



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO Y DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

MONOGRAFÍA JURÍDICA
PARA OPTAR POR TÍTULO DE ABOGADO

TÍTULO:

**“LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
ESTUDIO SOBRE LAS TIPOLOGÍAS DE ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
DESDE EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PENAL COLOMBIANO”**

AUTORES:

Isabel Cristina Castrillón
Carlos David Vergara Díaz

DIRECTORES DE TESIS:

Dr. Carlos Andrés Uribe Piedrahita Ph. D.
Dr. Luis Felipe Botero Cárdenas

Bogotá D.C., 2021

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velará que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de julio de 1946

Agradecimientos

A mis padres Carlos Eduardo y Helia Patricia, al Dr. Carlos Uribe y al Dr. Felipe Botero, Manuela Herrera, Alejandra Medina, Isabella Posso, Roció del Mar Rodríguez, Juan David Orjuela, Juan David Castaño, Paula Valencia, Caroline Alvarado, Mateo Merchán, Eliana Forero, Daniel Pérez, y Ángela Parada. Gracias por su apoyo.

Carlos Vergara

A mis padres, por su apoyo incondicional, a mi tía Esperanza y a mi tía Martha por impulsarme en mi carrera, al Dr. Carlos Uribe y al Dr. Felipe Botero por sus aportes en este proyecto,

Muchas gracias.

Isabel Castrillón

LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

ESTUDIO SOBRE LAS TIPOLOGÍAS DE ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PENAL COLOMBIANO

Resumen: El bien jurídico de la contratación pública constituye uno de los principales fines del Estado colombiano. Dada su importancia para la economía y el desarrollo del país, se ha procurado su protección. No obstante, la corrupción y los intereses ilegales sobre los procesos de selección públicos han llevado a que se creen diversas formas de actuar fraudulentas para la adjudicación de contratos. Una de ellas es a través de acuerdos anticompetitivos como la colusión en procesos de contratación pública, conducta que ha sido sancionada tanto por vía del derecho de la competencia como por el derecho penal. El estudio de las modalidades por medio de las cuales se ejecutan acuerdos colusorios en la contratación pública, es fundamental para su temprana detección y sanción, en aras de prevenir mayores afectaciones a la administración pública, los principios de transparencia y selección objetiva, y a la población en general que ve afectada su confianza en las instituciones públicas. Por ello, en esta monografía de grado, realizamos un análisis de las modalidades de ejecución de acuerdos anticompetitivos en la contratación pública desde el precedente administrativo y penal colombiano.

Palabras clave: Contratación pública, bien jurídico, corrupción, acuerdos anticompetitivos, libre competencia, colusión, delito, interés indebido en la celebración de contratos, precedente.

TABLA DE CONTENIDO

1	INTRODUCCIÓN	3
1.1.	METODOLOGÍA	5
1.2.	ESQUEMA DEL DOCUMENTO	6
2	ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	7
2.1.	EL BIEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	10
2.1.1	<i>Principios rectores de la actividad contractual del Estado.</i>	11
2.1.2	<i>Etapas del proceso de contratación</i>	15
2.2.	LA IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL GASTO ESTATAL COLOMBIANO Y ALGUNOS DATOS SOBRE LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA	25
3	EL CONCEPTO DE COLUSIÓN COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PENAL	27
3.1	BID RIGGING O COLLUSIVE TENDERING EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	28
3.2	COLUSIÓN EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA:	30
3.3	LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL	32
3.4	LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ARGENTINA Y CHILE	32
3.5	COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA COLOMBIANO: ALGUNAS PERSPECTIVAS DOCTRINARIAS, ADMINISTRATIVAS Y PENALES	34
4	TIPOLOGÍAS DE LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VISTA DESDE EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PENAL EN EL CASO COLOMBIANO	64
4.1	PERSPECTIVA DE AUTORIDADES NACIONALES E INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA .	64
4.1.1	<i>La perspectiva de la OCDE</i>	64
4.1.2	<i>La perspectiva de la Unión Europea:</i>	65
4.1.3	<i>La posición del Consejo Administrativo de Defensa Económica de la República Federativa de Brasil</i> 68	
4.2	APROXIMACIÓN DOCTRINARIA.....	72
4.3	MODALIDADES DE COLUSIÓN DESARROLLADAS EN SEDE DE LA JURISDICCIÓN PENAL	76
4.3.1	<i>Comentarios frente a la configuración de un concurso y los esquemas de participación en las conductas punibles, y su relación con los acuerdos anticompetitivos:</i>	86
4.4	ANÁLISIS DE LAS TIPOLOGÍAS DE COLUSIÓN FRENTE A LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y PRECEDENTE EN MATERIA PENAL ENTORNO A LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	90
4.5	TIPOLOGÍAS ADICIONALES ENCONTRADAS A LO LARGO DEL ESTUDIO DE CASOS.....	96
5	CONCLUSIONES	104
6	BIBLIOGRAFÍA	107

1 INTRODUCCIÓN

La Colusión¹ o cualquier conducta anticompetitiva que se ejecute en el marco de la contratación pública ha sido una problemática que ha cobrado relevancia, como quiera que existe una clara asociación de este tipo de conductas con el concepto de corrupción. En efecto, el esfuerzo institucional por combatir este tipo de conductas se materializa en la creación de un grupo elite contra la colusión en la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como un grupo especial de investigación en la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a partir de la consagración del artículo 410^a del Código Penal en el marco del Estatuto Anticorrupción.

En efecto, la colusión en la contratación pública se desarrolla a través de distintas modalidades que pueden darse individual o paralelamente en los procesos públicos. Este escenario resulta particularmente relevante teniendo en cuenta que al ser cada vez más diversas e ingeniosas las tipologías de estos acuerdos anticompetitivos, sumado a las estrategias usadas para darles apariencia de legalidad, se hace cada vez más difícil la identificación de estas conductas. Por lo tanto, la detección temprana de las modalidades de colusión es de vital importancia para prevenir las consecuencias económicas y la afectación pública que generan dichas conductas en etapa avanzada, y para no pasar por alto incluso las formas más sutiles de comportamientos fraudulentos en los procesos públicos de selección de contratistas. Todo esto en aras de poder evitar mayores afectaciones a la administración

¹ Se debe precisar que el concepto de colusión en diferentes ordenamientos jurídicos no versa de manera exclusiva sobre las conductas contrarias a la libre competencia que se den en el marco de la contratación pública. Por el contrario, se ha entendido la colusión como un comportamiento de naturaleza de tipo cartel. Para efectos de este texto, se entenderá como colusión a los procesos anticompetitivos en el marco de los procesos de selección públicos.

pública, los principios de transparencia y selección objetiva, y a la población en general que ve afectada su confianza en las instituciones públicas.

Con el objeto de conocer las formas en que se realizan estas conductas, pretendemos por medio de esta monografía para optar por el título de abogado, estudiar el precedente de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, así como diferentes procesos penales, a efectos de describir las formas o tipologías de como se ejecutan este tipo de conductas en el contexto colombiano a partir de una revisión rigurosa de casos y su asociación con desarrollos doctrinales.

Para ello, abordaremos en primer lugar los aspectos generales de la contratación pública, analizando a grandes rasgos el bien jurídico de la contratación pública, los principios rectores de la actividad contractual del Estado, las etapas del proceso de contratación, las modalidades de selección en Colombia y la importancia económica de la contratación pública para el ordenamiento colombiano con algunos datos sobre la corrupción en el país. Posteriormente, entraremos en materia analizando el concepto de colusión como práctica restrictiva de la libre competencia en la contratación pública desde la perspectiva del derecho administrativo y del derecho penal, observando el manejo que le han dado en Colombia y en otros ordenamientos jurídicos como el de Estados Unidos, la Unión Europea, Brasil, Argentina y Chile. Luego de las aproximaciones anteriores, abordaremos las tipologías de la colusión en la contratación pública, visto desde el precedente administrativo y penal en el caso colombiano. Para ello, revisaremos la perspectiva de las autoridades nacionales e internacionales de protección de la competencia, la aproximación doctrinaria, y analizaremos en detalle las modalidades de colusión desarrolladas tanto en sede de la jurisprudencia penal como en las decisiones

administrativas de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Finalmente, resaltaremos las tipologías o modalidades adicionales a las enunciadas por las autoridades y la doctrina, encontradas a lo largo del estudio de los casos, y plantearemos las conclusiones pertinentes producto de esta investigación.

1.1. Metodología

Esta monografía se desarrolló desde un enfoque cualitativo que, a través del razonamiento inductivo buscó realizar un estudio sobre las tipologías de ejecución de acuerdos colusorios desde el análisis del precedente administrativo y penal colombiano, lo cual constituye una técnica de investigación documental del modelo inductivo². Para ello, la estrategia metodológica específica fue el estudio de caso³. Esta estrategia metodológica enmarcada dentro del enfoque cualitativo, y aplicado a las ciencias jurídicas⁴ nos permitió ahondar en el objeto de estudio a través del análisis de las tipologías de los acuerdos colusorios en casos revisados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y la justicia penal.

Lo anterior se realizó por medio de los siguientes pasos: primero, revisamos las bases constitucionales, legales y regulatorias vigentes en materia de acuerdos anticompetitivos en la contratación pública. Para este paso se consultó el tratamiento que se le da a las conductas anticompetitivas en la contratación pública, tanto en Colombia como en diversos países del mundo. Segundo, procedimos a analizar diversos casos adelantados en materia de colusiones, así como las sentencias, imputaciones o acusaciones de los procesos penales que pudieran encajar con un comportamiento anticompetitivo en la contratación pública. Tercero, en aras

² Darwin Clavijo Cáceres, et al. Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho. Ed. Ibáñez 15 (2014).

³ Viviana Elizabeth Jiménez Chávez & Cornelio Comet Weiler, Los estudios de casos como enfoque metodológico. Revista de investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, abril 2016. At. 32.

⁴ Julia Laida Limpías, El método de estudio de casos como estrategia metodológica para desarrollar habilidades investigativas en la formación del jurista. Revista Bolivariana de Derecho, mayo 2012. At. 67.

de complementar ese análisis, realizamos fichas esquemáticas de los casos revisados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, las cuales se adjuntan como anexo a esta monografía, donde se relacionaron los principales elementos del acto administrativo, sentencia, formulación de acusación o imputación analizados. Cuarto, analizamos 52 casos que fueron investigados por LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y por la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, por presuntas infracciones al régimen de competencia en el marco de procesos de contratación pública. De este total de casos analizados se tomó una muestra representativa de los casos que no fueron archivados, y se analizaron en una tabla que se ilustrará posteriormente, las tipologías de colusión en 38 casos sancionados y en proceso por parte de la autoridad competente, los cuales fueron individualizados debidamente. Quinto, procedimos a estudiar las modalidades de prácticas restrictivas de la competencia en la contratación pública. Para ello contrastamos la visión de las conductas desde la perspectiva penal y del derecho de la competencia, encajamos los casos estudiados en estas modalidades y formulamos algunos nuevos tipos de modalidad que encontramos en nuestro criterio. Finalmente, presentamos las conclusiones respectivas.

1.2. Esquema del documento

El documento estará dividido en cinco (5) acápites generales consistentes en: Primero, una introducción al texto; segundo, aspectos generales de la contratación pública en Colombia; tercero, el concepto de colusión como práctica restrictiva de la competencia; cuarto, las tipologías o modalidades de colusión conforme al estudio de casos resueltos (o en trámite) por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y la justicia penal y; quinto, unas breves conclusiones seguidas por la bibliografía utilizadas dentro de la monografía de grado.

2 ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública ha sido definida como el mecanismo por medio del cual los poderes públicos y particulares en ejercicio de función pública adquieren los bienes y servicios que necesitan para el desarrollo de sus funciones, que también representa una política de intervención en la vida económica, social y política de los habitantes del territorio y la sociedad, permitiendo al Estado influir, desde el punto de vista económico y social en el desarrollo de sus finalidades y objetivos constitucionales y legales, la garantía de los derechos de los administrados y el cumplimiento de sus funciones, entre otros⁵. En efecto, se ha establecido que la contratación estatal tiene una vocación relevante dentro del Estado Social de Derecho, buscando generar eficiencias en el uso de los recursos públicos a través de principios como la transparencia, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los proponentes, en aras también de evitar la corrupción y la malversación de fondos públicos⁶.

Es por esto que los ordenamientos internos de cada país, así como organizaciones multilaterales como la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, en adelante la “OCDE”, han buscado proponer y adoptar medidas tendientes a proteger el correcto desarrollo de los procesos de contratación pública, como pilar esencial de la gobernanza estratégica⁷, el desarrollo social, el crecimiento económico, el mejoramiento de los estándares de vida de los ciudadanos y la prestación eficiente y efectiva de servicios a cargo del Estado.⁸

⁵ Javier Mendoza Jiménez et al, La economía Social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados. Revista CIREC de Económica Pública, Social y Cooperativa, noviembre 2019. At. 213.

⁶ Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia de 14 de mayo de 2004. Exp. Rad. 020-2003-AI/TC.

⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Recomendación del Consejo sobre contratación Pública, Ed. Dirección de Gobernanza Pública, 16 (2015).

⁸ Naushad Khan. Public Procurement Fundamentals: Lessons from and of the Field. Chapter I: What is public Procurement: Introduction. Ed. Emerald Publishing, 16 (2004).

En el contexto colombiano, así como en otros ordenamientos, el primer elemento es la relación entre la contratación pública y el ejercicio de la función administrativa. En efecto, la función administrativa es un elemento de la función pública. Siendo la función administrativa el género y la contratación pública la especie. La cual, conforme al artículo 209 de la Constitución Política de 1991, tiene como objetivo servir a los intereses generales del Estado, como principio finalístico en observancia de los principios a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad desde una perspectiva organizacional descentralizada, desconcentrada o por medio de la delegación de funciones⁹. Diversas posturas, buscaron definir a la función administrativa desde una perspectiva negativa, esto es, el ejercicio de toda función estatal que no sea de tipo legislativo o judicial¹⁰. Esta postura, sin embargo ha sido rebatida, como quiera que, por ejemplo, personas privadas no vinculadas al Estado pueden ejercer funciones administrativas o también a partir de la existencia de otros ámbitos del poder público que no encajan precisamente en la distinción de lo legislativo o lo judicial¹¹. En ese sentido, se han puesto de presentes diversas posturas que buscan definir a la función administrativa desde una perspectiva orgánica como material. Orgánica, en el sentido de vincular a todos los órganos del poder público, sin importar su orden, autonomía e independencia y particulares que ejerzan una función administrativa y material, excluyendo la calidad especial del órgano y otorgándole preponderancia al acto ejecutado a partir de su tipología como una postura mixta¹².

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-561 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 21 de junio de 2000.

¹⁰ Santiago Muñoz Machado, Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la administración. Revista de Administración Pública, agosto 1977. At. 526.

¹¹ Christian Guzmán Napurí, Un acercamiento al concepto de función administrativa en el Estado de Derecho. Revista Derecho & Sociedad, mayo 2008. At. 287.

¹² Jorge Eduardo Vázquez Santamaría, Algunos problemas “públicos” de la Contratación Estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. Revista Prologómenos - Derechos y Valores, enero 2018. At. 79.

En suma, y sobre el primer punto se puede decir que la contratación pública , encaja en este supuesto como una manifestación de la función administrativa, al ser un instrumento que permite a diferentes órganos del poder público la satisfacción de sus necesidades y en últimas el cumplimiento de sus funciones, por medio de la colaboración entre la entidad y los particulares o las mismas entidades, cuando estos dispongan de medios idóneos para ejecutar la función asignada¹³.

Un segundo elemento, y a partir del carácter instrumental de la contratación administrativa, es cómo la contratación pública se convierte en una forma de intervención estatal encaminada a responder a necesidades sociales, ambientales y económicas por medio de un marco institucional transparente, participativo, competitivo y eficaz que permita el desarrollo y bienestar de la sociedad¹⁴ por medio de la inversión de recursos públicos para atacar, directa o indirectamente, problemáticas sociales a través de, por ejemplo, acciones afirmativas¹⁵. Con todo, la relevancia de la contratación pública en el Estado Social de Derecho, como manifestación de la función administrativa, permite, a partir de su carácter instrumental a diferentes órganos del poder público y particulares en ejercicio de función pública, el procurar por satisfacer sus necesidades para el cumplimiento de sus funciones propias y en general, de los objetivos impuestos al Estado como medio de intervención social y económica encaminada al mejoramiento de las condiciones de sus habitantes.

¹³ Ricardo Salazar Chávez, La contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. Revista Derecho & Sociedad, junio 2004. At. 37.

¹⁴ María Teresa Palacio Jaramillo, Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Revista de Derecho Público, junio 2002. At. 21.

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 8 de noviembre de 2007.

2.1. El Bien Jurídico de la Contratación Pública en el Estado Social de Derecho

En el contexto colombiano, la jurisprudencia ha reconocido a la contratación estatal como un *Bien Jurídicamente Tutelado*, el cual no solo está asociado como uno de los instrumentos por medio del cual el Estado busca cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes impuestos en él, y prestar los servicios a su cargo sino también la especial relevancia que representa al momento de volver efectivos el ejercicio de los Derechos Fundamentales de los habitantes del territorio nacional¹⁶. La defensa del interés general, que se materializa a través del régimen de los contratos estatales, es una manifestación del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de sus metas y finalidades requiere el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de órganos públicos, hecho que solo es logrado por medio de un esquema de contratación. Así, es que el Estado, puede requerir el acceso a bienes o servicios por parte de particulares o autoridades públicas, todo con el objeto de satisfacer sus necesidades, convirtiéndose en un consumidor.

