantidad de personal involucrado en las decisiones.

De lo anteriormente expuesto, es importante resaltar lo siguiente:

El fenómeno de la colusión en licitaciones es una realidad y para combatirlo, es necesario conocer las acciones y herramientas con las que se cuenta para ello. Lamentablemente, la mayoría de las personas, incluyéndonos a nosotros los abogados, desconocemos la normatividad y alternativas posibles para combatirla. Es importante conocer las herramientas con las que contamos y los efectos de cada una de ellas, a efectos de analizar su viabilidad y su efectividad en casos reales.

En complemento de lo anterior, vale la pena mencionar que efectivamente la legislación cuenta con una serie de acciones para hacer frente a la colusión,

pero dependerá de cada quien, saber cuál iniciará. Es importante tener en cuenta que todas pueden ser iniciadas de manera paralela, pero no quiere ello decir que vayan a ser más efectivas, de hecho, muchas podrán ser desgastantes e inoficiosas.

A la fecha, los únicos trámites que se han adelantado frente al fenómeno de la colusión en licitaciones, son los administrativos sancionatorios ante la SIC. Los resultados: únicamente tres sanciones. De las acciones ante la jurisdicción, a pesar de tener varias precedentes, no ha sido iniciada ninguna, básicamente por dos razones principales: desconocimiento e ignorancia, y desincentivos para su inicio.

De otro lado, tenemos el tema del procedimiento administrativo previsto para el desarrollo de los procesos de contratación del Estado, especialmente el de las licitaciones. Vale la pena preguntarnos si se encuentra adecuadamente regulado, o si por el contrario constituye un exceso que se traduce en la no contratación de las mejores alternativas para el Estado y en una asignación ineficiente de los recursos existentes.

Si efectivamente se trata de un acuerdo entre oferentes y estamos frente al fenómeno de la colusión en licitaciones, deberá dentro de la gama de acciones legalmente previstas, escoger la (s) que sean viables y aplicables.

Sobre los efectos de los procesos frente al proceso de licitación, debe tenerse en cuenta el tema de las medidas cautelares. Si bien pueden solicitarse y son procedentes, es poco viable y de hecho en la práctica no ha sido decretada la primera. Las principales para el caso de la colusión dependiendo del momento en que se encuentre la licitación, son las

siguientes: suspensión del proceso licitatorio, no suscripción del contrato o suspensión de la ejecución del contrato ya suscrito.

Es poco probable que una entidad como la SIC e incluso un juez de la República, se atreva a solicitar cualquiera de las anteriores, teniendo en cuenta los intereses de carácter público que se encuentran de por medio. Sobre el particular valdría la pena preguntarnos ¿qué pasaría en el caso de que la medida cautelar que ordenara la suspensión de la licitación fuera decretada, pero al final resultara que la conducta no existió o que no es ilegal? El Estado sufrirá unos perjuicios mucho mayores e incluso en los casos en que se pida caución, no será suficiente.

Lo anterior, aunado al tiempo que tomarán los jueces para fallar los procesos, más aun, teniendo en cuenta la especialidad del tema. Si bien la SIC toma aproximadamente entre dos y tres años, en el contencioso incluyendo los recursos de ley que apliquen, el tiempo será mucho mayor.

Si bien es cierto que el fenómeno de la colusión es una realidad, lo importante es tener presente que el desarrollo de las licitaciones por la cantidad de trámites y requisitos y la responsabilidad diluida en sus funcionarios, hace que se trate de un ambiente más propicio para ello. Además de tener en cuenta las acciones para combatir el mencionado fenómeno, lo que debe hacerse es combatir su causa, es decir, la estructura misma de la licitación y trabajar en aquellos aspectos que promuevan su ejecución.

Las acciones son un mecanismo de reacción pero el daño ya está hecho, y no hay manera de repararlo diferente de la imposición de una multa que irá al erario público. Tal y como consta en la más reciente sanción impuesta por la

SIC en materia de colusión en licitaciones, el daño, en ese caso la adjudicación, celebración, ejecución y hasta liquidación del contrato respectivo, logrado bajo un acuerdo entre los oferentes, ya fue causado y con la multa impuesta, no es reparado. Tal y como consta en la mencionada Resolución, la sanción se impone luego de que el contrato ya se encuentra ejecutado y liquidado.

¿Dónde está la protección de la competencia en ese caso? ¿Realmente se está desincentivando la comisión de una conducta contraria a la libre competencia, cuando la multa impuesta (así sea alta), pueda ser mucho menor al provecho sacado con la ejecución del contrato?

El problema está entonces en la falta de oportunidad en la reacción frente a la conducta. Si bien es cierto existe toda una serie de acciones que podrían ser iniciadas, ninguna de ellas brinda la protección a la competencia que debiera ser para que el proceso se adelante conforme a las reglas del mercado y termine con la escogencia de la mejor propuesta para el Estado. O puede que sí, de eso no podrá tenerse absoluta certeza, pero será un tema de probabilidades que el Estado no tiene por qué entrar a asumir.

El verdadero problema, y tal como lo plantea Mónica Sofía Safar dentro de su trabajo “Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente”, es que los procesos de selección del Estado incluyendo el de la licitación pública tal y como están diseñados, contemplan la aplicación de unos principios de selección objetiva y de transparencia superficiales, pues no atienden al criterio último que debería regir los procesos de contratación del Estado: la eficiencia económica y la adecuada

asignación de los recursos para la atención de las necesidades de la comunidad.

La licitación pública es el procedimiento que se constituye en la regla general; consiste en el desarrollo de una convocatoria pública con el fin de que cualquier interesado en igualdad de oportunidades presente ofertas con la opción de ser escogida como la más favorable³³⁰. Para el desarrollo de la licitación, la legislación tiene prevista una serie de etapas y tiempos específicos en que debe desarrollarse, cuyo fin no es otro que asegurar el desarrollo de un procedimiento público y “transparente”. Esa transparencia es sólo en cuanto a su forma, quedando el fondo del asunto aún sin resolver y presto a una serie de inconvenientes que se traducen en contrataciones no acertadas e ineficientes y éstas a su vez, en sobre costos para el Estado.

Tal y como lo sostiene Mónica Safar,

“el criterio para utilizar este procedimiento, en el que está proscrita de forma expresa la posibilidad de negociación entre la administración contratante y los potenciales oferentes en cuanto expresa que será la entidad pública la que establezca todos los factores sustanciales de la solicitud de propuestas, carece de sentido, pues el hecho de que un objeto contractual sea costoso no quiere decir en todos los casos que éste tenga un alto grado de complejidad, ni que la mayor cuantía sea la que requiere de mayor publicidad y concurrencia para evitar la corrupción, pues ésta última se presenta en todos los niveles de la contratación, especialmente en los contratos pequeños porque son el grueso de las compras públicas.