En ese sentido es que se la ha dado el carácter instrumental al contrato público, al ser un medio para la consecución de los objetivos y finalidades Estatales¹⁷, el cual se encuentra sujeto a una serie de principios rectores que propenden cobijar el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, como fundamento de la guarda al interés general y el correcto funcionamiento del Estado. Frente a lo anterior, el CONSEJO DE ESTADO, ha dispuesto:

“La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; 7 de octubre de 2009.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-949 de 2011. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 30 de agosto de 2011.

necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa. (...). Por ello, la actividad contractual de la Administración debe sujetarse a una serie de directrices que logren mantenerla encausada hacia el cumplimiento de los fines y funciones señalados en la Constitución y en la ley y hacia la satisfacción del interés general, directrices que, por la magnitud y diversidad de las situaciones que han de cobijar, deben estar dotadas de un elevado nivel de abstracción y generalidad, constituyendo así verdaderos principios regentes de la actividad administrativa del Estado en materia contractual.”¹⁸

Dada la relevancia y teniendo en cuenta el carácter facilitador de la contratación estatal para el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, es que desde la perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial se ha optado por una serie de principios rectores de este tipo de actividad estatal, así como una serie de sub regímenes dentro del ordenamiento, que no solo regulan el funcionamiento de la contratación por parte del estado, sino que también buscan perseguir y sancionar los comportamientos de los intervinientes dentro de este tipo de procesos que puedan llegar a afectar su correcta consecución. Sobre el último punto volveremos más adelante.

2.1.1 Principios rectores de la actividad contractual del Estado.

El Estatuto General de la Contratación Pública, en adelante “EGCP”, compuesto de manera general por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto con fuerza de Ley 4170 de 2011, el Decreto Reglamentario 1082 de 2015¹⁹ y las normas que los modifiquen, sustituyan

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 29 de diciembre de 2010. Dictada en autos del Rol No. 1746-2010; Presidente de la Sala; 29 de diciembre de 2010.

¹⁹ Copilando las normas dispuestas en el Decreto Reglamentario No. 1510 de 2013

o adicionen, incluyendo las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante “CPACA”, así como la jurisprudencia e inclusive la doctrina, establecen y catalogan una serie de parámetros procesales, formales y sustanciales encaminados a la materialización y preservación del interés público como límite de la actividad legislativa en materia de contratación pública²⁰. Sobre el particular reconoce el Gobierno Nacional en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993:

*“Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados.”*²¹

Así, es que el interés público se convierte en el primer principio rector de la contratación estatal como finalidad primordial de este sub-sistema jurídico²², el cual se ve complementado en términos del desarrollo de los fines estatales, la prestación eficiente y continua de servicios y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, así como la función social, conforme al artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, el EGCP establece de manera particular una serie de principios rectores aplicables a las actuaciones contractuales en materia de contratación pública, siendo los más relevantes:

²⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Meza; 5 de febrero de 1999.

²¹ Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992.

²² Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-713 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa; 7 de octubre de 2009.

El Principio de transparencia (Art. 24. Ley 80 de 1993): En cuanto a que la selección de contratistas debe edificarse en la igualdad para todos los participantes; la objetividad, neutralidad y claridad en la aplicación y uso de las reglas dentro del proceso; la garantía de contradicción; la publicidad de las actuaciones; la motivación expresa de las decisiones y; escogencia objetiva del oferente²³.

El principio de economía (Art. 25 de la Ley 80 de 1993) cuya finalidad es que las actuaciones ejecutadas dentro del proceso de contratación sean eficaces y eficientes en cuanto a su necesidad, buscando evitar dilaciones injustificadas²⁴. Este principio a su vez implica que la parte contratante desarrolle los estudios necesarios para dar inicio al proceso, a partir de su conveniencia y oportunidad, aludiendo igualmente a que, en la etapa de ejecución, el contrato genere el uso más eficiente posible de los recursos públicos en pro de las necesidades establecidas, entre otros aspectos²⁵.

El principio de responsabilidad (Art. 25 Ley 80 de 1993), que aplica principalmente sobre servidores públicos y particulares investidos con función de celebrar contratos estatales y cuya obligación es cumplir con los fines de la contratación, procurando la ejecución correcta tanto del proceso de selección como del contrato, y velando por proteger los intereses de las partes involucradas. So pena de incurrir en las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar²⁶.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso 31480, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz; 31 de enero de 2011.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 24249, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 30 de julio de 2008.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-649 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre; 13 de agosto de 2002.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 21489, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, 28 de mayo de 2012.

El principio de equilibrio económico del contrato (Art. 27 de la Ley 80 de 1993). Identificado como principio por tratadistas como LIBARDO RODRÍGUEZ²⁷, este principio hace referencia a la equivalencia o proporcionalidad en las prestaciones de cada parte en el contrato²⁸.

El principio de selección objetiva (Art. 5 de la Ley 1150 de 2007). Autores como CAROLINA DEIK-ACOSTAMADIEDO, hablan de cómo la Ley 80 de 1993 no desarrolló la selección objetiva como un principio propiamente dicho. No obstante lo anterior, la autora expone cómo con posterioridad, la jurisprudencia, doctrina, e incluso el ejecutivo le han dado carácter de principio conforme a su relevancia dentro del ordenamiento²⁹. Esta tesis también ha sido adoptada por el CONSEJO DE ESTADO, en el entendido que dicho principio obliga a la entidad a seleccionar la oferta que le resulte más favorable, sin tener en cuenta factores de interés o motivación subjetiva, todo conforme a los parámetros establecidos en las normas y pliegos de condiciones³⁰.

El principio o deber de planeación. Al igual que el principio de selección objetiva, el legislador no tipificó el deber de planeación como un principio. No obstante, la jurisprudencia le ha otorgado dicho carácter a partir de su relación con varios principios constitucionales y legales relativos al funcionamiento de la administración como postulados aplicables a la etapa precontractual a partir de parámetros técnicos, financieros, presupuestales, de mercado, jurídicos y en general de oportunidad para el inicio del proceso de contratación³¹.

²⁷ Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo General y colombiano. Ed. Temis, 9 (1996).

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 26660, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 27 de marzo de 2014.

²⁹ Carolina Deik Acostamadiedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. Abeledoperrot, 33 (2014).

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 00169, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 15 de diciembre de 2017.

³¹ Carolina Deik Acostamadiedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. Abeledoperrot, 33 (2014).

El principio de libre concurrencia. De desarrollo jurisprudencial a partir del principio de igualdad y con una relación muy importante con el derecho de la libre competencia, consiste en el otorgamiento de igualdad de oportunidades y manifestación de competencia para quienes busquen participar en un proceso de contratación con la finalidad de obtener una oferta adecuada de mercado y por lo tanto óptima a la Autoridad contratante³².

Cabe aclarar que esta lista de principios no es taxativa y que la jurisprudencia y doctrina han desarrollado otros aplicables a la contratación pública como son la buena fe y cooperación o solidaridad contractual³³ o la previsibilidad contractual³⁴. Adicionalmente, algunos de ellos tienen mayor relevancia según la etapa del contrato en donde se encuentre. Tal es el caso del deber de planeación, el cual se manifiesta preponderantemente en la etapa precontractual al momento que la entidad se dispone a diseñar el proceso, esto, sin perjuicio de los efectos que pueda llegar a tener en etapas posteriores si no es observado apropiadamente³⁵.

2.1.2 Etapas del proceso de contratación

Fuera de los principios aplicables al proceso de contratación, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado las etapas generales de los diferentes tipos de modalidades de contratación, de las cuales hablaremos en los siguientes acápites. En ese sentido, presentamos los principales elementos de dichas etapas, consistentes en: La etapa pre contractual, donde la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas diseña el proceso de selección,

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 19 de julio de 2001.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012. Exp. Rad. 25000232600019980032401(22043). C.P. Jaime Orlando; 19 de noviembre de 2012.

³⁴ El principio de previsibilidad contractual implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación proporcional de riesgos y contingencias del posible contrato, buscando prever las contingencias que puedan surgir del mismo. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Exp. Rad. 73991233100020120001201(51489) C.P. Jaime Orlando Santofimio.

³⁵ Víctor Andrés Sandoval Peña, Nulidad absoluta del Contrato Estatal por violación al deber de planeación. Revista Derecho Público, julio 2015. At. 5.

selecciona al oferente y adjudica el contrato y; la etapa post-contractual donde la autoridad y el oferente perfeccionan el contrato que culmina con su liquidación. Cabe aclarar que el esquema a presentar es de carácter general y puede variar según la modalidad específica de selección.

2.1.2.1 Etapa pre-contractual

Etapa de planeación: En la etapa de planeación, la entidad pública de cualquiera de los ordenes, ramas del poder público o particular en ejercicio de funciones públicas, en adelante “Autoridad”³⁶ busca identificar sus necesidades y los medios para satisfacerlas a través del eventual proceso de contratación. En ese sentido, la Autoridad, con fundamento del deber de planeación debe realizar los estudios previos integrales, a partir de aspectos técnicos habilitantes³⁷, de selección y financieros, a efectos de soportar el eventual proyecto de pliegos³⁸. Adicionalmente, dentro de la etapa de planeación se encuentra el Plan Anual de Adquisiciones³⁹, como facilitador a la proyección financiera y presupuestal frente a la estrategia de compras de la Autoridad. Este documento tiene mucha importancia porque permite a la Autoridad estructurar e identificar las necesidades durante la vigencia fiscal, así como el desarrollo de nuevas estrategias para la contratación. Adicionalmente da lugar a que los oferentes perciban unas pistas sobre el tipo de bienes y servicios que la entidad pretende

³⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “Artículo 2o. Ámbito de aplicación. Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades”.

³⁷ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2009. Exp. Rad. R-7664.; Procuraduría Primera Delegada para Contratación Estatal. Sentencia de 12 de septiembre de 2008. Exp. Rad. 12022162006. 12 de septiembre de 2008.

³⁹ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523.

adquirir⁴⁰. Por otro lado, la entidad debe preparar de manera oportuna los instrumentos presupuestales necesarios para efectuar la adecuada inversión de los recursos públicos⁴¹. Esta planeación, que puede darse tanto en vigencias fiscales actuales o futuras, se manifiesta en los Certificados de Disponibilidad y Vigencia Presupuestal como manifestaciones de la disponibilidad de recursos para satisfacer la necesidad⁴².

Una vez la Autoridad identifica sus necesidades en términos de bienes o servicios, sus montos y calidades, el presupuesto disponible y las vigencias fiscales aplicables, se debe determinar la modalidad que se pretende utilizar, explicando por qué esta es la apropiada para satisfacer la necesidad, conforme a los bienes o servicios que se pretenden adquirir⁴³. Igualmente, y dentro del análisis de los bienes o servicios que se buscan obtener, es necesario contemplar las capacidades del mercado nacional o regional para satisfacerlas, esto es, si existen posibles oferentes para presentarse en el proceso⁴⁴. Adicionalmente, las Autoridades tienen la obligación de determinar si existen requisitos adicionales para llevar a cabo la adquisición⁴⁵ y los riesgos relativos a la misma⁴⁶. Toda la información debe ser recopilada en los estudios previos⁴⁷ y en el proyecto de pliegos, los cuales se encuentran vinculados a la veracidad y calidad de la información suministrada, so pena de incurrir en inobservancias con otros principios de la contratación como la igualdad, la buena fe y el equilibrio contractual⁴⁸.

⁴⁰ Carolina Deik Acostamadedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. Abeledoperrot, 33 (2014).

⁴¹ Procuraduría General de la Nación. Recomendaciones para la elaboración de estudios previos: Aplicación del principio de planeación en la Contratación de las Entidades Públicas Ed. OECD, 16 (2010).

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Exp. Rad. 05001233100029980135001(28565). C.P. Enrique Gil Botero.

⁴³ Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/9-etapa-precontractual-estudios-previos> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual estudios previos después seleccionar el hiperlink). (18 de febrero de 2011).

⁴⁴ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem. Artículo 2.2.1.1.1.6.3.

⁴⁷ Ibidem. Artículo 2.2.1.1.2.1.1.

⁴⁸ Ibidem.

Finalmente, es importante resaltar que gracias a la implementación de la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, en adelante “COLOMBIA COMPRA EFICIENTE”⁴⁹, como Unidad Administrativa Especial cuyo objeto es el desarrollo e impulso de políticas públicas en materia de procesos de compras y contratación pública, se han adoptado una serie de lineamientos, herramientas, instrumentos y directrices importantes sobre las formas como las autoridades y particulares en ejercicio de función pública desarrollan los esquemas de selección contractual ⁵⁰. En ese sentido, se encuentran los denominados Instrumentos de Agregación de Demanda, por medio de los cuales diferentes Autoridades puede sumar sus necesidades y actuar de manera coordinada en el mercado con el objeto de obtener eficiencia en el gasto y aprovechamiento de recursos públicos⁵¹.

Aviso de Convocatoria y Acto de Apertura: Una vez culminada la etapa de planeación, con los estudios previos y cuando el proyecto de prepliegos se encuentra totalmente estructurado, la Autoridad debe proferir un aviso de convocatoria sobre el inicio del proceso. Dicho aviso debe contener, entre otros, la identificación de la Autoridad, datos de contacto, el objeto del contrato a celebrar con sus elementos, bienes, servicios y cantidades a adquirir, la modalidad y forma de selección, el plazo de ejecución, el cronograma, la forma de consulta de documentos, etc. ⁵² Adicionalmente, debe contener el proyecto de pliego de condiciones, conforme a los requisitos establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.1.3 del Decreto Reglamentario

⁴⁹ Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura. 3 de noviembre de 2011. D.O. No. 48.200.

⁵⁰ Mónica Sofía Safar Díaz, La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿Nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? Revista Digital de Derecho Administrativo, junio 2018. At. 9.

⁵¹ Colombia Compra Eficiente. <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-agregar-demanda> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: ¿Qué es agregar demanda? 11 de septiembre de 2015 después seleccionar el hiperlink). (11 de septiembre de 2015).

⁵² Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523. Artículo 2.2.1.11.2.1.2

1082 de 2015⁵³. En virtud del principio de publicidad, la Autoridad está obligada a publicar todos los documentos en el Servicio Electrónico de Contratación Pública, en adelante “SECOP” dentro de los tres (3) días posteriores a su expedición⁵⁴. Una vez publicado el aviso, los interesados podrán presentar observaciones conforme a la modalidad de selección escogida por la Autoridad. Esto es diez (10) días hábiles desde su publicación, si se trata de una Licitación Pública o de cinco (5) días hábiles, en los casos de selección abreviada o concurso de méritos. Culminada la etapa de publicación de prepliegos y resueltas las observaciones de manera motivada⁵⁵ y de ser el caso, modificado el proyecto de prepliegos, se proferirá el pliego de condiciones definitivo y el acto administrativo de apertura del proceso de selección, los cuales deberán ser publicados en el SECOP⁵⁶.

Finalmente, es de aclarar que la Autoridad podrá modificar los pliegos de condiciones a través de adendas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas, o en su defecto, modificar el cronograma por medio de una adenda antes del plazo para la adjudicación del contrato⁵⁷.

Presentación de ofertas o manifestaciones de interés: Conforme a las reglas especiales de cada modalidad de selección, los oferentes interesados a partir del principio de libre concurrencia deberán presentar su oferta o manifestación de interés, conforme a criterios habilitantes, económicos, técnicos, o de experiencia según el caso. Así como los documentos

⁵³ Carolina Deik Acostamadiedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. Abeledoperrot, 33 (2014).

⁵⁴ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523. Artículo 2.2.1.1.1.7.1.

⁵⁵ Carolina Deik Acostamadiedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. Abeledoperrot, 33 (2014).

⁵⁶ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523. Artículo 2.2.1.1.1.2.1.5.

⁵⁷ *Ibidem*. Artículo 2.2.1.1.2.2.1.

e información solicitada por la Autoridad en el pliego de condiciones para acreditarla. La regla general es que el oferente acredite su experiencia por medio del Registro Único de Proponentes, en adelante “RUP”, el cual será administrado y certificado por las Cámaras de Comercio, salvo excepciones aplicables⁵⁸.

Los oferentes solo deben presentar una oferta, so pena de incurrir en una violación al principio de transparencia e igualdad de condiciones⁵⁹. Como veremos más adelante, este punto resulta relevante al derecho de la competencia en el caso de los proponentes que se encuentran bajo una misma situación de control competitivo. Igualmente, la oferta no podrá complementarse, modificarse, adicionarse o mejorarse una vez presentada⁶⁰ y tiene el carácter de irrevocable, so pena de que la entidad sea indemnizada o se cause la garantía de seriedad de la oferta⁶¹. Por otro lado, la presentación de la oferta o manifestación de interés, conforme a las reglas del pliego de condiciones y el EGCP puede ser presentada por medio de una de las formas asociativas a título de Consorcio o Uniones Temporales⁶², según la forma que los oferentes decidan asumir los riesgos o acreditar experiencia o habilitaciones⁶³.

Evaluación de ofertas: La evaluación de las ofertas debe ceñirse estricta y exclusivamente a lo dispuesto en el EGCP: Los pliegos de condiciones y el criterio de selección objetiva aplicable a la modalidad escogida. Observando igualmente, tanto los mecanismos

⁵⁸ Ibidem. Artículo 2.2.1.1.1.5.1.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 29 de agosto de 2007.

⁶⁰ Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Etapa precontractual – CCE después seleccionar el hiperlink). (31 de diciembre de 1969).

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de abril de 2006. Exp. Rad. 1732. C.P. Luis Fernando Álvarez; 20 de abril de 2006.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 5 de septiembre de 2001.

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso 15308, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; 29 de abril de 2010.

particulares de participación determinados por la Autoridad, como las condiciones habilitantes y régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables al caso concreto⁶⁴.

La importancia que tiene la etapa de evaluación, proviene de la observancia de los requisitos de claridad, objetividad, igualdad y justicia de la Autoridad al momento de diseñar los pliegos de condiciones, que de manera particular contienen todas las reglas y condiciones aplicables al proceso de contratación propiamente dicho. En ese sentido, al ser una garantía tanto para la Autoridad como para los proponentes interesados, se manifiestan en estos documentos principios como el de la libre concurrencia, la economía y la transparencia⁶⁵. Así, es que la Autoridad, al implementar un esquema de evaluación claro, ejecuta esta etapa, aplicando la metodología escogida a la información y soportes entregados por los oferentes y otorgándoles el puntaje, según corresponda⁶⁶.

Dependiendo del tipo de proceso, la Autoridad puede designar un comité evaluador compuesto por funcionarios públicos o particulares contratados para evaluar las ofertas o manifestaciones de interés presentadas dentro del proceso, de manera objetiva y ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones⁶⁷. Si bien la evaluación de este comité no es vinculante, se exige a la Autoridad que justifique su decisión en caso de no adoptar la recomendada. Cabe aclarar que en cualquier caso, esto es, con o sin la presencia de un comité evaluador, el informe de evaluación no tiene la vocación de generar un derecho en favor de los oferentes, por lo que el hecho que su propuesta tenga el puntaje más alto no

⁶⁴ Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/evaluaci%C3%B3n-de-ofertas> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Evaluación de Ofertas después seleccionar el hiperlink). (8 de agosto de 2017).

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 11 de noviembre de 2009.

⁶⁶ La jurisprudencia ha establecido diferentes recursos para atender los casos cuando existan contradicciones Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/14-etapa-precontractual-interpretaci%C3%B3n-de-los-pliegos-de-condiciones> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual: Interpretación de los pliegos de condiciones después seleccionar el hiperlink) (s.f).

⁶⁷ Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523. Artículo 2.2.1.1.2.2.3.

es garantía para la adjudicación final del contrato⁶⁸. Este punto es relevante, si se tiene en cuenta que el EGCP contempla la posibilidad de que los oferentes presenten observaciones para controvertir la información contenida. No solo en el informe de evaluación, sino en los demás documentos o pronunciamientos que se dicten a lo largo del proceso⁶⁹. En ese sentido, el informe de evaluación debe ser publicado en el SECOP y conforme al cronograma dispuesto en el pliego de condiciones, se debe contar con un tiempo para que los oferentes presenten sus observaciones a los resultados del informe así como a las demás ofertas⁷⁰. Igualmente, podrán subsanar o complementar la información faltante para mejorar sus puntaje sin que esto constituya el inicio de una nueva etapa de traslado del informe de evaluación⁷¹. Finalmente, y en caso de que haya algún empate, la Autoridad deberá aplicar alguno de los criterios de desempate establecidos en el artículo 2.2.1.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

Adjudicación: Culminada la etapa de evaluación, la Autoridad debe proferir un acto administrativo⁷² de carácter irrevocable⁷³ donde adjudique el contrato al oferente con mayor puntaje dentro del proceso, o en caso de que no sea así, motivar el fundamento de su decisión

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Exp. Rad. 25000232600019951078401(13790). C.P. Nora Cecilia Gómez; 7 de septiembre de 2004.

⁶⁹ Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Art. 24. 28 de octubre de 1953. D.O. No. 41.094.

⁷⁰ Colombia Compra Eficiente. https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2019/4201813000009107_informe_de_evaluacion_subsanabilidad/4201813000009107_informe_de_evaluacion_subsanabilidad-original.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta No. 4201813000009107 después seleccionar el hiperlink). (28 de enero de 2018).

⁷¹ Colombia Compra Eficiente. https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2018/4201814000003714_-_subsanabilidad_ley_1882_1/4201814000003714_-_subsanabilidad_ley_1882_1-original.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta No. 4201814000003714 después seleccionar el hiperlink). (25 de abril de 2018).

⁷² Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523. Artículo 2.2.1.1.2.3.1.

⁷³ Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Art. 9. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46.691.

argumentando por qué la propuesta ganadora era la más conveniente y favorable para la entidad⁷⁴.

El CONSEJO DE ESTADO ha reconocido que la adjudicación es similar a la aceptación de la oferta en un esquema de contratación privado, con la particular diferencia que la aceptación del contrato en materia de contratación pública es necesariamente solemne⁷⁵. En ese sentido el acto administrativo de adjudicación no genera las obligaciones propias del contrato adjudicado, pero sí una serie de compromisos como son la irrevocabilidad de la oferta o voluntad de contratada, generando la obligación de suscribir el contrato en el tiempo y condiciones⁷⁶ estipulados en los pliegos⁷⁷.

2.1.2.2 Etapa contractual

Perfeccionamiento del contrato: El EGCP, y particularmente el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, establece de manera clara que el perfeccionamiento del contrato estatal debe realizarse cuando existe consenso sobre el objeto y la contraprestación, lo cual debe realizarse por escrito⁷⁸. En ese sentido, solamente hasta que las partes firman el contrato, es que éste existe como tal en el mundo del derecho⁷⁹. Cabe resaltar que antes de la firma, la Autoridad debe acreditar que el contratista cumple con requisitos como la validez y vigencia de la garantía

⁷⁴ Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/12-etapa-precontractual-acto-de-adjudicaci%C3%B3n> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual: Acto de adjudicación después seleccionar el hiperlink). (10 de marzo de 2017).

⁷⁵ Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Art. 41. 28 de octubre de 1953. D.O. No. 41.094.

⁷⁶ Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Art. 30. 28 de octubre de 1953. D.O. No. 41.094.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de agosto de 2017. Exp. Rad. 11001030600020170009801(2346). C.P. Álvaro Namén Vargas; 15 de agosto de 2017.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14721, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 30 de julio de 2008.

⁷⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 19 de julio de 2005. Exp. Rad. 20022335. M.P. Ramiro Pazos Guerrero; 19 de julio de 2005.

de cumplimiento, o el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema General de Seguridad Social por parte del contratista entre otros⁸⁰.

Ejecución del contrato: Una vez adjudicado y perfeccionado el contrato, las partes deben iniciar su ejecución bajo los postulados de la buena fe, legalidad, prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y equilibrio económico del contrato, entre otros⁸¹. Las partes deben observar todos los acuerdos establecidos en el texto del contrato perfeccionado; por su parte el contratista debe realizar sus obligaciones en el tiempo y forma debidas y la Autoridad estará llamada a, por ejemplo, entregar los pagos al contratista en las condiciones pactadas. La Autoridad contratante, bajo el deber de supervisión o la interventoría según el caso, tiene la obligación de velar por la correcta ejecución del acuerdo, y proveer, en caso de ser necesario las medidas pertinentes para su adecuado desarrollo y finalización⁸². Todo lo anterior, sin perjuicio de las medidas que sean aplicables en caso de incumplimiento, ya sea por parte del contratista, o en caso de la entidad, por darse un desequilibrio económico del contrato, entre otras posibilidades⁸³.

Finalmente, y cumplidas las obligaciones objeto del contrato o, en caso de presentarse una terminación anticipada del mismo, se debe realizar el proceso de liquidación del contrato, por medio del cual la Autoridad y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las

⁸⁰ Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-de-ejecucion-del-contrato-estatal> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: ¿Cuáles son los requisitos de perfeccionamiento de ejecución del contrato estatal? después seleccionar el hiperlink). (24 de junio de 2016).

⁸¹ Colombia Compra Eficiente. (Buscar en Colombia Compra). <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/etapa-contractual> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa Contractual 4 después seleccionar el hiperlink). (23 de marzo de 2019).

⁸² Colombia Compra Eficiente. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/ccc_public/files/ccc_documents/ccc_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión de Interventoría de los Contratos del Estado. G-EFSICE-01 después seleccionar el hiperlink). (8 de febrero de 2001).

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 40976, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 10 de mayo de 2018.

prestaciones contractuales aclarando todo lo relativo a su relación⁸⁴ y definiendo el estado jurídico, económico y técnico final del contrato⁸⁵. Todo lo anterior, queda estipulado en un acta de liquidación, la cual debe ser ejecutada en un plazo máximo de cuatro meses en casos de liquidaciones bilaterales o dos meses cuando se trate de una liquidación unilateral⁸⁶.

2.2. La importancia económica de la Contratación Pública en el gasto estatal colombiano y algunos datos sobre la corrupción en Colombia

Económicamente, la contratación pública representa un rubro muy alto respecto al PIB colombiano. Según datos de COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, para el 2016, la ejecución presupuestal en contratación pública equivalió a aproximadamente el 12.5% del PIB, representando un 35.7% del gasto total del Gobierno Nacional⁸⁷.

En este marco, y teniendo en cuenta la relevancia que representa la contratación pública para Colombia, las cifras respecto a la ejecución de conductas que afectan el desarrollo de la contratación pública no son nada alentadoras. Según datos del Monitor Ciudadano de la Corrupción, entre 2016 y 2018, del total de casos analizados por esta entidad, el 46% correspondió a hechos de corrupción en el marco de la contratación pública y el 19% a hechos relativos a la provisión de bienes y servicios. Particularmente, se presentaron cifras en los siguientes términos: Del 46% de los hechos de corrupción asociados a la contratación pública, un 29% correspondió a irregularidades en la adjudicación o celebración de contratos; un 17% a la violación de los principios de transparencia, idoneidad y responsabilidad de la

⁸⁴ Aida Patricia Hernández Silva, Liquidación del contrato estatal, Ed. Pontificia Universidad del Externado, 16 (2009).

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14579, C.P. Enrique Gil Botero; 20 de octubre de 2014.

⁸⁶ Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Art. 11. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46.691.

⁸⁷ Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-la-contratacion-publica-equivalere-al-125-del-pib-y-al-357-del> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: En Colombia la contratación pública equivale al 12,5% del PIB y al 35,7% del gasto del gobierno). (10 de julio de 2016).

contratación estatal; un 8% a abusos de la contratación directa; un 8% a detrimento patrimonial por incumplimiento del contrato; un 6% a apropiación ilegal de recursos de los contratos y; 6% a sobrecostos por irregularidades en la celebración de contratos⁸⁸.

En síntesis, el Bien Jurídico de la contratación pública es un elemento esencial para el desarrollo del Estado, al ser una de las herramientas por medio de la cual se materializan las finalidades establecidas en la Constitución y la Ley, así como la protección de Derechos Fundamentales y la prestación oportuna y eficaz de los servicios a su cargo. Este Bien Jurídico, tiene implicaciones económicas relevantes, al representar un porcentaje considerable del PIB. Pese a la relevancia y teniendo en cuenta que el Estado ha implementado diferentes mecanismos para proteger la correcta consecución de la contratación pública en todas sus etapas, existe una afectación clara por cuenta de conductas relacionadas a la corrupción, lo que termina menoscabando su desarrollo, y en últimas, la materialización de sus finalidades.

De igual forma, en estudios de la Contraloría General de la República publicados por la Secretaría de Transparencia, se estima que la corrupción cuesta aproximadamente 50 billones de pesos al año. Y en el mismo sentido, el Banco Interamericano de Desarrollo estimó que la ineficiencia del gasto en Colombia, ocasionado mayormente por filtraciones en transferencias, malgasto en la remuneración de empleados y en compras públicas, equivale al 4,8% del PIB en Colombia, para 2018, es decir, aproximadamente 45 billones de pesos⁸⁹.

⁸⁸ Monitor Ciudadano de la Corrupción. Así se mueve la corrupción: Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018. Tercer Informe. Ed. Bernardo González, 96 (2019).

⁸⁹ La Republica. <https://www.larepublica.co/economia/el-malgasto-de-recursos-publicos-en-colombia-llega-a-48-del-producto-interno-bruto-2774142> (Buscar en “La Republica”: Malgasto de recursos públicos en Colombia llega a 4,8% del Producto Interno Bruto). (24 de septiembre de 2018).

A continuación, expondremos algunos aspectos de una de estas prácticas de corrupción, esto es, la denominada *Colusión* en procesos de contratación pública, la cual se encuentra, proscrita tanto por el sub sistema de Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia, en sede administrativa, como penalmente, en sede jurisdiccional.

3 EL CONCEPTO DE COLUSIÓN COMO PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PENAL

Hasta este punto, hemos expuesto la relevancia que tiene la contratación pública en el marco del Estado de Derecho, al ser un instrumento para materializar sus fines. Dicho sub sistema jurídico, cuenta con una serie de principios y procedimientos propios, que se centran en la protección del interés general como fundamento y límite de las potestades legislativas en materia de contratación pública. Así, cuando se genera una afectación ilícita a la contratación pública, no solo se afecta la forma como el Estado ejecuta recursos, sino también, la protección de derechos fundamentales y la garantía del funcionamiento del Estado. En este acápite, se expondrá lo relativo a la colusión como práctica restrictiva de la competencia en el marco de la contratación pública, que puede afectar la forma como el Estado ejecuta eficientemente los recursos, y que muchas veces es entendida como un acto de corrupción⁹⁰.

Como se dijo, la denominada *Colusión* en procesos de contratación pública o *Bid Rigging in public procurement* o *collusive tendering* es una práctica anticompetitiva reprochada por el Derecho de la Competencia en ordenamientos nacionales, regionales e internacionales. Las formas a través de las cuales diferentes ordenamientos se han aproximado a la persecución

⁹⁰ Yvan Legwiler y Elmar G Wofstter, Auctions and corruption; An analysis of bid rigging by a corrupt auctioneer. Journal of Economic Dynamics & Control, marzo 2010. At. 1872.

de carteles encaminados a afectar la contratación pública es curiosa. Algunos países han optado por modelos de persecución administrativa⁹¹, mientras otros han implementado esquemas de persecución penal. Tal es el caso de Estados Unidos y la Unión Europea, donde en el primero, los esfuerzos sancionatorios se han concentrado mayormente en la cartelización como un comportamiento que afecta el desarrollo de los negocios; mientras que, en la Unión Europea se analiza desde una perspectiva más económica y de impacto en el mercado⁹².

A continuación, expondremos algunos puntos de vista según autoridades de competencia y autores;

3.1 Bid Rigging o Collusive Tendering en los Estados Unidos de América

En Estados Unidos, por ejemplo, la definición del *Bid Rigging*⁹³ o *collusive tendering*, surge a partir de las prohibiciones establecidas en la Ley Sherman de 1890. Las cuales no hacen referencia específica a los procesos de contratación pública, sino a las *Bid Rigging*, entendidas como contactas anticompetitivas en procesos de selección o subasta, ya sea de tipo públicos o privados⁹⁴. Cabe resaltar que el DEPARTAMENTO DE JUSTICIA de Estados

⁹¹ En los casos colombiano, peruano, ecuatoriano y de la Unión Europea, las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia se dan principalmente en sede administrativa,

⁹² Christopher Harding, Business Colusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalization of Business cartels. Revista Critical Criminology, octubre 2006. At. 181-205.

⁹³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. US Court of Appeals for the seventh Circuit. No. 94-1080. M.P. James P Heffernan; 14 de mayo de 2004.

⁹⁴ Un caso que puede justificar esta posición es lo resuelto por la Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Distrito de los Estados Unidos en el caso *United States vs. James P. Heffernan*. 43 F3d 1144 (7th Cir. 1994). En este caso, se inició un proceso en contra de James P. Heffernan por haber implementado un acuerdo para la venta de latas metálicas a diferentes empresas privadas que abrieron presuntos procesos de contratación. En ese sentido, la Corte Federal del Séptimo Circuito encontró que no se configuraba la conducta de Bid Rigging como quiera que los agentes afectados no habían realizado propiamente un acuerdo tendiente a afectar las ofertas sino uno encaminado a fijar precios. En ese sentido la sentencia es anulada y se ordena una nueva adecuación de la decisión a un esquema de acuerdo de precios en lugar a uno de Bid Rigging.

Unidos, en adelante “DOJ” por sus siglas en inglés, establece que el *Bid Rigging* se da generalmente en procesos de contratación pública, a saber:

“Bid rigging is the way that conspiring competitors effectively raise prices where purchasers — often federal, state, or local governments — acquire goods or services by soliciting competing bids. Essentially, competitors agree in advance who will submit the winning bid on a contract being let through the competitive bidding process. As with price fixing, it is not necessary that all bidders participate in the conspiracy.”⁹⁵

Igualmente, el DOJ, ha desarrollado que el *Bid Rigging* puede darse en cuatro modalidades especiales, estas son: primero, la supresión de ofertas, donde competidores que en un escenario de competencia presentarían ofertas, deciden no presentarlas o retirarlas con la intención de que un competidor específico quede seleccionado; segundo, la denominada oferta complementaria o cubierta, donde varios competidores acuerdan presentar ofertas cuyo precio es demasiado alto o bajo o que contienen condiciones que afectarán su aceptación. Estas ofertas tienen la intención, según el DOJ, de generar una percepción de competencia en el proceso; en tercer lugar, la rotación de ofertas, consistente en que los competidores se turnan para buscar la adjudicación en varios procesos, según el tamaño del competidores o el volumen de bienes o servicios a adquirir y; en cuarto lugar, la subcontratación, a través de la cual los agentes del acuerdo deciden no presentar ofertas y, en caso de que un miembro del acuerdo obtenga la adjudicación del proceso, serán subcontratados para obtener beneficios de la ejecución del contrato. Cabe resaltar que para

⁹⁵ Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Prices Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to look for: An Antitrust Primer. Ed. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 50 (2018).

el DOJ, los esquemas anteriores no son excluyentes y pueden ser ejecutados de manera conjunta en un caso concreto⁹⁶.