³³⁰ Parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

La falta de la etapa de negociación entre las partes, la ausencia de conocimiento de la entidad contratante del mercado y de sus necesidades reales, sumado a la ausencia de un método determinante para la calificación del precio que incentive a la verdadera competencia en beneficio del ente contratante, hace que la licitación pública no sea un procedimiento eficiente en la medida en que los costos de su aplicación en general, exceden los beneficios que se busca obtener de ella, esto es, la oferta más favorable que exista en el mercado para los intereses del Estado a partir de una libre concurrencia como reflejo de transparencia”³³¹

La regla general es que la negociación de las condiciones técnicas con los expertos en el mercado y la puja por el precio del contrato, son las mejores maneras de que la administración pública obtenga la mayor información y la mejor relación calidad-precio posible, porque ésta controla simplemente el procedimiento, pero lo sustancial será revelado de la mejor forma para el contratante por parte de los oferentes; de esta manera, la ausencia de un mecanismo explícito hace que la licitación sea altamente ineficiente³³².

Frente a un caso de colusión en licitaciones, se encuentre éste en investigación o no, quienes en últimas sufren los efectos nocivos de la conducta son el Estado y los usuarios del bien o servicio que pretende contratarse. Lo anterior, debido a que el acuerdo colusorio implica una adjudicación no eficiente y unos sobrecostos para el Estado, que no se

³³¹ Ver más Mónica Safar, Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente, Serie Derecho Administrativo No. 6 Universidad Externado de Colombia, p. 54.

³³² Mónica Safar *ibídem*, p. 55.

generarían si la escogencia se diera en un ambiente de competencia, sin distorsiones. De manera paralela, éstos sobrecostos son trasladados a los usuarios, en tanto son los verdaderos contribuyentes del dinero que se emplea para la contratación.

Sobre los oferentes no ganadores, éstos no podrán alegar un daño como tal hasta tanto no se encuentre adjudicado el contrato. Todos los indicios que puedan tenerse con anterioridad, serán meras expectativas.

En lo relacionado con la legitimación³³³ por activa para el inicio de las acciones legamente previstas, todo aquel que se sienta afectado en su derecho podrá dar inicio a las mismas, con el lleno de los requisitos legales. Sobre cuál iniciar, dependerá del objetivo que se persiga y su viabilidad, dependerá del material probatorio que se tenga con este propósito.

5.2. CONCLUSIONES

Frente a las preguntas y objetivos planteados en el capítulo primero, y luego de desarrollado el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones. Lo anterior, con el propósito de evidenciar que las preguntas inicialmente planteadas fueron resueltas o al menos se tiene una mejor aproximación al tema y en consecuencia, el propósito del trabajo fue cumplido.

³³³ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, en sentencia de 7 de octubre de 1999 CP: Ricardo Hoyos Duque, se pronunció sobre la legitimación en los siguientes términos “En el ordenamiento jurídico procesal la legitimación en la causa se entiende como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por ser el sujeto de la relación jurídica sustancial. Cuando la controversia se centra en la nulidad de un acto administrativo y un consecuente restablecimiento del derecho, el legitimado para ejercer la acción es la persona que pretenda demostrar que el acto administrativo enjuiciado quebranta o lesiona sus derechos amparados por una norma jurídica.”

En primer lugar, como consecuencia del ejercicio de compilación normativa y de análisis realizado, quisiera resaltar los siguientes puntos:

1. El ejercicio del derecho a la libre competencia, conlleva beneficios tanto al mercado al generar eficiencia, como al consumidor final en términos de calidad y precio. En ese orden de ideas, su protección conlleva indirectamente la protección tanto del mercado y los competidores, como de los consumidores finales. La vigilancia y ejecución de políticas de competencia se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. La licitación pública es una de las modalidades de selección del Estado para la contratación de bienes y servicios y por expresa disposición legal, constituye la regla general. Pese a lo anterior y debido al procedimiento ineficiente y engorroso, las cifras muestran que está siendo reemplazado por la contratación directa en cuanto a destinación de recursos y procesos de selección adelantados. Como consecuencia de lo anterior y para el caso específico de la colusión en “licitaciones o concursos”, es importante hacer un análisis sobre los supuestos de la norma a efectos de determinar si es sólo aplicable para estas formas de selección, o si por el contrario, están quedando excluidos otros escenarios igualmente propensos a la formación de acuerdos restrictivos de la competencia.

3. La colusión en licitaciones es una forma de acuerdo contraria a la libre competencia, conforme a la cual los oferentes tienen el propósito de distribuirse la adjudicación de las licitaciones o concursos o como efecto el mismo, o la fijación de los términos de las propuestas a presentar. Los afectados con esta conducta son: los demás competidores, la entidad contratante y los consumidores finales beneficiarios del bien o servicio que pretendía contratarse con la licitación.

4. Son pocos los casos conocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio por colusión en licitaciones y muchos menos los terminados con sanción (solamente tres). La existencia de pocos procesos, deriva principalmente del desconocimiento de la normatividad en materia de competencia y de las herramientas legales otorgadas para la protección de la libre competencia. Si bien la gran mayoría conocemos las acciones legalmente contenidas de manera general, se requiere de un estudio juicioso en el cual se determine la viabilidad y efectividad de las mismas respecto de determinado asunto, tal y como lo hice en el presente documento.

5. Los efectos principales que pueden lograrse sobre una licitación, derivados de una investigación por colusión en licitaciones son los siguientes: (i) Rechazo de propuestas de los presuntos miembros del acuerdo (ii) Declaratoria de nulidad del auto de apertura, lo cual se dará sólo cuando se profiera fallo dentro de un proceso (iii) Suspensión de la licitación (iv) Declaratoria de desierta de la licitación.

Luego de adjudicada la licitación, podrá demandarse el acto de adjudicación y eventualmente decretarse su nulidad. Dependiendo del momento se verificarán los efectos posteriores: si aún la licitación está en curso, deberá verificarse si se dan las condiciones para continuar con la licitación bajo los postulados y principios legalmente establecidos, si se requiere adelantar nuevamente un proceso de selección, o si por el contrario, se acude a otro mecanismo de selección que tome menos tiempo.

Dicho lo anterior y sobre la pregunta específica planteada al inicio del trabajo, los siguientes son los comentarios finales:

6. La colusión en licitaciones implica la afectación a tres normatividades diferentes: la de libre competencia, penal y administrativa (de contratación estatal principalmente). Cada una de tales normatividades define, de forma

integral, su objeto y procedimiento, dentro de los cuales debe adelantarse la acción respectiva.