3.2 Colusión en el sistema de protección de la Competencia de la Unión Europea:

La contratación pública juega un papel fundamental a nivel global. La OMC, estima que la contratación pública representa en promedio el 10-15% de la economía⁹⁷. Por ello, en el mundo se han creado diferentes autoridades y reglamentos de la competencia para supervisar todos aquellos comportamientos que atenten contra la transparencia en los procesos de contratación pública. Algunas de estas autoridades son del orden nacional, mientras que otras traspasan las fronteras de varios países.

En el contexto de la Unión Europea, la colusión en la contratación pública es reprochada por lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante “TFUE”, sin catalogar ningún tipo de conducta específica o aplicable al sector público. En ese sentido, se reconoce que no existe una normativa comunitaria específica que regule lo relativo a la colusión en contratación pública⁹⁸. La colusión en la contratación pública se materializará dentro de las conductas prohibidas por el artículo 101 de TFUE como lo son la fijación directa o indirecta de precios, el establecimiento de cuotas de producción, la repartición de mercados, las prácticas discriminatorias en condiciones equivalentes, la subordinación de la celebración de contratos a condiciones que por su naturaleza no guarden

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Organización Mundial del Comercio. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm#:~:text=La%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20representa%20en,la%20competencia%20en%20este%20mercado (Buscar en “Organización Mundial del Comercio” La OMS y la Contratación Pública 17 de diciembre de 2020 después seleccionar el hiperlink). (17 de diciembre de 2020).

⁹⁸ En ese sentido ver EU Competition Law: *Rules Applicable to antitrust Enforcement. Volume III: Sector Specific Rules*. Julio de 2013: “A distinction should be made here between the competition rules and the rules governing public procurement, which are often confused: the Community's competition rules as laid down in the Treaty, particularly Articles 85 and 86, do not contain any specific provisions on procedures for calls for tenders in public procurement.”

relación alguna con su objeto y en general cualquier conducta o práctica concertada que pueda afectar, impedir, restringir o falsear el juego de competencia comunitario o interior.

Ahora bien, en cuanto al manejo que se les ha dado a los casos de colusión en la contratación pública en la Unión Europea, este ha sido diverso, pues se tiene que esto ha sido manejado tanto por las autoridades nacionales de cada país, como por la COMISIÓN EUROPEA. Sin embargo, cabe resaltar que al ser la contratación pública un tema que permea mayormente el contexto nacional, son más frecuentes los casos de conductas anticompetitivas investigados por las autoridades de cada país en concreto. A modo de ejemplo, en Alemania estos casos son tratados por la BUNDESKARTELLAMT o autoridad federal de carteles de la República Federal Alemana, cuyos principales sectores investigados son el sector energético, la industria del metal y la industria química; en Francia por la AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, cuyos principales sectores investigados han sido los sectores de construcción y servicios públicos; en España por la *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, cuyos principales sectores investigados son el de asistencia sanitaria, transporte marítimo y suministro de energía; y en Reino Unido por la OFFICE OF FAIR TRADING, cuyo principal sector investigado es la industria constructora⁹⁹.

Por su parte, en el caso de la COMISIÓN EUROPEA, ha sido más común el análisis de comportamientos anticompetitivos en licitaciones privadas que en contratación pública. Sin embargo, esto no es impedimento para que la Comisión revise casos que involucren procesos de contratación pública, como por ejemplo, el caso “Elevators and Escalators”¹⁰⁰, en el cual

⁹⁹ Francesco Anglani, Antitrust and Public Tenders: Is This A New Challenge? Revista Italian Antitrust Review, mayo 2017. At. 112.

¹⁰⁰ European Commission Decision. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf (Buscar en “European Commission Decision”: case COMP/E-1/38.823 – Elevators and Escalators.) (21 febrero 2007)

cuatro empresas acordaron principalmente la adjudicación de licitaciones públicas y privadas, así como de otros contratos, para la venta e instalación de ascensores y escaleras mecánicas de acuerdo con cada participación acordada previamente por la empresa en los sectores belgas de ascensores y escaleras mecánicas.

3.3 La Colusión en la contratación pública en la República Federativa de Brasil

En el contexto de la República Federativa de Brasil, la Ley 12529 de 2011, por la cual se estructura el sistema brasilero para la protección de la competencia, entre otras cuestiones, establece como crimen económico en su artículo 36, sección 1, (d), a las conductas de colusión entre competidores, particularmente en los casos de procesos de selección públicos. Estas conductas, que por expreso mandato legal son ilegales pese a la realización, o no, de su propósito, son sancionadas administrativamente por medio de la interposición de multas, así como la prohibición de participar en procesos de selección público por un tiempo determinado¹⁰¹.

3.4 La colusión en la contratación pública en Argentina y Chile

En el caso argentino, la Ley No. 27.442 de 2018 establece un nuevo régimen para la protección de la Competencia, que de acuerdo con la OCDE está más acorde con los estándares internacionales¹⁰². En lo que respecta a la colusión en la contratación pública, el artículo 2 de esta Ley implementa un régimen *Per se*¹⁰³, sancionado como *absolutamente restrictivas de la competencia*, entre otras, a las conductas que tengan por objeto o como

¹⁰¹ Consejo Administrativo para la Defensa Económica. Guía: Luchando contra los carteles en la contratación pública. Ed. CADE, 24 (2019).

¹⁰² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina. Ed. OCDE, 1 (2019).

¹⁰³ Alfonso Miranda Londoño. La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano. Ed. CEDEC, 29 (2017).

efecto establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, concursos o subasta, sancionándolas con su ineficacia de pleno derecho y varios tipos de multa según el caso¹⁰⁴. La principal diferencia es que con el régimen vigente hasta 2018, las colusiones no eran consideradas como conductas *Per se* anticompetitivas, haciéndose necesario probar el daño al interés económico general para castigar la conducta e imponer la respectiva sanción¹⁰⁵.

En Chile, el Decreto Ley No. 221 de 1973, modificado por la Ley No. 20.945 de 2016, establece el régimen de protección y defensa de la Libre Competencia en el país austral. El régimen actual consagra en el artículo 3(a.) que se sanciona, por objeto o por efecto, las conductas que *“Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren competidores entre sí, y que consistan en (...) asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación...”*. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Chile ha reconocido que la colusión constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más grave, ya que desdibuja la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas¹⁰⁶. Lo anterior, tuvo el efecto de generar un reproche más allá de lo administrativo o civil tipificándose a la colusión como delito en la República de Chile desde el año 2016.¹⁰⁷ Cabe resaltar que también se aumentaron las sanciones pecuniarias impuestas por el Tribunal

¹⁰⁴ En el caso de las multas es relevante ver el artículo 55 de la Ley No. 27442 de 2018.

¹⁰⁵ INDECOPI. Resolución No. 2017-775-APN-SECC#mp de 4 de octubre de 2017. Exp. Rad S01:0484353/2007. Presidente de la Sala; 4 de octubre de 2017. Art 1.

¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 29 de diciembre de 2010. Dictada en autos del Rol No. 1746-2010; Presidente de la Sala; 29 de diciembre de 2010.

¹⁰⁷ Julio Cifuentes y Tomás Frenck. La persecución penal de la colusión en Chile: Análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.943. Tesis de licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. (2018).

Nacional de Defensa de la Competencia y las potestades de la Fiscalía Nacional Económica¹⁰⁸.

3.5 Colusión en la contratación pública en el sistema colombiano: Algunas perspectivas doctrinarias, administrativas y penales

En el caso colombiano, es importante hacer referencia a la conducta de colusión en la contratación pública establecida por el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992, complementada por el artículo 45(1) de la misma norma. A continuación, algunos de sus elementos:

En primer lugar, la norma hace referencia a un acuerdo conforme al artículo 45 (1) del Decreto 2153 de 1992, en el entendido de ser todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada¹⁰⁹ o conscientemente paralela¹¹⁰ entre **dos o más empresas**. Sobre el particular se resalta que el legislador extraordinario¹¹¹ estableció que el acuerdo solo podrá ser celebrado entre dos o más empresas, esto es, a aquella actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios al tenor del artículo 25 del Código de Comercio. Así, por ejemplo,

¹⁰⁸ Jorge Avilés, La Nueva Ley de Libre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión. Ed. Serie Informe Legislativo, 44 (2014).

¹⁰⁹ Se ha entendido a la práctica concertada como el resultado de una coordinación entre empresas que se deriva de un acuerdo tácito que no es posible acreditar por medio de pruebas directas. Ley 15/2007 de 3 de julio de 2007. BOE, No. 159.

¹¹⁰ Sobre el particular manifestó el Consejo de Estado: “*Para que una práctica paralela sea considerada como un acuerdo anticompetitivo, es necesario demostrar que las compañías investigadas han adoptado dichos comportamientos de manera consciente, es decir, que no han adoptado sus determinaciones de manera unilateral y autónoma, sino en un ambiente de conocimiento y connivencia con sus competidores. En consonancia con lo anterior, para probar la existencia de casos de paralelismo consciente es necesario demostrar, además del paralelismo, unos factores adicionales que no son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas. Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia*”. Consejo de Estado”. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 14 de junio de 2018. Exp. Rad. 25001232400020100029101. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹¹¹ Se hace referencia a extraordinario como quiera que el Decreto 2153 de 1992 es producto del artículo transitorio 20 de la Constitución Política de 1991 que facultó al presidente para que lo proferiera.

una empresa no debe entenderse como una persona jurídica, sino que encaja también en el supuesto de un comerciante o agente económico persona natural.

En segundo lugar, se encuentra la disposición del artículo 47(9) de la misma norma, cuyo tenor literal dispone:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre Competencia: Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

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

El alcance de la norma transcrita no ha estado exento de debate. A continuación, expondremos algunas perspectivas de varios autores en cuanto al contenido de la conducta de colusión en la contratación pública.

Autores como DEISY QUINTERO, definen la colusión en el contexto colombiano, como un acuerdo entre dos o más sujetos que tenga por objeto afectar las licitaciones o concursos o por efecto alterar la distribución de adjudicaciones o contratos o la fijación de términos de las propuestas¹¹². La autora, divide los efectos del acuerdo colusivo en los términos establecidos por el Decreto, esto es, aludiendo a que los acuerdos por objeto aplican únicamente a las modalidades de selección de *licitación pública o concurso* dejando por fuera

¹¹² Deisy Galvis Quintero, La Colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, Universitas, diciembre de 2016. At. 64.

las demás modalidades de selección¹¹³ y que, en caso de configurarse alguna práctica que las afecte, esta sería reprochada por la cláusula general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959¹¹⁴. En lo que respecta a las conductas por efecto, la autora considera que hay un mayor rango de aplicación ya que el legislador no restringió su aplicación a una modalidad de selección específica, sino que se dirigió de manera general a efectos dañinos a la competencia¹¹⁵.

Por su parte autores como EMILIO JOSÉ ARCHILA y CAMILO PABÓN ALMANZA, describen la conducta del artículo 47(9) como un acuerdo en los términos del artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 que puede ser tácito o expreso. Este acuerdo puede tener la vocación de afectar entidades públicas de cualquier sector o a privados, siempre y cuando el sujeto o sujetos abran una licitación o concurso. No se requiere que se verifique el resultado anticompetitivo por tratarse de conductas por objeto o por efecto. En este punto los autores coinciden con el postulado expuesto por la autora DEISY QUINTERO en términos de la exclusión de modalidades de selección que se afectan específicamente por la prohibición de objeto y por efecto, agregando igualmente que los procesos privados se incluyen en esta prohibición. Finalmente, según los autores, la prohibición puede aplicarse igualmente a funcionarios o entidades públicas que hayan participado en el acuerdo anticompetitivo en virtud del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009¹¹⁶.

¹¹³ Esto es la selección abreviada, la contratación directa, la subasta inversa y otras.

¹¹⁴ En ese sentido la autora afirma; En nuestro parecer, esta interpretación [la interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio relativa a que las conductas por objeto aplican a cualquier modalidad de selección] resulta ajustada a la norma, ya que, desde el punto de vista del objeto, esta limita la conducta a la licitación o concurso; por lo tanto, no resulta adecuado que la Superintendencia la extienda a otras formas de selección no contempladas por ella. En todo caso, cuando quiera que un acuerdo tenga como objeto alterar ilícitamente una forma de selección distinta a las ya enunciadas, ello no quiere decir que esta conducta —reprochable— quede por fuera de la sanción del derecho de la competencia, pero en este caso se sancionaría en virtud de la prohibición general establecida tanto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 como en el artículo 46 del Decreto 2153 y no la del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Op. Cit. Pág. 157

¹¹⁵ La autora estableció en este punto; Así entonces, desde el punto de vista del efecto, se podrán sancionar aquellos acuerdos que se presenten en cualquier modalidad de selección e incluso en procesos contractuales privados. Op. Cit. Pág. 158

¹¹⁶ Emilio José Archila Peñalosa, Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Revista de Derecho y Economía, diciembre 2010. At. 7-46 (2010).

FELIPE SERRANO, por ejemplo, realiza una aproximación sobre el entendimiento de la conducta a partir de la interpretación del régimen de competencia¹¹⁷. En primer lugar, distingue que efectivamente la conducta sancionada por el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 reprocha a una conducta en la modalidad de acuerdo. El comentario del autor radica en que la definición de acuerdo propuesta por el artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 únicamente encaja en un supuesto entre dos o más empresas, lo que excluye cualquier acuerdo donde participe, por ejemplo, un funcionario público y un oferente¹¹⁸. En segundo lugar, alude a que los elementos para que se configure una colusión, siendo estos: La existencia de un acuerdo entre competidores, que el acuerdo tenga como objeto la colusión en licitaciones o concurso y/o tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos o concursos o la fijación de términos de las propuestas, resaltando que no se requiere la configuración o eficacia de la conducta desplegada para su reproche¹¹⁹.

El reconocido jurista ALFONSO MIRANDA en su texto con CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO expone que del artículo se distinguen dos escenarios: El primero, relativo a la aplicación del artículo 47(9) en términos de los supuestos descritos en la norma como: los acuerdos, tácitos o expresos, sancionados por efecto en los escenarios de distribución de adjudicaciones de contratos; la distribución de concursos y; la fijación de términos de las propuestas y los acuerdos por objeto aplicables a las licitaciones y concursos. El segundo escenario, surge tras realizar una interpretación integral y sistemática del régimen de libre competencia. Es la

¹¹⁷ Felipe Serrano Pinilla. El Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. Revista Colombiana de Derecho Internacional, agosto de 2018.

¹¹⁸ En ese sentido, el autor dispuso: “El decreto 2153 de 1992 define los “acuerdos” contrarios a la libre competencia como “todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (negritas fuera del texto original). Esto quiere decir que la norma que prohíbe la colusión en licitaciones sanciona únicamente los acuerdos de no competencia realizados entre empresas, y no los acuerdos entre funcionarios públicos y empresas privadas para determinar el destino de una licitación.”

¹¹⁹ Felipe Serrano Pinilla. El Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. Revista Colombiana de Derecho Internacional, agosto de 2018.

aplicación eventual de lo dispuesto en la cláusula general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 en los casos de conductas que afecten la contratación pública que no constituyan un acuerdo entre dos o más empresas o agentes del mercado, poniendo como ejemplo las situaciones de control empresarial o aquellas donde participan una empresa y funcionarios públicos. Igualmente, los autores se refieren a las sanciones aplicables a las personas naturales conforme al artículo 4(16) del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009¹²⁰.

CAMILO OSSA BOCANEGRA, docente de la Universidad Externado de Colombia, describe a la colusión como una conducta contraria a la libre competencia económica que atenta contra la contratación pública desde dos puntos de vista. El primero, hace referencia a los efectos en el mercado propiamente dicho; y el segundo, frente al los bienes jurídicamente tutelados que puede llegar a afectar la conducta, que según el autor, son la Administración Pública, el Derecho Colectivo a la libre competencia y los derechos de los consumidores¹²¹. En cuanto al mercado, el autor se refiere al concepto mismo de colusión, entendido por la Real Academia de la Lengua como “*Pacto ilícito en daño a terceros*”, el cual se ejecuta en términos del artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 y tiene como fin último alterar las condiciones del mercado, toda vez, que en el caso de la contratación pública no se compete en el mercado sino *por el mercado*¹²². Se configura entonces una ausencia de rivalidad dentro del mercado creado por la entidad pública contratante cuando dos empresas acuerdan alterar las condiciones de competencia *por el mercado*, generando, a concepto del autor, los efectos

¹²⁰ Alfonso Miranda Londoño & Carolina Deik Acostamadiedo, 72 La Colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 16 (2018).

¹²¹ Carlos Ernesto Ossa Bocanegra. *Tratamiento de la Colusión en la Contratación Pública: Una visión del Caso Colombiano*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. Vol. 42. (2014). At. 223-263.

¹²² El autor considera que las entidades públicas, como ordenadores del gasto, configuran un mercado particular y específico al momento de implementar un proceso de contratación para la prestación de bienes, servicios, infraestructura, etc. Op. Cit. Pág. 238.

de una conducta monopolística¹²³ y en últimas afectando al consumidor único en la contratación pública: El Estado.

Frente al segundo punto, relativo a los Bienes Jurídicamente Tutelados que se ven afectados por la conducta anticompetitiva de la colusión, dado sus efectos económicos, se han implementado varios regímenes que pretenden sancionar a aquellas personas, naturales o jurídicas que practiquen, por objeto o efecto, conductas colusivas en procesos de selección públicos. Sobre el particular, el autor pone de presente estos regímenes: el administrativo¹²⁴ y penal¹²⁵, sin perjuicio de las sanciones civiles, fiscales o disciplinarias a que haya lugar. Finalmente, y como otros autores desarrollados en este texto, OSSA BOCANEGRA estima que las sanciones Administrativas en cabeza de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en virtud del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 se limita a empresas, mientras que el régimen penal, al no calificar un sujeto activo específico permite sanciones eventuales en contra de otros agentes como lo son los funcionarios públicos. Sobre el régimen penal hablaremos más adelante.