Para llevar a cabo la protección del derecho a la libre competencia en general, y en particular respecto de la colusión en licitaciones, debemos tener claro el bien jurídico tutelado que se pretende proteger, a efectos de determinar el escenario dentro del cual se entrará a actuar. Dicho en términos más coloquiales: dependiendo del fin que se persiga, de la pretensión que se tenga, será el camino a iniciar.

7. Los jueces penales y el Superintendente (para el trámite administrativo sancionatorio) tienen competencias regladas y en consecuencia, sólo pueden pronunciarse sobre aquello para lo cual se encuentran debidamente facultados por la ley. En ese orden de ideas, no pueden pronunciarse sobre la validez del proceso licitatorio (incluidos los actos administrativos proferidos en desarrollo del mismo y el contrato en caso de que ya haya sido suscrito).

Como consecuencia de lo anterior, ni las decisiones del juez penal ni las de la SIC tienen efectos directos sobre la validez del proceso de licitación. Eventualmente, por existir la posibilidad legal de hacerlo, podrían decretar una medida cautelar relacionada con la suspensión del proceso, pese a lo cual a la fecha, no ha sido decretada la primera.

8. La decisión de la SIC tan solo es un acto administrativo que impone sanciones a los infractores de las normas de competencia. La SIC es una autoridad cuya competencia se limita a sancionar, es decir, a imponer multas sobre las personas que cometan las conductas prohibidas. Esta autoridad carece de competencia para pronunciarse sobre otros temas diferentes, como lo serían la validez del proceso licitatorio o la indemnización de daños a los proponentes afectados en dicho proceso. Sin embargo, si la SIC emite una decisión declarando la existencia de colusión en licitaciones, dicho acto

si le permite a la entidad pública contratante fundamentar una decisión respecto del proceso licitatorio, como sería excluir a los proponentes coludidos (en caso que el tiempo lo permitiera).

9. La Superintendencia de Industria y Comercio a pesar de ser la autoridad única en materia de competencia, no tiene exclusividad para conocer y analizar los casos por prácticas comerciales restrictivas de manera general, y por colusión en licitaciones en particular. En todas las acciones y trámites que se inicien por colusión en licitaciones, se realizará un análisis de la conducta (con o sin decisión previa de la SIC o del juez penal); la diferencia entre uno y otro caso, radicará en las consecuencias derivadas de la acción o trámite.

En el proceso penal se impone la pena prevista en la ley, más la condena a indemnizar los daños causados por el delito; en la actuación de la SIC se impone una multa a los infractores y, en el proceso contencioso, se declara la nulidad de los actos administrativos de la licitación o del contrato en caso de que ya se encuentre suscrito.

10. Los criterios para determinar la acción a iniciar tienen que ver con los siguientes puntos: (i) Tipo de normatividad que infringen y que pretenda protegerse (ii) Pretensión que se tiene: si se trata de la protección de un derecho objetivo o de uno subjetivo (reparación de perjuicios) (iii) Etapa en la que se encuentre la licitación.

11. Si bien no existe prejudicialidad en la materia, es decir, no debe esperarse decisión ni de la SIC ni de un juez penal para poder iniciar cualquiera de las acciones enunciadas en el capítulo cuarto (teniendo en cuenta los criterios que determinan su viabilidad), la decisión de la SIC o de un juez penal sería un elemento probatorio muy importante, por cuanto se

origina en una actuación en la cual los investigados pudieron aportar pruebas y controvertir los argumentos y acusaciones de la autoridad.

Pese a lo anterior, no vincula al funcionario judicial, pues la ley no ha establecido prejudicialidad ni le ha asignado a la decisión de la SIC ni a la del juez penal un valor probatorio específico, por lo que dicha decisión se somete a las reglas de la sana crítica con las cuales el juez debe valorar las pruebas.

Será interesante el inicio de las acciones enunciadas en el presente trabajo, con base en una decisión sancionatoria por colusión en licitaciones proferida por la SIC, con el propósito de tener un referente acerca de los efectos reales que por colusión en licitaciones, podrían tenerse sobre un proceso licitatorio.

Sobre las acciones enunciadas, podemos resumirlas en el siguiente cuadro:

Tabla No. 6 - Acciones procedentes por colusión en licitaciones

Tabla No. 6 – Acciones procedentes por colusión en licitaciones					
No.	Tipo de Acción	Ante quién se ejerce	Quién la puede ejercer	Objeto sobre el cual recae - pretensiones	Comentarios

Tabla No. 6 – Acciones procedentes por colusión en licitaciones

No.	Tipo de Acción	Ante quién se ejerce	Quién la puede ejercer	Objeto sobre el cual recae - pretensiones	Comentarios
1	Trámite Administrativo Sancionatorio	Superintendencia de Industria y Comercio	De oficio o petición de parte	Protección del derecho a la libre competencia en su dimensión objetiva	Con este trámite no se logrará nada diferente a la imposición de multas a los investigados. La indemnización de perjuicios particulares no podrá lograrse por esta vía. Las decisiones proferidas por la SIC no tendrán efectos directos sobre el proceso licitatorio, salvo la posibilidad de decreto de medidas cautelares. No son vinculantes para otras autoridades y no existe prejudicialidad en el tema. Servirán de base y de punto de partida para el inicio de acciones posteriores por parte de los afectados por la colusión. Será el juez el que con posterioridad le otorgue el valor probatorio que considere, pues la ley aún no le ha asignado uno.
2	Acción de Nulidad Simple	Jurisdicción Contencioso Administrativa	Cualquier persona	Protección del ordenamiento jurídico	La causal de nulidad a invocar para los casos de colusión en licitaciones, será la violación de normas superiores e incluso falsa motivación (en los casos en que la administración forme parte del acuerdo). Procederá en contra de los actos de fondo expedidos en desarrollo de la licitación. el proceso se centrará en el análisis de legalidad del acto administrativo y no en la conducta como tal, de ahí la importancia y la utilidad de contar con una decisión sancionatoria previa proferida por la SIC o de un fallo penal condenatorio. Teniendo en cuenta los actos a los que se refiere, tiene un tiempo de caducidad especial de 30 días hábiles, respecto del general otorgado para los procesos de nulidad de los demás actos administrativos, diferentes a los proferidos con ocasión de la licitación. Con esta acción tampoco podrá lograrse la reparación de perjuicios particulares.

Tabla No. 6 – Acciones procedentes por colusión en licitaciones

No.	Tipo de Acción	Ante quién se ejerce	Quién la puede ejercer	Objeto sobre el cual recae - pretensiones	Comentarios
3	Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho	Jurisdicción Contencioso Administrativa	El proponente afectado con el acto administrativo proferido en virtud de la colusión	Protección del ordenamiento jurídico acompañado de la reparación de perjuicios	Las pretensiones radicarán en (i) la declaratoria de nulidad de los actos de fondo proferidos en desarrollo de la licitación (el de adjudicación principalmente, dado que con el de apertura es poco probable que existan perjuicios que indemnizar) y (ii) en la solicitud de pago de perjuicios derivados de la adjudicación ilegal. Al igual que la acción de simple nulidad, tiene un tiempo de caducidad especial de 30 días.
4	Acción de controversias contractuales	Jurisdicción Contencioso Administrativa	Las partes que suscriben el contrato o cualquier persona que acredite un interés directo	Pretende la declaratoria de nulidad del contrato (puede ir acompañado de la declaratoria de nulidad de los actos preparatorios proferidos durante la licitación)	Aplica para los casos en que la licitación ya haya sido adjudicada y el contrato se encuentre suscrito y en ejecución. La pretensión: lograr la nulidad absoluta del contrato y de los actos preparatorios. Los efectos principales de la declaratoria de nulidad del contrato son: la terminación del contrato por parte de la entidad, y devolver las cosas al estado anterior cuando ello sea posible.
5	Acción de Reparación Directa	Jurisdicción Contencioso Administrativa	El proponente que se haya visto afectado por la colusión	Pretende la reparación de un daño causado por la Administración	Implica necesariamente la participación de la administración ya sea dentro del acuerdo colusorio o como consecuencia de la omisión en la detección de la colusión dentro del proceso. El debate es más que todo probatorio, en tanto se requiere demostrar los hechos generadores del daño y el daño mismo. En algunos casos podrá proceder contra particulares cuando hayan concurrido con la administración para la causación del daño, en virtud del denominado "Fuero de atracción" tratado por el Consejo de Estado.

Tabla No. 6 – Acciones procedentes por colusión en licitaciones

No.	Tipo de Acción	Ante quién se ejerce	Quién la puede ejercer	Objeto sobre el cual recae - pretensiones	Comentarios
6	Acción Penal	Jueces Penales	Fiscalía General de la Nación	Pretende la responsabilidad personal de los implicados y la eventual reparación de perjuicios para la víctima	Es un tipo penal reciente, incluido por el Estatuto Anticorrupción. La pena de prisión está entre los 6 y los 12 años y las multas entre los 200 y los 1000 SMLMV. El bien jurídico tutelado es doble: de un lado el erario público y del otro, el patrimonio de los particulares afectados
7	Acción Popular	Jurisdicción Contencioso Administrativa	Afectado de forma individual como miembro de una comunidad (grupo indeterminado o indeterminable) frente a una eventual violación o amenaza del derecho a la libre competencia económica.	Pretende la protección del derecho a la competencia como derecho colectivo	Ventajas: es una acción de trámite preferente, por lo cual el tiempo de duración puede ser menor en comparación con otros procesos. El pacto de cumplimiento puede ahorrar tiempo a partes y jueces, siempre termina con decisión (no todas las denuncias ante la SIC sin investigadas y resueltas). El fallo tiene efecto de cosa juzgada entre las partes y terceros por lo cual podría servir de base para una posterior demanda de indemnización de daños y perjuicios. Puede tener naturaleza preventiva, correctiva o restitutoria, dependiendo del momento en que se inicie. Al igual que el trámite ante la SIC, no persigue la reparación de daños particulares, sino la protección del derecho a la libre competencia en su aspecto objetivo.
8	Proceso verbal	Jurisdicción ordinaria (Civil)	Los afectados con la conducta	Pretende la reparación de los daños causados con la colusión	Es la acción con la que cuenta el particular afectado con la colusión, para pedir principalmente la indemnización de perjuicios. Teniendo en cuenta que no existe un procedimiento especial para la colusión en licitaciones, se acudirá al proceso verbal con este propósito. No es el más recomendable, pues es un proceso que implica un largo período de duración

Luego de enunciadas las anteriores conclusiones, las siguientes con algunas consideraciones que podrían tenerse en cuenta a efectos de contrarrestar de alguna manera el vacío existente y la aparente ineficacia de las herramientas legales actualmente previstas, frente al fenómeno de la colusión:

- En primer lugar, sería interesante que la misma Superintendencia como sujeto activo o cualquier otro sujeto (en el mejor escenario legitimado para ello v.g., aquel que se considere afectado por el fenómeno de la colusión en licitaciones), iniciara alguna de las acciones enunciadas en el presente documento, a efectos de hacer seguimiento al desarrollo del proceso y evaluar sus efectos y consecuencias. Este ejercicio serviría para reafirmar o controvertir los puntos y conclusiones contenidos en el presente trabajo.

A la fecha no ha sido iniciada ninguna, probablemente por un tema probatorio y de eficacia; como hemos visto, probar una colusión no es tarea fácil, pues usualmente el acuerdo no consta de manera expresa en documentos. Esta situación implica la realización de una investigación exhaustiva que toma tiempo y que a la final, implica que no tenga efectos oportunos sobre el desarrollo del proceso licitatorio.

De igual forma, no hay antecedentes acerca de la reclamación de perjuicios, que hagan atractivo el hacer uso de las acciones. El ejercicio sería por decirlo de alguna manera académico e hipotético, a efectos de ver en la realidad que podría pasar sobre el desarrollo del procedimiento licitatorio.

Para el caso en particular del inicio de acciones por parte de la Superintendencia, es posible que no se haya hecho por un tema político, pues implicaría una injerencia de dicha entidad sobre otra en desarrollo de un proceso de interés público y dentro del cual se

mueven muchos intereses. Como lo mencioné en su momento, la SIC a la fecha ni siquiera ha decretado la primera medida cautelar que tenga efectos sobre la licitación precisamente por eso, por no “invadir” otros campos y por el miedo a entorpecer el desarrollo de licitaciones y la celebración oportuna de contratos por parte del Estado, para el cumplimiento de los fines establecidos. En complemento de lo anterior, y con el propósito de aproximarnos a una explicación del por qué la SIC no ha tomado medidas que afecten el proceso licitatorio, tienen que ver con el hecho de que la Superintendencia y en general los funcionarios públicos, deben obrar únicamente dentro del marco de las competencias fijado por la ley, por lo cual, no podrían entrar a pronunciarse sobre temas que sean de competencia de otros (para el caso en particular, sobre el proceso licitatorio).

Este ejercicio, serviría también para analizar las capacidades de los jueces para conocer este tipo de casos que dada su especialidad, requieren de conceptos económicos y de todo un análisis interdisciplinario.