Una posición contraria a las de varios de los autores citados es la expuesta por MARÍA CATALINA GASTELBONDO y FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ¹²⁶. Los autores se refieren a la interpretación finalista de lo descrito en el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 aludiendo a que no debe considerarse que esta prohibición, por ejemplo, no sea aplicable a modalidades de contratación como la selección abreviada, el concurso de méritos o la contratación directa

¹²³ Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Tratamiento de la Colusión en la Contratación Pública: una visión del caso colombiano. Revista de Derecho Universidad del Norte, enero 2014. At. 233.

¹²⁴ Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. D.O. No. 40.704.

¹²⁵ Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. Art. 27. 12 julio de 2011.D.O. 48.128.

¹²⁶ María Catalina Gastelbondo & Francisco Melo Rodríguez. *La Colusión; Entre las fórmulas verbales y la realidad Dinámica*. Capítulo 6 en Competencia Económica: Reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009. Ed. Aura García. Ana Pérez Herrán e Ismael Beltrán. Universidad Externado de Colombia. (2019). At. 141 a 181.

en cuanto a las conductas por objeto¹²⁷. Para GASTELBONDO y MELO, esto carece de sentido si se tiene en cuenta el valor constitucional de la libre competencia y su trascendencia para el adecuado funcionamiento de la contratación estatal, siendo la prohibición del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 una herramienta esencial para garantizar la dinámica competitiva. Los autores igualmente exponen que la interpretación de otros doctrinantes¹²⁸ carecen de sentido si se tiene en cuenta la razón por la cual el legislador estableció la conducta de colusión en la contratación pública en primer lugar, con las dos modalidades de contratación descritas, esto es, la licitación pública y el concurso. La razón se explica en que para 1992, la norma de contratación vigente era el Decreto 222 de 1992, Estatuto de Contratación Pública que solo preveía esas modalidades y, que con la llegada de la Ley 1150 de 2007, se introdujo nuevas modalidades como la selección abreviada, la contratación directa y se abolió el concurso en los términos del Decreto 222 de 1992. Los propósitos de la norma eran proteger la contratación pública en general, no únicamente dos modalidades específicas, mencionan los autores. Conforme a lo anterior, y realizando una interpretación *funcional* de la norma y su propósito, los autores proponen la definición de colusión como:

“(...) un acuerdo que, independientemente de la forma en que se constituya, es celebrado entre personas que tienen el deber de competir en caso de que concurran en un proceso de contratación pública. Ese acuerdo, está orientado a suprimir la rivalidad entre sus integrantes de tal manera que resulte idóneo para reducir las presiones competitivas en el contexto del proceso de contratación pública sobre el cual verse, esto es, para incrementar la probabilidad

¹²⁷ Esto, atendiendo a que las normas no las describe como elementos normativos dentro de la conducta.

¹²⁸ Efectivamente Gastelbondo y Merlo Rodríguez se refieren a la interpretación de los autores Miranda y Deik, Quintero y Archila y Pabón.

de victoria de alguna de las personas participantes en el acuerdo o para alterar cualquiera de las condiciones de competencia del procesos en beneficio de los colusores.”¹²⁹

La Autoridad Nacional de Competencia¹³⁰, esto es, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, ha proferido un número considerable de resoluciones relativas a casos de colusión en contratación pública, tanto en la etapa de investigación, la cual está en cabeza de la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA, como en la decisión, realizada por el SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Frente al contenido y alcance de la conducta, la Resolución No. 9672 de 2003 y las Resoluciones No. 24227 y 16048 de 2004 proferidas por el SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO establecieron varios elementos importantes de la conducta de colusión, a saber:

En primer lugar se trata de un acuerdo conforme a lo descrito en el artículo 45(1) en donde existe bilateralidad¹³¹, una expresión de voluntariedad o consenso entre las partes, sin perjuicio de su naturaleza o formalización. En segundo lugar, se encuentra propiamente el acto de coludir, donde la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, la define como la acción o efecto de coludir, en términos de toda maniobra fraudulenta de pactar en contra de un tercero o una de las partes¹³². La entidad resalta que la conducta debe tener carácter de cartel, esto es en palabras de la Superintendencia, “(...) *que consta en alguna suerte de convenio entre varias empresas para evitar la competencia.*”¹³³

¹²⁹ Óp. Cít. Gastelbondo y Melo, Pág. 155.

¹³⁰ Emilio José Archila Peñalosa, Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. Revista de Derecho y Economía, diciembre 2010. At. 6 (2010).

¹³¹ Resolución 24227 de 2004 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se cierra una investigación. 28 de septiembre de 2004.

¹³² *Ibidem.*

¹³³ *Ibidem.*

En este punto vale la pena traer a colación un comentario realizado por los autores CATALINA GASTELBONDO y FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ sobre la utilización del concepto de colusión adoptado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia de 26 de enero de 1995, y que ha sido replicado, tanto por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, como varios doctrinantes para definir la colusión en la contratación pública. La definición en disputa es la siguiente:

“Las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”¹³⁴

GASTELBONDO y MELO consideran que la definición de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y adoptada, tanto por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO como por varios autores, no es aplicable al derecho de la competencia dado el contexto donde se profirió. En efecto, la definición de la sentencia surge a partir de la causal de la acción extraordinaria de revisión del artículo 380(6) del Código de Procedimiento Civil, aplicada al caso analizado por el alto tribunal en virtud de un proceso de pertenencia¹³⁵. En ese sentido y pese a que el legislador nominó tanto a la causal como a la conducta anticompetitiva bajo el término de colusión, ambas contienen elementos diferentes e incompatibles con los regímenes en donde aplican¹³⁶. Por lo anterior, los autores consideran que no es aplicable la definición de la

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de enero de 1995. Exp. Rad. 3348. M.P. Nicolás Bechara Simancas; 26 de enero de 1995.

¹³⁵ Óp. Cit. Pág. Gastelbondo y Melo, pág. 150.

¹³⁶ Los autores dicen lo siguiente: *Al respecto, la causal de procedencia del recurso de revisión y la modalidad de acuerdo anticompetitivo que nos interesa se parecen en el nombre que el legislador les atribuyó. (...) Lo que el interprete omitió fu que el recurso de revisión está condicionado a la acreditación de dos aspectos que resultan completamente contrarios a los principios sobre los cuales está estructurado el régimen de protección de la libre competencia económica: la intención de causar un daño a un tercero y la existencia efectiva de dicho perjuicio. Como se sabe, en el ámbito del derecho de la competencia la intención del agente activo o la efectiva causación de un efecto no son factores que condicionan la configuración de las conductas prohibidas.”* Óp. Cit. Gastelbondo y Meo, pág. 151.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA y por esto proponen una nueva definición de colusión en los términos anteriormente expuestos en este documento.

En tercer lugar, la entidad diferencia dos supuestos en la norma según su interpretación del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992. Por la misma línea de los autores MIRANDA y DEIK ACOSTAMADIEDO o QUINTERO, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO considera que la norma del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 tiene dos supuestos excluyentes: El primero, un acuerdo que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos y otro, sobre los acuerdos que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, concursos o fijación de términos de las propuestas.

Sobre el primer supuesto, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO define al objeto como la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que sea necesario un resultado. Posteriormente se refiere a las formas comunes de licitación colusoria siendo la primera el establecimiento previo de propuestas bajo unas condiciones definidas y buscando establecer un mismo precio y, la segunda, frente a un eventual consenso sobre el licitante que presentará la propuesta con un menor valor, turnándose de manera que cada competidor coludido gane cierta cantidad de contratos por un valor acordado en apariencia de franca competición¹³⁷. En el segundo supuesto, relativo a las conductas por efecto, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se refiere al efecto como el resultado que se ocasiona sobre el mercado como consecuencia directa de la realización de una conducta, con independencia de si el agente buscó el resultado específico. De esta forma, según el despacho,

¹³⁷ Óp. Cít. Pág. 9

la distribución de adjudicaciones de contratos o concursos o la fijación de los términos de las propuestas deviene de la ilicitud de la conducta cuando es consecuencia de un acuerdo¹³⁸.

Posteriormente, la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en la Resolución No. 44008 de 2010 adiciona a la interpretación del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992, la importancia que tiene la contratación pública en un esquema democrático. En efecto, al formular pliego de cargos en contra de las empresas Constructoras M.P. S.A. y M.L Ingenieros S.A.¹³⁹, el despacho expone como una conducta realizada en el marco de procesos de contratación tiene un mayor rango de irreprochabilidad frente a las conductas anticompetitivas en el sector privado, al afectar no solo el uso eficiente de recursos públicos, sino también el cumplimiento de las finalidades estatales.

Por medio de la Resolución No. 64400 de 2011, el SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO, al declarar responsables a las empresas constructoras M.P. S.A. y M.L Ingenieros S.A. encuentra que se configura la conducta descrita en el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992, por medio de un intercambio de información sensible y presentación de ofertas y documentos similares. Esta resolución resulta interesante ya que el despacho implementa algunas definiciones y modalidades adoptadas por autoridades extranjeras como la FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA de la República de Chile o la OCDE frente a las diferentes manifestaciones de acuerdos colusorios como los intercambios de información sensible, la

¹³⁸ Óp. Cit. Pág. 11.

¹³⁹ En este escenario, para la Delegatura para la Protección de la Competencia se configuró un posible acuerdo anticompetitivo dentro de un proceso de licitación IPG 2007-196076 cuyo objeto consistía en la reconstrucción, pavimentación y reparación de Vías del Programa de Infraestructura y Desarrollo Regional Plan 2500, Grupo A-1 puerto López- Puerto Gaitán, Grupo B – Fuente de Oro- San José del Guaviare, Grupo C- Turbó-Necoclí por parte del FONADE.

no presentación de posturas por uno o más oferentes, el retiro de posturas ya presentadas, y, la presentación de ofertas destinadas al fracaso o la subcontratación¹⁴⁰.

Con la implementación de la Ley 1150 de 2007, la cual traía nuevas modalidades de contratación pública fuera de la licitación o concursos, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO empezó a dar un nuevo alcance a la conducta descrita en el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992, aceptando que la conducta y prohibición de colusión podía ser aplicada a todas las modalidades de contratación pública. Un ejemplo de esto es la Resolución No. 53914, donde el despacho del SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO expone un esquema mucho más profundo de análisis en lo que versa sobre colusiones, y determina que la conducta aplica en cualquier tipo de proceso de selección pública. Cabe resaltar que la tesis fue confirmada en resoluciones sancionatorias posteriores como lo es la Resolución No. 39758 de 2017¹⁴¹, la Resolución No. 85898 de 2018¹⁴² y la Resolución No. 1728 de 2019¹⁴³ entre muchas otras.

Frente a la posibilidad de imputar la conducta del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 a funcionarios públicos, la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha acogido diferentes posturas en cuanto a limitar el alcance de la definición de acuerdos del artículo 45(1) a empresas o agentes económicos¹⁴⁴ y que en el caso de los funcionarios públicos que participan en el acuerdo se

¹⁴⁰ Resolución 64400 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 16 de noviembre de 2011.

¹⁴¹ En ese caso por ejemplo se sancionó a la Fundación para el Desarrollo Solidario y a la Fundación Multiactiva Emprendimiento por coludir el proceso de selección SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la Alcaldía de Cartagena.

¹⁴² La Superintendencia de Industria y Comercio sanciona a varias empresas y agentes del mercado por incurrir en un acuerdo anticompetitivo en el proceso de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por la Asociación Aeropuerto del Café.

¹⁴³ Sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de Ajustec Ingeniería Ltda, Nelson Ernesto Peña Rodríguez, Martín Alejandro Restrepo y Hernando Lancheros Ibáñez por haber incurrido en un acuerdo colusorio dentro del proceso de selección MCP 005-2014 adelantado por el FONADE.

¹⁴⁴ La Superintendencia de industria y Comercio ha imputado la conducta del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 a personas naturales bajo el título de agentes económicos cuando la persona natural realiza una actividad económica. Ver como ejemplo la Resolución de

debe considerar, por ejemplo, el imputar la prohibición descrita en el artículo 4(16) del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que versa sobre la sanción de cualquier persona que facilite, colabore, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias sobre protección de la libre competencia, o bien, según el alcance del comportamiento del funcionario público en el acuerdo, la imputación principal del artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992. Un posible ejemplo de esto es lo presuntamente imputado en la Resolución de Apertura No. 76936 de 2019, en donde varios funcionarios públicos de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique, presuntamente habrían participado en un acuerdo anticompetitivo con varias empresas y agentes económicos para afectar sendos procesos de contratación para la adecuación del Canal del Dique en el Departamento de Bolívar¹⁴⁵.

De otro lado, es preciso señalar que, si bien el artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 establece que los acuerdos pueden celebrarse entre dos o más empresas, la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO imputó a un funcionario público la conducta descrita en el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992. En el caso de la apertura realizada por medio de la Resolución No. 67837 de 2018, dentro del proceso “Ruta del Sol-Odebrecht”, esta entidad formuló dicho comportamiento, entre otros, a Gabriel García Morales, quien para la fecha de los hechos era Viceministro de Transporte y Gerente encargado del entonces Instituto Nacional de Concesiones, hoy Agencia Nacional de Infraestructura. Lo anterior porque, si bien el

apertura No. 46587 de 2018 en la investigación adelantada contra varias empresas y personas naturales por haber presuntamente realizado un acuerdo anticompetitivo en el marco del Programa de Refrigerios Escolares de Bogotá D.C., PREB.

¹⁴⁵ Este caso resulta particularmente interesante como quiera que la Delegatura para la Protección de la Competencia encontró material probatorio que determinaba la complicidad de los funcionarios en el acuerdo anticompetitivo desde la etapa de planeación de los procesos de contratación a adelantar hasta su posterior ejecución.

despacho reconoce que el funcionario no es agente de mercado, su actuación parece haber sido determinante para la realización del acuerdo en lo que respecta a la colusión dentro del proceso de selección del contratista para la ruta del sol, esto, atendiendo a la relación que este mantenía con competidores y otros agentes vinculados al trámite, lo cual podría haber permitido, según ese despacho, la realización del acuerdo. Esto es importante porque amplía el alcance de la imputación que puede llegar a realizar la Delegatura, atendiendo a que no se limita al concepto de agente de mercado como partícipe de un acuerdo, hecho que, se reitera, va en contra de la interpretación doctrinaria donde solo agentes de mercado pueden ser imputados por conductas de acuerdo¹⁴⁶.

De acuerdo con lo anterior, en el criterio de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, el papel de Gabriel Ignacio García Morales, como director del INCO, pudo haber sido tan determinante que se podría evidenciar su calidad dentro del acuerdo, en la medida en que sus actuaciones sobrepasaron la mera gestión del proceso de selección, y se encontraron indicios de que este presuntamente habría jugado un rol tan activo y decisivo en la adjudicación y posteriores desembolsos, que incidió de forma estructural en el resultado del proceso. De esta manera, sin su participación, el resultado podría haber sido completamente diferente. Esto deja abierto el debate en cuanto a la posibilidad de que un funcionario público sea considerado como agente del mercado integrante de un acuerdo

¹⁴⁶ Manifiesta sobre el particular la Delegatura: “De otra parte, se imputará a **GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES** (entonces Viceministro de Transporte y Gerente General encargado del **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO-**) que, en consideración a lo expuesto en este capítulo, habría incurrido en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Teniendo en cuenta que, si bien no es un agente del mercado, es una persona que en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 habría afectado el desarrollo del mercado, la imputación se formulará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.”

anticompetitivo, y si esto es susceptible de ser juzgado como una modalidad atípica y excepcional de la colusión.

En suma, existen varias interpretaciones respecto al alcance de la práctica restrictiva de la libre competencia descrita en el artículo 47(9) del Decreto 2152 de 1992 relativa a la colusión en la contratación pública, que van desde la definición misma del término de colusión, hasta sobre los sujetos sancionables administrativamente por su adecuación en un caso concreto.

Otro punto interesante para analizar el alcance del concepto de colusión en la contratación pública son la doctrina y decisiones judiciales en materia penal. A continuación, expondremos algunos referentes. Al igual que otras legislaciones como la chilena¹⁴⁷, la mexicana¹⁴⁸ o peruana¹⁴⁹ sin mencionar otros países, Colombia ha decidido sancionar penalmente la conducta restrictiva de la competencia de colusión en la contratación pública. Desde 2011, con la Ley 1474, conocida como el Estatuto Anticorrupción, se tipificó en la ley penal el delito de Prácticas Restrictivas de la Competencia, con lo cual se sancionan penalmente las conductas anticompetitivas desplegadas en el marco de procesos de contratación pública¹⁵⁰, cuyo tenor literal dispone:

“Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. Artículo adicionado por el artículo 27 de la ley 1474 de 2011. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección

¹⁴⁷ Osvaldo Artaza; Matías Belmonte & Germán Acevedo. El Delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo. Revista Ius et Praxis, agosto de 2018. At. 549.

¹⁴⁸ En el caso Mexicano la Ley Federal de Competencia Económica de mayo de 2014 establece en su artículo 53 (IV) la conducta de prácticas monopolísticas absolutas de acuerdos consistentes en establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas las cuales serán sancionadas con multas según la gravedad de la infracción por parte de la Comisión Federal de Competencia Económica. Igualmente, el Código Penal Federal en sus artículos 254 BIS y siguientes a la misma prohibición de la Ley Federal de Competencia, sancionando la conducta con prisión de cinco a diez años.