- Es importante racionalizar y disminuir los tiempos que se tarda la Superintendencia en la investigación y resolución de sus trámites, pues debe tenerse en cuenta que la licitación es un proceso reglado y con tiempos, por lo cual, la toma de decisiones de forma inoportuna, las traduce en ineficaces³³⁴. A la fecha, tal y como consta en la Tabla No. 4 del presente trabajo, los procedimientos administrativos ante la SIC, han durado entre 2 y 4 años. Teniendo en cuenta que una

³³⁴ Tal y como lo expresa el Tribunal de Defensa de la Competencia chileno en sus estadísticas, la duración de causas contenciosas en días corridos, incluyendo auto de pruebas en Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile (a 31 de diciembre de 2012) es de aproximadamente 20 meses y sin auto de pruebas, de 9 meses. Consultado el 17 de abril de 2012 en <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Duración%20Contenciosas.pdf>

entidad especializada en el tema se toma ese período de tiempo, ¿podríamos imaginarnos cuánto tardará un juez para conocer, analizar y decidir sobre un caso de colusión? Dejo planteado el tema, pero muy probablemente podrían tardarse mucho más que eso, pues como lo he mencionado en varias oportunidades, se requiere de un análisis interdisciplinario riguroso.

- Es igualmente importante hacer un ejercicio juicioso de las ventajas de la licitación pública como mecanismo de selección y contratación del Estado; ¿Trae realmente alguna? O se trata de un proceso engorroso que promueve la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia, como es el caso de la colusión. De igual forma, es importante verificar si debe incluirse dentro del fenómeno de la colusión, otros mecanismos de selección, dado el auge que han tenido frente al decaimiento del número de licitaciones.
- Con el propósito de crear un mecanismo mucho más efectivo para los casos por prácticas restrictivas de la competencia y en particular por colusión en licitaciones, una alternativa (similar al caso peruano, más no igual) consiste en modificar la estructura de la SIC y otorgarle facultades jurisdiccionales en materia de Prácticas comerciales restrictivas, tal y como ya se hizo en materia de competencia desleal. Lo anterior, teniendo en cuenta que actualmente la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de competencia, y es la única que cuenta con personal capacitado en la materia, con competencias suficientes para entrar a pronunciarse de fondo sobre los asuntos en la materia, y para el caso que nos ocupa, en materia de colusión. En esta alternativa, se incluye la posibilidad de que los afectados por la colusión puedan reclamar la indemnización de daños y perjuicios como se haría en un proceso ante la jurisdicción.

Difiere del caso peruano, pues si bien la autoridad de competencia de dicho país, el Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, cuenta con un “Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual”, éste solo tiene competencia para conocer en segunda instancia de las decisiones emitidas en primera por las Comisiones (para los casos de competencia) y de las Oficinas (para los casos de Propiedad Intelectual) y para conocer de temas relacionados con vicios en el procedimiento.

La idea con este “híbrido”, tiene que ver básicamente con otorgarle funciones jurisdiccionales a una comisión dentro de la misma Superintendencia, sin necesidad de crear una entidad aparte, pues ello implica unos mayores costos para el Estado. Aunque más adelante veremos que otra de las alternativas, sería dejar a la SIC con las funciones que realiza actualmente y paralelo a ello, crear un Tribunal que conociera en sede jurisdiccional sobre estos casos.

La modificación mencionada, debe hacerse mediante Ley de la República, y dentro de la exposición de motivos, podría incluirse algo similar a lo contenido en la normatividad peruana³³⁵ con la cual se creó y se ha ido modificando y reestructurando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, en los siguientes términos:

“Que la experiencia de existencia de Indecopi demuestra la conveniencia de efectuar determinadas modificaciones en su estructura orgánica a fin de dotarlo de mayor efectividad y eficacia

³³⁵ Decreto Ley No. 25868 de 1992, Decreto Ley 807, Decreto Supremo 09-2009.

en su acción y facilitar el acceso de los usuarios a los servicios que presta y a los procedimientos que tramita”³³⁶

Dentro de esta alternativa, la idea sería crear dentro de la misma Superintendencia, una Comisión colegiada e independiente, elegida por períodos fijos, que conociera y decidiera no como proceso administrativo sino jurisdiccional, los asuntos por colusión en licitaciones. Ya el número de integrantes, funciones y demás, debería entrar a mirarse en su momento, pero su proceso de elección podría asimilarse al de los jueces de una lista de elegibles ante el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta las habilidades y conocimientos específicos que se requieren para tratar estos temas específicos; podría también pensarse en la posibilidad de que el Presidente de la República los eligiera, pero es sumamente importante hacer una selección a consciencia, teniendo en cuenta las capacidades y competencias que los miembros del grupo deben tener, dada la especialidad del tema.

De igual forma, economistas deberían ser incluidos dentro de la Comisión, reiterando el análisis interdisciplinario que debe hacerse para el desarrollo de este tipo de investigaciones.

La idea: un caso más de particulares administrando justicia, con el propósito de dotar de mayor efectividad a los derechos legal y constitucionalmente establecidos. El propósito: contar con mayores facultades para incidir sobre ciertos campos, que para el caso en particular, tiene que ver con el proceso licitatorio.

³³⁶ http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=600
Consultado 28 de abril de 2012.

Al hablar de un “proceso” y ya no de un “trámite administrativo”, podría incluirse la reivindicación de derechos particulares e indemnización de perjuicios y ya no únicamente de la imposición de multas destinadas al erario público, pues como ya lo mencioné antes, es un factor que desestimula el inicio de las otras acciones posibles.

La idea sería que la mencionada Comisión actuara como un juez de la República, con facultades para impartir órdenes e instrucciones, cuyo cumplimiento sea efectivo y no se trate de meras opiniones consultivas sin ningún tipo de vinculación. En esta posibilidad a la SIC (o específicamente a una Comisión especial creada para ello), se le otorgarían funciones jurisdiccionales.

- En complemento de lo anterior o como paso previo a ello, (dado que la modificación de la estructura de la entidad podría conllevar un mayor tiempo), podría empezarse por otorgar mediante ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, facultades expresas para decretar medidas cautelares que permitan contrarrestar de manera mucho más efectiva o mejor, prevenir el fenómeno de la colusión, cuando existan elementos de forma tan evidente que la conclusión no sea otra.

Si bien es cierto actualmente existe dentro de la normatividad de competencia la posibilidad de decretar medidas cautelares, a la fecha no se ha dado la primera, principalmente, tal y como lo manifestó Julio Cesar Castañeda en su momento, porque se trata de una injerencia riesgosa en un proceso complejo como lo es el de la contratación pública. Teniendo en cuenta los riesgos que el decreto de una medida cautelar implica en este sentido, podría señalarse de manera expresa que serían viables en casos donde la colusión sea manifiesta (donde

las pruebas aportadas son tan evidentes, que podría facultarse a la SIC para intervenir en aras de preservar la competencia).