¹⁴⁹ Por su parte el artículo 384 del Código Penal Peruano, Decreto Legislativo 635, consagra al delito de colusión con un sujeto activo calificado, esto es, el funcionario público que participe en el esquema anticompetitivo. Ver en ese sentido <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/el-delito-de-colusion-una-de-las-modalidades-corruptas-mas-lesivas-contra-el-estado/>

¹⁵⁰ Proyecto de Ley 174 de 2010 Cámara y 142 de 2010 Senado. 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. Gaceta del Congreso No. 607 de 14 de diciembre 2010.

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.”

Varios autores han analizado el contenido de la colusión desde la perspectiva penal, haciendo una salvedad: Pueden darse escenarios donde la conducta anticompetitiva en un proceso de contratación pública puede tener implicaciones penales en varios tipos de conductas tipificadas, particularmente, aquellas relativas a los delitos en contra de la administración pública. En este sentido, el operador jurídico debe analizar, conforme a la especialidad, subsidiariedad o consunción de la conducta punible, y si esta afecta o no otros bienes jurídicos fuera del de la contratación o la administración públicas, todo, en el marco de evitar una aplicación indebida o vulneración al principio del *non bis in idem*¹⁵¹.

MARCO ANTONIO JIMÉNEZ SÁNCHEZ, establece en su libro el Delito de colusión en la Contratación Estatal, los elementos esenciales de la conducta¹⁵². En efecto, el autor menciona, por ejemplo, se encuentra el caso de los sujetos de la conducta donde, en el caso colombiano, a diferencia de varios regímenes como el peruano, se encuentra un sujeto activo

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 27383 de 25 de julio de 2007. Exp. Rad. 27383. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 25 de julio de 2007.

¹⁵² Marco Antonio Jiménez Sánchez. El Delito de Colusión en la Contratación Estatal. Ed. Leyer. 10 (2019).

indeterminado y no determinado por el ejercicio de una función pública, como sí sucede en el Perú. Hecho que pudiese responder, como se expuso, a la problemática del alcance de la definición de acuerdo del artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992, donde no se limita a empresas o agentes económicos, sino que la categoría incluye, por ejemplo, a los funcionarios públicos que participen en el acuerdo colusorio¹⁵³. Sin embargo, JIMÉNEZ SÁNCHEZ reconoce que existe dificultad en la imputación del delito de colusión a servidores públicos, ya que la conducta puede enmarcarse en otros tipos penales como el interés indebido en la celebración de contratos, el contrato sin cumplimiento de requisitos legales o el cohecho propio y que solo tendría un efecto más práctico en el marco de conductas donde el sujeto activo sea un particular. Igualmente, aduce que en el caso del cohecho propio podría darse un eventual concurso de conductas punibles cuya consecuencia sería la imposición de una sola sanción en virtud del principio del *non bis in ídem*¹⁵⁴. Otro ejemplo es el caso de un eventual concurso entre el delito del 410^a y el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. En este caso habría una dificultad respecto al derecho de la competencia ya que, según el autor, puede darse un proceso de contratación viciado por una conducta colusoria pero que cumpla cabalmente con los requisitos impuestos por la Ley.

En cuanto al sujeto pasivo y víctima de la conducta, el autor expone los siguientes puntos. Frente al sujeto pasivo, quien es el titular del Bien Jurídicamente Tutelado, JIMÉNEZ SÁNCHEZ estima que es el Estado, por ser titular del Bien Jurídico de la contratación pública. No obstante, y como reconoce el mismo en su texto, también puede generarse una afectación al

¹⁵³ En el caso de los funcionarios públicos el autor reconoce que se puede dar un caso donde en el acuerdo anticompetitivo participe un Funcionario Público con poder decisorio en los procesos de contratación. No necesariamente se trata del representante de la entidad, puede ser el servidor o funcionario que pueda decidir sobre aspectos del proceso de contratación,

¹⁵⁴ Óp. Cit. Pág. 169.

bien jurídico de la libre competencia económica, hecho que no solo constituiría al Estado como sujeto pasivo, sino también a aquellos competidores afectados por la conducta, como quiera que su derecho a competir y concurrir libre y legalmente en el proceso de selección se vería en igual sentido menoscabado. Ahora bien, se debe hacer una precisión: La jurisprudencia, que ha decantado en múltiples ocasiones lo relativo al bien jurídico de la libre competencia económica, se ha referido a que el constituyente le otorgó un carácter de derecho colectivo¹⁵⁵. Sin embargo, la doctrina en materia de libre competencia ha definido que, en los casos de procesos de selección pública, no se genera una pugna dentro del mercado sino *por el mercado*, es decir, con la vocación de ser monopolista, dado que el proceso de selección genera un mercado en si mismo, el cual se extingue con su adjudicación y posterior liquidación¹⁵⁶. Así, consideramos que es prudente la apreciación del autor donde los sujetos competidores como sujeto pasivo de la conducta se circunscribirían a aquellos que buscaron participar en el proceso, ya sea presentado ofertas o manifestaciones de interés, constituyéndose en ellos el derecho individual a la libre competencia. En lo que respecta a la calidad de víctima, entendida como la persona, natural o jurídica que padece un daño como consecuencia de un injusto¹⁵⁷, esta también puede constituirse en cabeza del Estado y de los competidores. Se materializa en cabeza del Estado, por sufrir, por ejemplo, de una aplicación ineficiente de sus recursos, al no seleccionar de manera objetiva al oferente que mejor oferta

¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 00593, C.P. Hernán Andrade Rincón; 22 de noviembre de 2015.

¹⁵⁶ Sobre la competencia por el mercado manifiesta Felipe Serrano “*Las licitaciones permiten eliminar este inconveniente al generar competencia por el mercado, es decir, por ser el monopolista, l de tal forma que la empresa más eficiente y la que otorgue los mejores términos, se convertirá en el único proveedor del bien o servicio.*” Ver. Op. Cit. Pág. 150. Adicionalmente ver OCDE. *Policy Brief, Competition Policy and Concessions*.

¹⁵⁷ El artículo 132 de la ley 906 de 2004 define a las víctimas como “*Art. 132. Víctimas. Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño (directo) como consecuencia del injusto*”

económica, calidad o técnica presentara dentro del proceso¹⁵⁸. En el caso de los oferentes, el carácter de víctima se manifiesta cuando estos pierden la expectativa legítima de ser adjudicados, esto, con la dificultad que representaría probar el daño efectivamente causado tal y como ha exigido la jurisprudencia al momento de que un sujeto se acredite como víctima¹⁵⁹.

En cuanto al objeto material¹⁶⁰, JIMÉNEZ SÁNCHEZ lo entiende como fenomenológico por recaer sobre el proceso de selección pública que adelanta la administración. Un aspecto de especial interés es cómo el autor citado considera que, en lugar de la contratación pública propiamente dicha, el bien jurídicamente tutelado por el delito de colusión no es otro que el de la libre competencia económica como mecanismo de generación de eficiencias para el Estado en la adquisición de bienes, productos o servicios.

En cuanto al verbo rector, el artículo 410^a lo define como el verbo concertar, donde uno o varios sujetos activos pactan o acuerdan con otro la exclusión en la pugna legítima entre los oferentes para hacerse beneficiarios del resultado del proceso de contratación, dejando a un lado las presiones competitivas. Es una conducta activa que conlleva una división de actividades, como modificar ofertas, arreglar precios o inclusive, puede llegar a ser una conducta de abstención donde un oferente se acuerda no presentar una oferta o manifestación de interés¹⁶¹. En cuanto a los elementos normativos¹⁶² de la conducta del artículo 410^a, el

¹⁵⁸ En múltiples pronunciamientos la Superintendencia de Industria y Comercio ha reconocido que uno de los efectos de la conducta anticompetitiva en los procesos de selección pública es la afectación al uso eficiente de los recursos por parte del estado al incumplir el deber de selección objetiva. En este sentido, el estado no estaría maximizando los recursos a su cargo y satisfaciendo las necesidades públicas o funciones impuestas a su cargo al tenor del interés general.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio de 6 de julio de 2011. Exp. Rad. 36513; 6 de julio de 2011.

¹⁶⁰ El autor entiende al objeto material como el objeto sobre el cual recae la conducta y sobre el que se genera un des quebramiento. Los distingue en objeto persona, real y fenomenológico

¹⁶¹ Op. Cit. Pág. 221.

¹⁶² El autor los entiende como los conceptos jurídicos apreciables a través de preceptos legales, cuyas características se individualizan de otras conductas sociales determinadas.

autor hace especial referencia a las modalidades de contratación pública, donde no todas las existentes fueron adecuadas en el tipo penal. Refiriéndose este únicamente a la licitación y la subasta pública, la selección abreviada y el concurso. El autor critica que existe un vicio en la descripción de los elementos normativos por no contemplar la totalidad de modalidades de selección vigentes en Colombia (v.gr. la mínima cuantía o la contratación directa) y que, en el caso de los concursos, esta modalidad fue derogada por la Ley 1150 de 2007, lo que deja un vacío que puede atentar contra a estricta legalidad y tipicidad aplicable a las normas penales¹⁶³.

Finalmente, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, alude al carácter meramente doloso de la conducta. En este sentido, los agentes que incurren en el comportamiento anticompetitivo conocen o tienen conciencia de los elementos objetivos del tipo (elemento de conciencia) y tiene una voluntad de materializarlos al realizar un acuerdo tendiente a afectar el proceso de selección (elemento volitivo)¹⁶⁴.

En cuanto a la posibilidad de tentativa, el autor la considera plausible dado el alcance de la expresión del verbo rector de concertar, donde se sanciona el mero hecho de llegar a un acuerdo encaminado a alterar el proceso de selección contractual, sin necesidad de un resultado¹⁶⁵.

Los autores FABIO HUMAR y SANTIAGO FRANCO NAJAR, por su parte, exponen como antes del artículo 410^a no existía ninguna norma en materia penal que castigara alguna práctica

¹⁶³ El autor supone que en caso de darse un proceso de selección por mínima cuantía que se vea afectado por un acuerdo colusorio este no podría ser sancionado penalmente como quiera que la descripción normativa no incluye la modalidad en su descripción típica.

¹⁶⁴ Juan Carlos Ferre Olivé et al. Derecho Penal Colombiano: Parte General. Ed. Ibáñez, 5 (2010).

¹⁶⁵ Óp. Cit. Pág. 248.

restrictiva de la competencia¹⁶⁶. Los autores describen el Delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia desde la formulación de acusación realizada, en contra de Jorge Arturo Moreno Ojeda, el 10 de marzo de 2017 ante el Juzgado 56 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., en concurso con el delito de fraude procesal. La acusación, según los autores, se fundamentó en una serie de conductas adelantadas en varios procesos de selección adelantados por CORPOCHIVOR, el IDR, Coldeportes, la Secretaría Distrital de Integración Social y las Empresas Municipales de Cali, en los que el acusado fungía como controlante de hecho de varias empresas de vigilancia y seguridad que actuaron como oferentes presuntamente independientes dentro de dicho proceso. La configuración de la conducta del artículo 410^a recae en la apariencia de competencia de dichos oferentes, pese a estar bajo un mismo control competitivo, constituyéndose como mayoría dentro del proceso de selección. Con esta conducta, aluden los autores, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN concluye que se redujeron las posibilidades de adjudicación de los competidores no controlados por el sujeto acusado. Desde la perspectiva de la antijuridicidad material, entendida como el tipo de afectación o lesividad¹⁶⁷ que exige la norma respecto del Bien Jurídico Tutelado para la configuración del injusto, se debe aclarar que los autores estiman que el delito del artículo 410^a es de peligro, conforme a la descripción de la conducta que no exige un resultado específico de la concertación ilícita¹⁶⁸. Ahora bien, esta perspectiva de una

¹⁶⁶ Fabio Humar y Santiago Franco. Primera formulación de acusación por el Delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia En Colombia. Revista Derecho Competencia, diciembre de 2017. At. 117-193.

¹⁶⁷ “El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger. Este principio, propio del derecho penal ilustrado, no solo está íntimamente ligado a otros de la misma índole (como los de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria), sino que también le otorga un sentido crítico a la teoría del bien jurídico, e incluso habilita en el derecho penal la misión de amparo exclusivo de los mismos.” Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Exp. Rad. 31362.

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14190-2016. Exp. Rad. 40089. M.P. José Francisco Acuña Viscaya; 8 de febrero de 2016.

conducta de peligro va de acuerdo con el concepto de conductas por objeto dentro del derecho de la competencia, el cual reprocha todo comportamiento anticompetitivo, como es el caso de un acuerdo, sin perjuicio de que este genere efectos dentro del mercado¹⁶⁹. Sobre el caso particular de la colusión por objeto en procesos de selección pública, manifiesta la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO:

“La colusión por objeto no se configura, como lo pretenden hacer ver los investigados, a partir de la afectación real causada a la competencia dentro del proceso de selección -lo cual implica una colusión por efecto y no por objeto-, sino que se establece con base en la capacidad abstracta de daño que el actuar de los investigados pudo llegar a causar a la competencia. En otras palabras, no es relevante a la hora de determinar la comisión de una colusión por objeto que los investigados hubiesen sido excluidos del proceso competitivo, sino la capacidad que tenía el hecho de que participaran conjuntamente en el proceso de selección frente a competidores independientes que pretendían la adjudicación del mismo contrato, pero bajo un escenario competitivo.”¹⁷⁰

Retomando el tema de la antijuridicidad material en el caso del comportamiento de Jorge Arturo Moreno, los autores de la monografía consideramos que si existió una lesión efectiva al Bien Jurídicamente Tutelado de la libre competencia y la contratación pública, como quiera que los oferentes, al estar sujetos a un mismo control competitivo donde su voluntad respondía a un mismo interés económico, nunca estuvieron en condiciones de competencia, y por el contrario, ejercían su participación dentro de los procesos de selección investigado buscando favorecer a su controlante. No obstante, nuestro reproche sobre el análisis del caso realizado por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, está en la forma de adecuar el

¹⁶⁹ Resolución 91235 de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 24 de noviembre de 2015.

¹⁷⁰ Ibidem.

comportamiento en la descripción típica del artículo 410^a. A manera de comentario de los autores de la tesis, la imputación y posterior acusación propuesta en contra del señor Jorge Arturo Moreno es errada, y demuestra una de las falencias del tipo penal del artículo 410^a. En efecto, y como se mencionó con anterioridad, las empresas competidoras en los procesos de selección investigados estaban bajo el control del señor Jorge Arturo Moreno Ojeda, tal y como determinó la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO dentro del proceso administrativo sancionador No. 11-71590, sancionado por medio de la Resolución No. 19890 de 2017. En este sentido, consideramos que no se puede hablar propiamente de un acuerdo ya que no existe una manifestación de voluntades entre dos agentes económicos como quiera que los miembros de la conducta anticompetitiva estaban sometidos a un mismo control. Por esto, es que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO sancionó a los investigados con base en el contenido de la Ley 155 de 1959, entendida como la cláusula general, y no por el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992¹⁷¹.

Esta conclusión resulta relevante para efectos de la imputación, si se tiene en cuenta el verbo rector de concertación para alterar ilícitamente el proceso contractual. Así, en iguales términos de lo concluido por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, no puede haber concertación entre dos empresas que se encuentran sometidas a una misma voluntad o control competitivo.

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en varias de sus publicaciones relativas a combatir la corrupción en la contratación pública, se ha referido al delito de colusión. El ente acusador,

¹⁷¹ Sobre el particular manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio “Se acreditó que, a través de este grupo, que funcionaba bajo el mismo control y dirección de JORGE ARTURO MORENO OJEDA, se coordinaba la participación de todas las empresas investigadas en los procesos de contratación pública que tenían como objeto la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada. De hecho, se decidía cuales de las empresas que pertenencia al grupo participarían, qué observaciones se formularían, cuáles serían las propuestas u ofertas, cómo subsanarían el cumplimiento de determinados requisitos, entre otros aspectos (...)” Resolución No. 19890 de 2017. Pág. 68.

ha establecido que la conducta descrita en el Artículo 410^a afecta las modalidades de contratación y sus respectivos criterios de selección objetiva, por medio de acuerdos entre oferentes e inclusive entre oferentes y funcionarios públicos¹⁷². Cabe resaltar que el ente acusador considera que puede configurarse el delito junto otras conductas punibles, como la celebración indebida de contratos, el interés indebido en la celebración de contratos y el peculado por apropiación. Entre las principales variedades descritas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, se encuentran la colusión para la modificación de procesos de selección, donde se busca una selección de la modalidad de escogencia; la colusión entre el o los oferentes y servidores públicos, que es un acuerdo donde se busca que el servidor intervenga a favor del contratista para la adjudicación del contrato o el cohecho, a través, por ejemplo, del intercambio de información, la incidencia en la selección o el direccionamiento del proceso a favor del contratista y; la colusión entre oferentes, a través de posturas encubiertas, rotación o supresión de ofertas o asignación de mercados.

Sobre lo anteriormente expuesto se debe hacer una precisión. La relación entre la adecuación de un comportamiento como reprochable desde la vía administrativa y desde la vía penal se ha constituido desde diferentes ámbitos, particularmente a la característica del derecho penal como un instrumento de reproche de *ultima ratio*. En efecto, el principio de *ultima ratio* o la característica fragmentaria del derecho penal, hace referencia, en palabras de la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a que “*el derecho penal posee un carácter fragmentario, como quiera que éste sólo debe intervenir frente a conductas gravemente perjudiciales, lo que se materializa en dos ideas: la primera, que el derecho*

¹⁷² Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Tipologías de corrupción en Colombia: Fiscales Unidos por la transparencia y la integridad. Ed. UNODC, 5 (2019).