Si el material probatorio no es tan contundente, el grupo anti colusión de la SIC como medida cautelar, podría entrar a acompañar el proceso licitatorio en aras de indagar más a profundidad y verificar la existencia o no de un acuerdo colusorio.

De hacerlo así, la SIC actuaría como un verdadero ente de supervisión y control, asemejándose de alguna manera a la labor que desarrollan las Contralorías, la Procuraduría, pues lo que sí es cierto es que sus órdenes y directrices son atendidas de una manera mucho más rigurosa, mientras que a la labor de la Superintendencia no se le ha dado la importancia que realmente implica.

- Si la ampliación de las facultades de la SIC no es viable, tal y como ocurre en el caso chileno, podría pensarse en la posibilidad de crear un Tribunal en materia de competencia que conozca en sede jurisdiccional de los casos por colusión en licitaciones y en general, por prácticas comerciales restrictivas. Lo anterior, justificado en la especificidad del tema y en la especialidad y conocimientos particulares que debe tener quien conozca de un caso por este concepto.

Tal y como lo acabo de mencionar, esta alternativa podría realizarse tomando como ejemplo el caso chileno, en el que existe una Fiscalía Nacional Económica³³⁷ que actuaría como instructor (que en paralelo

³³⁷ La ley de defensa de la competencia (el DL 211) establece que la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio. Se encuentra sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aparentemente, se trata de una entidad con la misma naturaleza y características de la SIC. Tomado de <http://www.fne.gob.cl/fne/> Consultado el 28 de abril de 2012.

con el caso colombiano, se asimila a las funciones que actualmente desempeña la SIC en materia de competencia) y un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Así las cosas, la SIC actuaría como servicio especializado en la instrucción de investigaciones de actos y conductas contrarias a la libre competencia y el Tribunal, creado mediante Ley, sería el órgano jurisdiccional encargado de resolver las contiendas que se presenten en la materia.

De igual forma, la autoridad en cuestión podrá conocer de los recursos en contra de las decisiones tomadas en materia de competencia en segunda instancia. En la actualidad, tal instancia no existe, salvo la posibilidad de demandar mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las resoluciones por medio de las cuales se impone una sanción o se archiva un caso. Luego de analizar el caso Peruano, en el que existe además de las 7 Comisiones (dentro de las que se encuentra la de libre competencia) y las oficinas (para propiedad intelectual), un Tribunal de Defensa de la competencia y de la propiedad intelectual (con dos salas, una para asuntos de competencia y otros para propiedad intelectual), habría la posibilidad de que internamente, la SIC tuviera un grupo colegiado que decidiera en segunda instancia administrativa sobre las decisiones emitidas en

Su Misión: "Defender y promover la libre competencia actuando en representación del interés público como organismo especializado, para evitar que agentes con poder de mercado atenten individual o conjuntamente contra la libertad económica, procurando así el mayor bienestar general de la sociedad". <http://www.fne.gob.cl/fne/mision-institucional/> Consultado el 28 de abril de 2012.

primera y sobre otros asuntos relacionados con quejas y vicios en el procedimiento.

Considero no es una alternativa útil, pues continua siendo un trámite administrativo con bajas posibilidades de injerencia para el caso que nos ocupa, dentro del proceso licitatorio. Lo anterior, sumado al hecho que los afectados siguen sin la posibilidad de poder reclamar perjuicios dentro de la investigación que se adelanta. Si ha de crearse una comisión al interior de la SIC, ésta debe tener facultades jurisdiccionales plenas.

En todo caso, tanto en el caso chileno, como en el peruano y en el brasilero, puede evidenciarse la existencia de diferentes autoridades con funciones diferentes en materia de competencia. Esto evidencia el hecho de que no puede centrarse en una sola, la realización de todas juntas, más aun, cuando se han encontrado algunas falencias y carencia de efectividad en la protección de los derechos de los afectados en materia de competencia. Sobre el particular, es importante recordar que el trámite administrativo ante la SIC pretende proteger el derecho colectivo a la libre competencia de manera general, pero los derechos individuales frente a este trámite continúan desamparados. Eso, aunado al hecho de que el proceso licitatorio sigue andando y en la mayoría de los casos el daño se “materializa”, pues el trámite administrativo como vimos, no tienen ningún tipo de injerencia sobre el primero de ellos.

- Otra alternativa, es que la SIC acompañe el desarrollo de procesos de licitación, a efectos de colaborar en la identificación de fenómenos de colusión e indicios, con el propósito de que se tomen medidas preventivas y de manera oportuna. Para ello, debe conocer los términos de la licitación y sobre todo, vincularse en el proceso de

revisión de las propuestas, con el único propósito de detectar la existencia de una posible práctica restrictiva de la competencia. De considerarlo así, la misma entidad que adelanta la licitación, podrá tomar las medidas del caso de una manera oportuna. Esto, también en desarrollo de su labor preventiva de defensa de la competencia.

- Teniendo en cuenta el análisis realizado de las acciones procedentes frente a un caso de colusión, sería importante que en todos los procesos que se llegaren a iniciar por este concepto, se incluyera y se hiciera parte a la SIC como ente consultor, con el propósito de colaborar con la administración, en la consecución de decisiones coherentes y sustentadas, porque como lo he mencionado, la Superintendencia por su especialidad, cuenta con todos los elementos y capacidades para adelantar una investigación de este tipo.
- De la mano con lo anterior, debe garantizarse que las decisiones que se tomen en materia de competencia sean coherentes entre las autoridades que emitan pronunciamientos. Lo anterior, con el propósito de garantizar para el caso específico, que la decisión de la SIC sea coherente con el fallo de un juez. En estos casos, una figura viable sería la de la suspensión, hasta tanto la autoridad de competencia se pronuncie.

Sobre el particular, tal como lo señala el Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 de la Unión Europea, “Relativo a la aplicación de las normas sobre competencia”, en su consideración 22, “en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia”.

- De forma paralela a lo anteriormente enunciado, sería importante promover un ejercicio de difusión de la normatividad de competencia, y de las herramientas con las que se cuenta frente a la existencia de prácticas comerciales restrictivas, mediante la organización de un seminario, Congreso, en los cuales se crea consciencia de la situación.
- Sería interesante que la autoridad de competencia realizara investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdos, en la cual pudieran solicitar a las empresas parte, que comunicaran todos los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, como una forma de prevención a la comisión de actos colusorios.