*penal está orientado a la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia social externa, y dos, que sus intervenciones quedan limitadas a los ataques más intolerables frente a estos. A partir de lo anterior, es por lo que se afirma, que no todos los comportamientos que afecten bienes jurídicos deben ser sancionados, sino sólo aquellos que por sus características constituyan ataques especialmente trascendentes. De tal forma, se impide que el derecho penal regule conductas no suficientemente graves, contra bienes jurídicos no esenciales para la convivencia”*¹⁷³ De allí, es que el derecho penal solo pueda ser interpelado por el Estado como un mecanismo aplicable a las conductas más lesivas y que atenten de manera más grave con el ordenamiento jurídico, siendo estas indispensables para proteger de manera efectiva el Bien Jurídicamente Tutelado¹⁷⁴.

Por otro lado, dentro del principio de *ultima ratio* se encuentra la necesidad de intervención del derecho penal, que, en palabras del tratadista español SANTIAGO MIR PUIG implica que el Estado debe preferir la utilización de medios jurídicos no penales para efectos de reprochar el comportamiento y, solo cuando estos no resulten suficientes, es que existirá legitimidad para acudir al derecho penal¹⁷⁵. Con fundamento en esto, es que se genera una interrogante: ¿Si existe un marco de reproche en el derecho administrativo sancionador que se encargue de sancionar a los comportamientos colusivos en la contratación pública, resulta legítima y necesaria la adopción de un tipo penal que a su vez las reproche desde una órbita diferente del *ius puniendi* del estado? La respuesta no es sencilla y excede el alcance de esta

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3672-2020. M.P. Hugo Quintero Bernate; 30 de septiembre de 2020.

¹⁷⁴ Raúl Carnevali Rodríguez. Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional. Rev. Ius et Praxis, febrero de 2008.

¹⁷⁵ Manifiesta así el tratadista Mir Puig: “*Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Pero también el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción –¡Técnica ésta característica del Estado liberal clásico!*” Ver: Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. (2015). Pág. 118.

monografía, no obstante, resulta relevante para el tema que nos concierne, como quiera que de ello puede desprenderse, de ser el caso, en una necesidad del tipo penal, o eventualmente, de su subsunción en otras conductas, si se quiere. Sobre el particular los autores de esta monografía manifestamos unas breves consideraciones, esto, sin perjuicio de que en otros trabajos puedan desarrollarse más¹⁷⁶:

De un lado, se encuentran las posturas a favor del establecimiento del tipo penal, las cuales pueden decantarse de la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011 y, a su vez, del alcance que le ha dado tanto la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a la colusión en la contratación pública como una de las conductas anticompetitivas más gravosas dentro del universo de prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el primer punto, se reconoce que las conductas relacionadas con actos de corrupción tienen una alta incidencia en el sector público, lo que genera, no solo un detrimento en el uso eficiente de los recursos del Estado como mecanismo para la consecución de sus fines, sino también, un deterioro a la función pública, como quiera que, en los casos donde funcionarios públicos se ven asociados a este tipo de conductas, se altera la confianza de los particulares en el Estado, llegando inclusive, a considerar que su actuación es ilegítima¹⁷⁷. De allí, y atendiendo a la relevancia que tiene la contratación pública en el ordenamiento jurídico como medio para materializar los fines del Estado, es que un comportamiento como la colusión puede resultar relevante desde la orbita del derecho penal, toda vez que su realización en procesos de contratación pública genera efectos muy negativos atendiendo a que se reduce la posibilidad de que el Estado utilice de manera eficiente los recursos destinados a una necesidad particular, esto, sin

¹⁷⁶ Se debe precisar que, en cualquier caso, este no es el objeto de la monografía y se hace a manera de comentario.

¹⁷⁷ Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. Art. 410. 12 julio de 2011.D.O. 48.128.

perjuicio de otras afectaciones que se deriven del comportamiento, como podría ser el caso de la compra de bienes o adquisición de servicios de una menor calidad, entre otros¹⁷⁸. Conforme a esto, es que la colusión en la contratación pública genera una afectación desde tres puntos: El primero, relativo a al derecho constitucional a la libre competencia propiamente dicha, al no permitir o buscar impedir que se generen dinámicas competitivas dentro del proceso de selección. El segundo, frente a la contratación pública propiamente dicha, al poder afectar varios de sus principios, como es la selección objetiva o la concurrencia. El tercero, por afectar la finalidad del Estado que se buscaba cumplir con el proceso público de contratación, esto, atendiendo a la necesidad que tenía la entidad para cada caso¹⁷⁹. Esta postura ha sido adoptada por la OCDE y otras autoridades de competencia, al considerar que la colusión en la contratación pública es un comportamiento extremadamente lesivo de la competencia, por afectar diferentes bienes jurídicos y propósitos del Estado de Derecho¹⁸⁰.

Con todo esto, puede resultar razonable considerar que se establezca un tipo penal con el propósito de reprochar este tipo de comportamiento, dado el alcance de su afectación en los esquemas de selección pública¹⁸¹. Finalmente, se debe precisar que la tendencia a la criminalización del derecho de la competencia, y particularmente de las conductas colusorias, no es un asunto colombiano, existiendo, como se desarrolló a lo largo del texto, distintos ordenamientos que han implementado sanciones penales de este tipo de conductas.

¹⁷⁸ La afectación desde el punto de venta de la adquisición de bienes o servicios se puede ver afectada bajo la idea de que los oferentes alteren las calidades o cantidades ofertadas al modificar, por ejemplo, sus precios para efectos de obtener la adjudicación.

¹⁷⁹ Resolución 5216 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se decreta medida cautelar. 17 de febrero de 2017.

¹⁸⁰ Resolución 58961 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 16 de agosto de 2018.

¹⁸¹ Como se ha reiterado a lo largo del texto, muchos ordenamientos cuentan con sanciones penales en materia de libre competencia económica, siendo el más reconocido el sistema de los Estados Unidos.

De otro lado, se puede considerar que la adopción del tipo penal que reproche las conductas de colusión en la contratación pública es innecesaria, atendiendo al principio de *última ratio* y a la existencia de una autoridad de competencia con la capacidad de investigar y sancionar de manera oportuna y eficiente dichos comportamientos. En efecto, desde el fortalecimiento de las capacidades de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO con la Ley 1340 de 2009¹⁸², han aumentado los casos investigados por esta autoridad en lo que a colusión en la contratación pública respecta, sin perjuicio de otros comportamientos igualmente investigados y sancionados. Así, y atendiendo a que el Estado podría tener una respuesta eficiente, suficiente y menos gravosa a la que podría ser la del derecho penal, es que puede ser innecesario que el tipo penal se hubiere adoptado en primer lugar. Igualmente, puede ser considerado como crítica el hecho de que la adopción del tipo penal en materia de colusión en la contratación pública, ha afectado la eficacia¹⁸³ de otras instituciones propias del derecho de la competencia como es el programa de beneficios por colaboración o programa de clemencia establecido en la Ley 1340 de 2009¹⁸⁴. En el caso particular, la adopción del tipo penal del artículo 410^a, especialmente de su párrafo podría llegar a generar dificultades en la forma como el programa de beneficios por colaboración es adoptado en el marco de la colusión en contratación pública. En efecto, el programa de beneficios por colaboración, como parte de los programas de clemencia o *leniency programmes* tiene como objeto el entregar incentivos a miembros de carteles o acuerdos anticompetitivos para que estos confiesen su participación, y colaboren con las autoridades de competencia en la obtención

¹⁸² Alfonso Miranda Londoño, Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado. Revista Derecho de la Competencia, diciembre 2011. At. 65.

¹⁸³ Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho. Ed. Temis 3 2002.

¹⁸⁴ Ley 1340 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la materia. Art. 410. 21 de julio de 2009. D.O. No. 47792.

de pruebas para la investigación y posterior reproche de la conducta de tipo cartel¹⁸⁵. Estos programas tienen una especial relevancia, atendiendo a que atacan uno de los elementos propios de los carteles, esto es su estabilidad y observancia de los acuerdos plasmados entre sus miembros, al generar incentivos, por medio de la teoría de juegos para que alguno o varios colaboren con la autoridad¹⁸⁶.

Atendiendo a lo anterior, la dificultad en la aplicación del programa de beneficios por colaboración respecto al tipo penal del artículo 410^a se da bajo el supuesto de que no existe una garantía de que el miembro del cartel que decida acudir a esta figura, tenga el mismo tratamiento en la órbita penal. Si bien el legislador buscó atender esta situación, adoptando el párrafo del artículo 410^a, este solo genera un beneficio parcial, esto es, la reducción de la pena hasta en una tercera parte, la reducción de hasta un cuarenta por ciento (40%) de la multa aplicable en sede penal y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años. Conforme a esto, puede que un miembro de un cartel no encuentre suficiente incentivo para acudir al programa de beneficios por colaboración, como quiera que puede generarle automáticamente consecuencias penales, con unos beneficios que pueden resultar insuficientes¹⁸⁷.

Es preciso señalar que puede ser razonable adoptar una sanción penal de este tipo de comportamientos, esto, siempre y cuando su adecuación, condiciones y elementos se adecuen o armonicen con las normas en materia de libre competencia. Es igualmente importante

¹⁸⁵ Ver DOJ. *Corporate Leniency Policy*. (1993); UNCTAD. *Competition Guidelines: Leniency Programmes*. (2016); Bundeskartellamt. *Notice No. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from reduction of fines in cartel cases: Leniency programme of 7 of march 2006*. (2006).

¹⁸⁶ Cuando se da el programa de clemencia, se puede generar un costo adicional de monitoreo en cabeza de los miembros del cartel, lo que puede influir en su decisión de permanecer en este. Ver: Joseph E. Harrington, Jr., *Optimal Corporate Leniency Program*. *The Journal of Industrial Economics*, No. 56.,(2008).. pág. 215-246.

¹⁸⁷ Ley 1340 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la materia. Art. 410. 21 de julio de 2009. D.O. No. 47792.

señalar que, como se ha desarrollado, la conducta de colusión en la contratación pública puede, según las circunstancias particulares de cada caso, adecuarse en otros tipos penales, por lo que debe preguntarse si una alternativa más viable era, en lugar de crear un tipo penal autónomo, crear circunstancias especiales en otras conductas que llegarán al mismo reproche.

Sobre este capítulo podemos concluir que existen diversas posturas sobre el concepto de colusión aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, consideramos acertado cuando menos concluir que se trata de un acuerdo anticompetitivo, el cual tiene como objeto o efecto limitar la libre competencia en los procesos de selección públicos, sin perjuicio de la modalidad de contratación adoptada, tal y como mencionan CATALINA GASTELBONDO y FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ dada la vocación del ordenamiento jurídico de proteger la competencia en la contratación pública, hecho que va de la mano con los principios de concurrencia y planeación aplicables¹⁸⁸.

En lo que respecta a la colusión como conducta contraria a la libre competencia en materia penal, y con fundamento en la aplicación de los postulados del derecho penal, existen ciertas falencias como han expuesto los autores, donde algunas modalidades de selección públicas no se encuentran incluidas en la descripción del tipo. No obstante, la vocación del legislador de proteger la selección contractual se manifiesta en este tipo penal, esto, sin perjuicio de que haya otras conductas típicas que estaban establecidas de manera anterior al 2011.

¹⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-032 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; 25 de enero de 2017.

4 TIPOLOGÍAS DE LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VISTA DESDE EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Y PENAL EN EL CASO COLOMBIANO

En este acápite se expondrá, a partir del estudio de diferentes casos en materia administrativa sancionados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y la jurisdicción penal la forma como se han ejecutado acuerdos anticompetitivos en materia de contratación pública. Todo, sin dejar de reconocer los aportes de otras jurisdicciones en la materia.

4.1 Perspectiva de autoridades nacionales e internacionales de protección de la Competencia

4.1.1 La perspectiva de la OCDE

En el documento, Lineamientos para Combatir la colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas, la OCDE ha desarrollado el concepto de modalidades comunes de manipulación de licitaciones. En este grupo de conductas, la OCDE expresa que la manipulación de licitaciones puede tomar diferentes formas, todas con el objeto de afectar el resultado del proceso de selección contractual para beneficiar a los miembros del cartel¹⁸⁹.

En ese orden de ideas, la OCDE ha identificado estrategias comunes en la ejecución de la colusión, de carácter no excluyente, permitiendo un esquema de patrones detectables, tanto por las diferentes autoridades de competencia como de los funcionarios y entidades encargadas de las adquisiciones públicas, así como los diferentes ordenadores del gasto. A continuación, expondremos las tipologías encontradas por la OCDE, y que han sido reiterados por autores como ALFONSO MIRANDA o CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO, a saber¹⁹⁰:

¹⁸⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Lineamientos para Combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas. Ed. OCDE, 1 (2009).

¹⁹⁰ Alfonso Miranda Londoño & Carolina Deik Acostamadiedo, 72 La Colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 16 (2018).

Ofertas de resguardo: Las ofertas resguardo, también llamadas como ofertas complementarias, ofertas cortesía o simbólicas consisten en la presentación de ofertas por parte de los miembros del cartel donde suceda alguno de los siguientes supuestos: Un oferente acepta presentar una oferta considerablemente más alta que la del oferente designado por el cartel para su adjudicación o, bien el competidor presenta su oferta con algún tipo de condicionamiento que la hace inaceptable dentro del proceso. En suma, se busca aparentar competencia genuina.

Supresión de ofertas: Involucra un acuerdo donde los miembros del cartel se obligan a no presentar ofertas, o una vez presentadas, retirar las ofertas con el objetivo de que se adjudique el proceso al cartelista designado.

Rotación de ofertas: Se da en procesos de selección que son periódicos o repetidos en el tiempo. Los miembros del acuerdo toman turnos para su adjudicación en los procesos venideros, así cada uno obtiene beneficio de uno de ellos¹⁹¹.

Asignación de mercado: Es un acuerdo que puede darse en términos de asignación de mercado geográfico o de clientes o entidades estatales con capacidad de ordenar gasto. En algunos casos también se habla de un tipo de asignación de productos, siempre y cuando estos sean sustitutos.

4.1.2 La perspectiva de la Unión Europea:

Como se expuso en acápite anteriores, en la normativa comunitaria de la Unión Europea ha existido un especial interés en que se protejan los principios de competencia y competencia

¹⁹¹ Ibidem. Pág. 165.

en el marco de la contratación pública. En efecto, la Directiva Europea 2014/23/UE sobre contratación pública establece lineamientos aplicables para la adjudicación de contratos públicos por parte de los Estados parte del ente comunitario, resaltado, entre otros elementos, la obligación de las autoridades nacionales por procurar la observancia de la libre circulación de mercancías, la competencia entre oferentes, nacionales o extranjeros, públicos o privados, el tratamiento igualitario entre competidores, entre otros ¹⁹². Así, y en lo que respecta a la competencia en los procesos de selección, la relevancia que han encontrado las autoridades europeas versa en que la competencia es un elemento esencial de los procesos de selección públicos, como quiera que de ella se puede desprender la obtención de resultados eficientes en el manejo, uso y destinación de recursos públicos¹⁹³. Por esto, cuando se genera un comportamiento anticompetitivo en el marco de los procesos de selección, se resalta, el resultado puede darse, en su objeto o efecto, en que los recursos públicos sean utilizados de manera poco eficiente o que se impida el cumplimiento de los propósitos o finalidades a los que estaban asociados dichos recursos, atendiendo a los objetivos y necesidades planteadas por la autoridad contratante¹⁹⁴.

Es igualmente relevante precisar que el artículo 57(4.D.) de la Directiva Europea 2014/23/UE, dispone una facultad de excluir a los agentes económicos u oferentes cuando se tengan indicios suficientemente plausibles de que se configuró un acuerdo con otros oferentes para falsear por objeto o efecto, la competencia dentro del proceso de selección¹⁹⁵.

¹⁹² La directiva No. 2014/24/UE del Parlamento Europeo establece diversos mandatos generales y específicos tendientes a proteger la libre competencia dentro de los procesos de selección públicos. Algunos de esos mandatos son la procura en garantizar la participación de diferentes agentes en los procesos, salvo algunas excepciones. Qué las autoridades administrativas no impongan reglas que impidan la competencia en los procesos de selección y que se adopten mecanismos para promover la competencia, entre otros.

¹⁹³ OCDE-SIGMA. *Public procurement in the EU: Legislative Framework, Basic Principles and Institutions*. (2016). pág. 4.

¹⁹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Segunda. Sentencia de 14 de enero de 2021. Asunto C-450/19. J.P. Aeavadjiev.

¹⁹⁵ Tribunal Europeo de Justicia. Cuarta Cámara. Sentencia de 23 de octubre de 2018. ECLI:EU:C:2018:85, Caso C-124/17.

Tanto las autoridades comunitarias, así como las autoridades nacionales, a partir del estudio de casos y la doctrina han encontrado varias modalidades de colusión en la contratación pública, las cuales se exponen a continuación:

Alteración de precios de oferta o acuerdos de fijación de precios: La alteración de precios de oferta es una conducta anticompetitiva que consiste en que los oferentes de un proceso de selección, realizan un acuerdo tendiente a alterar los precios de sus ofertas a efectos de comprometer el proceso y lograr, de manera ilegítima su adjudicación¹⁹⁶. El propósito o efectos de estos acuerdos es, entre otros, bien sea obtener un precio mayor al que se habría tenido como consecuencia de la dinámica competitiva en el proceso de selección, o lograr la adjudicación por medio de la afectación al cálculo de la oferta adjudicataria cuando el criterio de selección es el precio¹⁹⁷.