De acuerdo a la metodología holística de mi investigación, en el sentido de que a partir del presente trabajo podrán surgir futuras investigaciones, los siguientes son algunos de los interrogantes que considero podrían ser un punto de partida para las mismas: **(i)** ¿Debería incluirse dentro del supuesto del numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 otras formas de contratación diferentes de la licitación y concurso? Se entiende que tal y como se encuentra redactado, ¿Aplica tanto para licitaciones públicas como privadas, pese a que en las decisiones de la SIC sólo se ha hecho referencia a las públicas? **(ii)** ¿Con qué otros delitos puede tener concurso el de acuerdos restrictivos de la competencia? Para su materialización en muchos casos deberá acudir a la comisión de otros delitos. **(iii)** ¿Cómo deberían armonizarse los beneficios otorgados por la SIC con los propios del Derecho penal? Podríamos decir que son acumulables, o definitivamente son diferentes. (Podría no ser tanto, pues dentro del párrafo del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 se hace expresa referencia a los beneficios por colaboración ante la SIC) **(iv)** Sobre la posibilidad de iniciar acciones ante el contencioso administrativo para lograr la reparación de perjuicios causados

por la colusión, ¿quién debe llevar a cabo la indemnización? ¿Será acaso la misma entidad cuando ella también es víctima de la colusión y no su causante?

Estas son algunas de las inquietudes que me surgieron en desarrollo del presente trabajo, pese a lo cual, desbordan el punto central del mismo, razón por la cual no fueron tratadas a profundidad. Sobre el particular, considero oportuno señalar que los interrogantes y reflexiones surgidas en desarrollo del presente trabajo, son avances en sí mismos y constituyen cuota inicial para el desarrollo de futuras investigaciones; adicional a ello, permiten enmarcar de manera más adecuada el problema objeto de la investigación para abordarlo y desarrollarlo de una mejor manera.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- ÁVILA Y LUGO, José. *Introducción a la Economía*. Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Aragón. Ed. Plaza y Valdés S.A. México, 2004.

- AYALA CALDAS, Jorge Enrique. *Aplicación del derecho administrativo en Colombia*. Doctrina y Ley. Bogotá, 2002.

- BLANCO, José Vicente. “*La acción de tutela frente a las licitaciones públicas*” Blog sobre la Contratación Estatal en Colombia. Ver en <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/03/la-accin-de-tutela-frente-la.html>.

- BULLARD, Alfredo. *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima: 2006.

- CARDENAS, Mauricio. *Introducción a la Economía Colombiana*. 2a edición. Ed. Alfaomega Colombiana S.A., Bogotá D.C. 2009.

- DE LEON, Ignacio. (UNCTAD). “*Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*”. Nueva York; Ginebra: Naciones

Unidas, 2004. Disponible en:
http://www.unctad.org/sp/docs//ditcclp20037_sp.pdf.

- FLINT BLANCK, Pinkas. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Estudio Exegético del Decreto Legislativo 701. Universidad Católica del Perú. Lima. 2002.

- GARRIGUES DIAZ-CABAÑATE, Joaquín. *Temas de Derecho Vivo*. Editorial. Tecnos. Madrid. 1978.

- GÓMEZ LEYVA, Delio. *Las Prácticas Restrictivas en la Competencia*, contenido en: Superintendencia de Industria y Comercio. Derecho de la Competencia. Bibliotheca el Milenio. El Navegante Editores, Santa fe de Bogotá 1998.

- GOMEZ LEYVA, Delio. *De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la Competencia Económica*. Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos A. Lección 10: *Teoría de la norma*. Dentro de Lecciones de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2002

- GÓMEZ QUINTANA, Juan José. *Economía Básica I* (Conceptos). Consúltese en: <http://es.scribd.com/doc/11523985/Economia-Basica-I-Conceptos-09-01>.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Oligopolio a la mexicana*. <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/Oligopolio%20a%20la%20Mexicana.pdf>.

- GUTIERREZ, Juan David. *Caso Andevip*. Blog de Derecho de la Competencia por Juan David Gutiérrez. Ver en <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/05/el-caso-andevip-primera-entrega/>. <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/17/el-caso-andevip-tercera-entrega/>

- GUTIERREZ, Juan David. *Acciones populares y libre competencia: una addenda al caso colombiano*. 10 de febrero de 2010. Tomado de <http://derechodelacompetencia.blogspot.com/search/label/Acci%C3%B3n%20Popular>, última consulta realizada el 9 de enero de 2012.

- HOYOS PIZANO, Alexandra y LONDOÑO CARMARGO, Tatiana. *“Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal”*. Universidad Javeriana, Facultad de ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Administrativo. Trabajo para optar al grado de abogadas. Director: Andrés Fernández de Soto., Bogotá: 5 de mayo de 2003. Disponible en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS84.pdf>.

- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline. *“El proyecto de investigación, Metodología de la investigación Holística”*. Editado por la Fundación Sypal, Caracas (Venezuela). Segunda Edición. 2000.

- IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho Constitucional Económico*. Pontificia Universidad Javeriana 1ª edición. Bogotá D.C. 2001.

- MILLER, Roger C., MEINERS, Roger E. *Economía macro & micro*. Microeconomía, tomo I. McGraw-Hill, Bogotá, 1994.

- MIRANDA, Alfonso. GUTIERREZ, Juan David. *Fundamentos económicos del derecho de la competencia*. Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400, enero-diciembre 2006.

- NAVAS CORONA, Alejandro. “*Tipicidad y Derecho Penal*” (SIC) Editorial Ltda. Bucaramanga: 2003. Consultado en <http://www.siceditorial.com/ArchivosObras/obrapdf/TA10102332005.pdf>.

- NICHOLSON, Walter. *Microeconomía Intermedia y sus Aplicaciones*, 8ª edición. Bogotá McGraw-Hill, 2001.

- ORDOÑEZ DE HARO, José Manuel. *Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados*. Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. CONSEJERIA DE ECONOMIA Y HACIENDA. Vol .I.

- PEREA, Alexis. *Regulación de la competencia económica y contratación pública*. Publicado en Periódico Noti-Cámara de la Cámara de Comercio de Quibdó, Chocó, Edic. del 2 de diciembre de 2011.

- PERILLA, Carlos Andrés. *Propuestas para la protección de la libre competencia ante los jueces civiles*. Boletín Latinoamericano de Competencia No. 21, febrero de 2006. Ver en http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_2.pdf del 8 de enero de 2012.

- PYNDICK, Robert, RUBINFELD, Daniel. *Microeconomía*, 3ª edición. Prentice Hall Internacional (UK). 1995.

- RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo, General y Colombiano*, Ed. Temis, Duodécima Edición, 2000.

- ROMERO GUZMAN, Juan José. *Colusión en Chile: caso del oxígeno y repercusiones posteriores*. Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4, 41-118, enero-diciembre de 2008. Ver en http://javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/2Romero.pdf.

- ROSETTI, J.P. *Introducción a la Economía- Enfoque Latinoamericano*. Ed. HARLA S.A. México, D.F. 1985.

- RUBIO ESCOBAR, Jairo. *Derecho de los Mercados*. Superintendencia de Industria y Comercio, Legis editores S.A., Bogotá D.C.

- SAFAR, Mónica. *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, Serie Derecho Administrativo No. 6 Universidad Externado de Colombia.

- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Tomos II y III 2003. 2007.

- VELANDIA, Mauricio *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia, 2ª Edición: Bogotá, mayo de 2011

Normas

- Código Contencioso Administrativo
- Código de Procedimiento Penal
- Código Penal
- Constitución Política de Colombia

- Decreto 0019 de 10 de enero de 2012
- Decreto 2153 de 1992
- Decreto 287 de 1996
- Decreto 3552 de 2009.
- Ley 1150 de 2007, Diario Oficial No. 46.691 del 16 de julio de 2007.
- Ley 1340 de 2009
- Ley 1395 de 2010.
- Ley 1474 de 2011, Diario Oficial No.48.128 del 12 de julio de 2011.
- Ley 155 de 1959
- Ley 472 del 25 de agosto de 1988
- Ley 599 de 2000
- Ley 80 de 1993, Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Decreto 2474 de julio 7 de 2008

Otros

- Banco de la República. Introducción al Análisis Económico: El Caso Colombiano. Siglo del Hombre editores. Bogotá. 1998.

- Colombia. Portal Único de Contratación. Consultar en <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>.

- Comisión Nacional de Competencia. Expediente S/0226/10. Por medio de la cual se sanciona a 43 empresas por la existencia de acuerdos contrarios a la competencia.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, en sentencia de 24 de agosto de 2000 CP: María Helena Giraldo Gómez.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, en sentencia de 7 de octubre de 1999 CP: Ricardo Hoyos Duque.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda sub sección B. Sentencia de 8 de agosto de 1996. CP: Silvio Escudero Castro.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

- Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo Sección Primera, Sentencia del 2 de diciembre de (2010), Expediente: 15001--23-31-000-2005-00326-01, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso,

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación: 50001-23-31-000-2004-0377-01, 2 de agosto de 2006. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

- Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001). Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA. Expediente: AP-00124.

- Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil nueve (2009), Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Expediente: AP-00739.

- Consejo de Estado, Sección Tercera en sentencia de 10 de marzo de 1994 CP: Juan de Dios Montes.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2000. CP. Alier Eduardo Hernández.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, 19 de julio de 2001. Radicación número: 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil siete (2007). Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206).

- Consejo de Estado. Sentencia del 28 de enero de 2010. MP: María Claudia Rojas Lasso.

- Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2009 la Sección Primera del Consejo de Estado (Exp. No. 25000232700020040204901, C.P. Rafael Ostau De Lafont).

- Corte Constitucional. Sentencia C-1035 de 2003
- Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C 616 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1996
- Corte Constitucional. Sentencia C-1048 de 2001
- Corte Constitucional. Sentencia C-1262 de 2000
- Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994
- Corte Constitucional. Sentencia C-516 de 2004
- Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997
- Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010.

- Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003
- Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001
- Corte Constitucional. Sentencia C-915 de 2002
- Corte Constitucional. Sentencia SU-182 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia T-021 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1999
- Corte Constitucional. Sentencia T-375 de 1997 y SU-182 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia. T-387 de 2009
- Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997
- Corte Constitucional. Sentencia C-870 – 2003

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil diez (2010), Ref. Exp. 1100102030002004-00792-00, M.P. César Julio Valencia Copete.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil diez (2010), Ref. Exp. 1100102030002004-00792-00, M.P. César Julio Valencia Copete.

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia. Casación Civil de 19 de diciembre de 2005, Expediente No. 4018). Sala de Casación Civil de 22 de abril de 2009. MP: Edgardo Villamil Portilla, expediente No. 11001-31-03-026-2000-00624-01.

- Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES 3249 de 20 de octubre de 2003. Consultar en www.dnp.gov.co.

- Diccionario de la Real Academia Española.
- Guías de la OCDE para Competir la Colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público, Aprobado por el Comité de Competencia de la OCDE, DAF/COMP/(2009)1 del 24.02.1009, (vía internet) www.oecd.org/competition/bidrigging.
- Manual sobre Libre competencia 2011, Cámara Chilena de la Construcción A.G., Documento elaborado por la Fiscalía de la Cámara Chilena de la Construcción A.G., 2001.
- Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones, Resolución No. 001494 de 5 de agosto de 2010.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y Banco Interamericano de Desarrollo. “Derecho y Política de la competencia en Colombia”. Examen inter-pares. Chile: 9 y 10 de septiembre de 2009.
- PROCOMPETENCIA. Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de Nicaragua. Glosario Encuéntrese en: <http://www.procompetencianic.org/info/glosario.html#m>.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 1055 de 2009.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 16048 de 2004
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 24227 de 2004
- Superintendencia de Industria y Comercio. Combatir la Colusión en las Licitaciones. Guía Práctica. Colaboración del Ministerio de Comercio,

Industria y Comercio y Comisión de la Unión Europea. Consúltese en:
http://www.sic.gov.co/archivo_descarga.php?idcategoria=18361.

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 12144 de 2003

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 12472 de 2003

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 19785 de 2008

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28397 de 2003

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 31924 de 2002

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No.24227 de 2004

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 21822 de 2004

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23683 de 2006

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16048 de 2004

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 24903 de 2007

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 21593 de 2004

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 2932 de 2005

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 47481 de 2010

- Superintendencia de Industria y Comercio: Resolución 12675 de 2003.

- Superintendencia de Industria y Comercio: Concepto 01080118 del 24 de octubre de 2001. Página Web de la entidad: www.sic.gov.co.

- Superintendencia de Industria y Comercio: Conceptos: 03018195 del 26 de Marzo de 2003, 01056910 del 28 de agosto de 2001, 03012780 del 04 de Abril de 2003. Página Web de la entidad. Consultar página web www.sic.gov.co.

Proyectos de ley

- Exposición de motivos de la ley 1474.

Entrevistas

- CASTAÑEDA, Julio César. Jefe de División de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- JARAMILLO, Andrés. Abogado socio de la firma Esguerra Barrera.

- ORTIZ DEL VALLE, Javier. Abogado. Presidente del Tribunal Administrativo de Boyacá.

- PERILLA, Carlos Andrés. Abogado. Funcionario de la Superintendencia Financiera de Colombia.