Acuerdos de repartición de mercados: La repartición de mercados consiste en un acuerdo que divide o reparte la presentación de ofertas según criterios geográficos, sectores o de autoridades contratantes. En este sentido, se puede dar el caso de que varios oferentes acuerden no presentarse en procesos de selección para efectos de mejorar la posición de otro dentro del mismo¹⁹⁸.

Ofertas resguardo o supresión de ofertas: Las ofertas resguardo, como expuso la OCDE, consiste en que los competidores acuerdan no presentar ofertas o presentarlas bajo la

¹⁹⁶ Comisión Nacional de la Competencia del Reino de España. Guía en contratación pública y competencia. (s.f.). pág. 34.

¹⁹⁷ Tribunal de Defensa de la Competencia del Reino de España. Resolución de 12 de diciembre de 1996. Exp. 264 de 1995. En este caso la Federación Española de Ortopedistas realizó un acuerdo de precios para la venta de productos ortopédicos a las autoridades de salud españolas.

¹⁹⁸ Comisión Europea. Documento IP/07/80. En este caso, la Comisión Europea sancionó a varias empresas vendedoras de instrumentos para el uso de gas por haber alocado sus ofertas dentro de varios procesos de selección públicos adelantados por miembros de la Unión Europea de 1980 a 2004.

condición de que estas estén destinadas a no ser seleccionadas, bien sea por su precio, sus condiciones, o por incumplir con alguno de sus elementos esenciales¹⁹⁹.

Rotación de ofertas: Dentro del esquema del acuerdo anticompetitivo, se han detectado casos donde los oferentes se turnan en la selección del ganador, esto es, deciden que miembro del acuerdo será adjudicatario, por lo que realizan todas las labores tendientes a que se logre tal cometido. Como ganancia, los miembros del cartel pueden recibir retribuciones de la adjudicación como por ejemplo se da a través de figuras de subcontratación o asignación de cuotas en la ejecución del contrato²⁰⁰.

4.1.3 La posición del Consejo Administrativo de Defensa Económica de la República Federativa de Brasil

Para el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA de la República Federativa de Brasil, la cartelización en la contratación pública puede asumir diferentes formas, involucrando una o mas estrategias para diseñar y ejecutar el acuerdo anticompetitivo²⁰¹. De allí es que la autoridad brasileña determine que el uso integrado de estrategias anticompetitivas respecto a uno o varios procesos de selección permita a los agentes que hacen parte del cartel definir enteramente el mercado, repartiendo desde áreas geográficas, hasta entidades públicas o productos y servicios, buscando siempre el beneficio de reducir las presiones competitivas²⁰².

¹⁹⁹ Offices of Fair Trade of the United Kingdom. Decisión CA90(02/2009 de 21 de septiembre de 2009. Exp. Rad. CE/4327-04. En este caso la autoridad de competencia del Reino Unido sancionó a varias empresas que realizaron conductas de supresión de ofertas dentro de procesos de selección públicos para la construcción de hospitales, universidades y escuelas de 2002 a 2006.

²⁰⁰ Comisión Europea. Documento IP/08/415. La Comisión Europea sancionó a varias empresas por incurrir en un esquema de rotación de ofertas por miedo del cual se seleccionaba una empresa como adjudicatario para que, posterior a la adjudicación, los miembros del cartel recibieran comisiones entre quienes no fueron seleccionados.

²⁰¹ Op.Cit. Pág. 31

²⁰² Op. Cit. Pág. 31.

De allí, es que el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA describa como modalidades de colusión en la contratación pública, los siguientes comportamientos:

Ofertas cortesía: Modalidad de colusión en la contratación pública por medio de la cual los oferentes aparentan competir entre ellos. En este sentido los oferentes presentan una oferta que entre otras posibilidades puede buscar: i. Tener precios artificialmente altos con el objeto de beneficiar a uno de los competidores; ii. Una oferta con precios tan altos que es simplemente imposible de aceptar o; iii. Una oferta con ciertos errores o falencias específicas tendientes a que la entidad contratante no la pueda aceptar²⁰³.

Ofertas de retiro: Esta modalidad se fundamenta en un acuerdo entre competidores donde: i. Pueden acordar no presentar ofertas en un proceso de selección; o ii. Presentar las ofertas, pero retirarlas en la medida que este se vaya desarrollando²⁰⁴.

Colusión en las subastas inversas presenciales: Esta modalidad de colusión especial que se da en los procesos de subasta inversa presenciales²⁰⁵, bajo la condición de que firmas proveedoras de un bien o servicio específico buscan reducir la posibilidad de adjudicación de agentes que no hacen parte del acuerdo anticompetitivo, ya sea excluyéndolos del proceso o haciendo que sus ofertas económicas sean muy altas para ser seleccionadas como quiera que el criterio de selección en este tipo de procesos es el precio. En efecto, al conocer los

²⁰³ Para mayor ilustración el Consejo Administrativo de Defensa Económica investigó y sancionó el denominado caso de Lavandería Sucia, bajo el radicado de proceso administrativo No. 0912.008850/2008/94 en donde un grupo de agentes económicos se repartían los contratos de tercerización para el lavado de sábanas y otros enseres de los hospitales de Río de Janeiro. En este caso, se configuró una oferta cortesía como quiera que los miembros del cartel seleccionaban a uno de los oferentes para que presentara su oferta mientras los demás estructuraban sus ofertas con precios más altos a efectos de que se seleccionara al primero siendo el factor de selección el precio.

²⁰⁴ El Consejo Administrativo de Defensa Económica sancionó dentro del proceso administrativo No. 08012.009885/2009-21 gracias a una denuncia de la empresa de saneamiento básico del Estado de Sao Pablo por irregulares en proceso de selección para la construcción de infraestructura de alcantarillado. En este caso, las sociedades SAENGE, adjudicataria y CONCIC habrían firmado un contrato de cuentas en participación antes de la adjudicación del proceso. Así, CNCIC, quien se encontraba ganando el proceso por puntaje, se retiraría y el adjudicatario sería SANGE. De allí es que se configure una oferta retiro.

²⁰⁵ En el caso brasilero la subasta inversa presencial se encuentra regulada en la Ley 10.520 de 2002 y la Ley 8.666 de 1993.

miembros del cartel el monto de las ofertas que presentarán entre sí, así como los rangos establecidos por la autoridad respecto al valor más alto, es que puede adoptarse una estrategia previendo un valor medio en la selección. Ya en la etapa de subasta, donde la entidad pública contratante obtiene el ahorro, puede darse que los agentes no compitan, o en su defecto, aparenten competencia²⁰⁶.

Rotación de ofertas u ofertas carrusel: Esta modalidad, que según el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA se encuentra normalmente ejecutada junto a otra modalidad como la supresión de ofertas o las ofertas resguardo, busca que los miembros del cartel se repartan o se asignen los procesos en donde se presentará la oferta ganadora. La forma de repartición puede variar en términos del número de elementos del contrato que son adjudicados, o conforme a la capacidad productiva de las empresas que hacen parte del cartel²⁰⁷.

División de mercados: En esta modalidad de cartelización en la contratación pública, se busca que los miembros del cartel dividan, de alguna manera, el objeto del contrato a ser adjudicado. Así, y a diferencia de la rotación de ofertas, la división de mercados se da conforme al producto o servicio que requiere el estado, la geografía o la entidad pública

²⁰⁶ El Consejo Administrativo de Defensa Económica investigó y sancionó bajo el radicado administrativo 08012.006199/2009-07 un cartel ejecutado dentro del proceso de selección de subasta inversa presencial organizado por la alcaldía de la ciudad de Lages en el Estado de Santa Catarina cuyo objeto era la adquisición de pintura y materiales hidráulicos. La colusión en este caso, se dio por medio de un paralelismo de precios, así como la existencia de propuestas estructuradas de manera similar y con los mismos errores de ortografía. Así, la autoridad de competencia encontró que las empresas cartelizadas presentaron ofertas con precios idénticos o en rangos similares a los inicialmente presentados con la finalidad de excluir a los agentes económicos que no pertenecieran al acuerdo. Así, una vez se entrará en la etapa de subasta, los competidores coludidos no competirían impidiendo el ahorro por parte de la entidad pública contratante.

²⁰⁷ El Consejo Administrativo de Defensa Económica sancionó por medio del radicado administrativo No. 08012.009611/2008-51 un cartel dentro de los procesos de selección de detectores de metales organizados por el Banco de Brasil y Banrisul. La repartición de ofertas se dio por medio de la asignación de cada proceso de selección, los cuales se evidenciaron gracias a tablas donde se mantenía la trazabilidad de ofertas y adjudicatarios dentro del cartel.

contratante. Esta modalidad asimismo es normalmente combinada con otras modalidades de cartelización como las ofertas resguardo ²⁰⁸.

Mecanismos legales tendientes a implementar estrategias anticompetitivas: Finalmente, el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA reconoce que existen mecanismos legales que pueden ser utilizados para ejecutar conductas anticompetitivas o con efecto anticompetitivo. Tal es el caso de la utilización de la subcontratación²⁰⁹ como forma de generar beneficio a los demás miembros del cartel o la utilización de figuras asociativas de tipo consorcial, donde varias empresas pueden adoptar la figura asociativa con el objeto de no competir, hecho que resultaría en mayores precios para la entidad contratante por falta de competencia.

Se debe aclarar que varias de estas modalidades, esto es, las descritas por la OCDE y por el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA, han sido adoptadas y descritas por la doctrina, como es en el caso de los autores ALFONSO MIRANDA y CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO o JOHANES SAN MIGUEL GIRALT²¹⁰, así como por otras autoridades de defensa de la competencia como son la FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA²¹¹ de la República de Chile, el INDECOPI de la República del Perú, el DOJ de los Estados Unidos²¹², entre otras.

²⁰⁸ El Consejo Administrativo de Defensa Económica, bajo el radicado administrativo 8012.010832/2007-18 sancionó, tras la firma de un acuerdo de delación, a un cartel internacional con efectos en Brasil dentro de los procesos de suministro de mangueras navales.

²⁰⁹ El Consejo Administrativo de Defensa Económica, dentro del proceso administrativo 0810362/2007-66 sancionó un cartel dentro de los procesos de selección adelantados por la empresa de correos de Brasil en donde se dio un esquema de subcontratación donde la compañía ganadora se comprometía a subcontratar no menos del 50% del total del contrato a otro competidor.

²¹⁰ Johanés San Miguel Giral, Contratación Pública y Colusión: Derecho de competencia frente al derecho administrativo. Rev. Universitas, julio 2017. At. 420.

²¹¹ Fiscalía Nacional Económica. Compras públicas y libre competencia. Material de promoción. FNE, 1 (2011).

²¹² Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Preventing and detecting bid rigging, Price fixing and market allocation in Post-Disaster Rebuilding Projects. Ed. DJEU, 1 (2015).

4.2 Aproximación doctrinaria

Paralelamente a las tipologías o modalidades que describe la OCDE, el CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA y otras autoridades de competencia a nivel internacional, la doctrina ha desarrollado diversas modalidades de tipologías adicionales. A continuación, sus principales elementos:

Acuerdos para el intercambio de información sensible sobre las posturas u ofertas a presentar²¹³: En esta modalidad, se expone como un acuerdo puede, entre otras cosas, conllevar la entrega de información entre oferentes que compiten entre sí. Citando a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, reconocen que la entrega de información sobre precios y estrategias de comportamiento en un proceso de selección no debe ser conocida por sus competidores en el mismo proceso. En ese orden de ideas y tras poner de presente varios casos adelantados por la entidad, concluyen que la conducta es sancionable por medio de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992²¹⁴.

Posturas destinadas a inhabilitar un proponente que no hace parte del cartel: Esta situación inusual se da cuando los miembros del cartel utilizan los mecanismos dispuestos en el pliego y los requisitos habilitantes enmarcados dentro del proceso para lograr la inhabilitación de un oferente que se encuentra por fuera del acuerdo. Para ilustrar el asunto ponen de presente el caso de los brazaletes electrónicos del INPEC²¹⁵. Como comentario de los autores de esta monografía de grado, se manifiesta que la principal diferencia entre esta categoría de acuerdo anticompetitivo respecto a la desarrollada por el CONSEJO

²¹³ Op. Cit. Miranda y Deik-Acostamadeido, pág. 72.

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 29 de diciembre de 2010. Dictada en autos del Rol No. 1746-2010; Presidente de la Sala; 29 de diciembre de 2010.

²¹⁵ Resolución 40901 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 28 de junio de 2012.

ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA de la República Federativa del Brasil frente a las subastas inversas presenciales, es que la modalidad de inhabilitar a competidores fuera del acuerdo puede darse en cualquier tipo de proceso de selección y no en una modalidad específica²¹⁶.

Pliegos Sastre: Esta modalidad de colusión, consiste en un acuerdo anticompetitivo que no solo involucra a agentes del mercado que participan como oferentes dentro de un proceso de selección, sino también a los funcionarios públicos encargados de desarrollar el proceso de selección desde la etapa de planeación. En efecto, se le llama pliego sastre por que se hacen a la medida de los miembros del cartel, buscando direccionar todo el proceso a que se adjudique, con apariencia de legalidad, a uno o varios agentes determinados²¹⁷. Un posible ejemplo de lo anterior es lo presuntamente ocurrido en el caso CARDIQUE²¹⁸. En efecto, por medio de la Resolución No. 76936 de 2019 la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO abrió investigación y formuló pliego de cargos en contra de varios agentes del mercado, personas naturales vinculadas y funcionarios públicos por presuntamente haber incurrido en un acuerdo tendiente a afectar los procesos de mantenimiento, adecuación y reparación de las obras civiles del Canal del Dique, en el departamento de Bolívar, todos adelantados por la Corporación del Canal del Dique, - CARDIQUE-. La DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO encontró indicios

²¹⁶ Op. Cit. Miranda Deik-Acostamadeido, pág. 83.

²¹⁷ La abogada Carolina Polanco, actual asociada de la firma Philippi Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría, quien también sirvió como Coordinadora del Grupo de Promoción y Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, expuso en su blog sobre derecho de la competencia algunas modalidades a partir de casos sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio en años anteriores. Esta descripción resulta interesante ya que resalta modalidades fuera de las descritas por la OCDE y los autores citados y que por ende resultan relevantes para el estudio que pretendemos ejecutar con la monografía.

²¹⁸ Expediente Radicado No. 17-408004 de 2019. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Investigación contra agentes de mercado. 31 de diciembre de 2019.

que podrían llevar a concluir que, desde la planeación de los procesos, varios funcionarios de la entidad, incluyendo a su director, quien posteriormente participaría como oferente, habrían presuntamente diseñado el proceso de contratación en función de que fuera adjudicado a los miembros del cartel. Se resalta que esta investigación se encuentra en fase probatoria y no se ha establecido responsabilidad. Igualmente, y a manera de comentario se configura la crítica realizada por varios autores donde, a partir de la definición del artículo 45(1) del Decreto 2153, esto es, de los acuerdos, no se le imputó a los funcionarios públicos la conducta descrita en el artículo 47(9) del Decreto 2153 de 1992 por no ser empresas y por ende la Delegatura optó por imputarles lo descrito en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 respecto a las personas naturales que participen en el acuerdo. No obstante lo anterior, este tema es objeto de debate.

Presentación de ofertas por empresas con un controlante común: Tanto CAROLINA POLANCO²¹⁹ como FABIO HUMAR y SANTIAGO NAJAR²²⁰ hacen referencia a esta tipología a partir del caso de vigilancia privada²²¹. Esta modalidad, consiste en que varias empresas que presuntamente actúan de manera independiente, compiten dentro de un proceso de contratación. Sin embargo, la realidad es que estos competidores u oferentes se encuentran bajo el control competitivo de un mismo agente de mercado. Según Polanco, el reproche radica en que los competidores no sean independientes lo que termina incrementando la posibilidad de que el agente controlante obtenga la adjudicación en perjuicio de sus verdaderos contendientes dentro del proceso.

²¹⁹ Blog sobre derecho y competencia. (Visitado el 20 de diciembre de 2020).

²²⁰ Op. Cit. *Primera formulación de acusación por el delito de acuerdos restrictivos de la Competencia en Colombia*, pág. 177.

²²¹ Resolución 19890 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y de adoptan otras determinaciones. 24 de abril de 2017.

La principal crítica y a manera de comentario, sobre esta modalidad de colusión radica en si efectivamente se trata de un acuerdo anticompetitivo o no. En efecto, y como se expuso en líneas anteriores, la existencia de un controlante común, quien ejerce el control competitivo²²² de los presuntos miembros del acuerdo, puede ir en contravía del concepto de acuerdo anticompetitivo descrito en el artículo 45(1) del Decreto 2153 de 1992 que exige la existencia de una voluntad entre dos o más empresas, sin perjuicio de la forma como esta se manifieste. Sobre el particular, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha tomado una postura, como la expuesta en el caso Bureau Veritas y otros, donde la existencia de un controlante común no se traduce en una conducta en la forma de un acuerdo, sino al tenor de lo dispuesto en la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como quiera que no existe una manifestación de voluntades independiente que se concreta en un acuerdo restrictivo de la competencia²²³. No obstante, existen otros casos donde en el acuerdo anticompetitivo participan empresas sujetas a un mismo control competitivo con otras empresas independientes como ocurrió en el caso de suministro de refrigerios escolares de Bogotá D.C., conocido como PAE – PREB²²⁴.

Abstención en la presentación de ofertas con el objetivo de la declaratoria de desierta para que el ordenador del gasto se vea forzado a abrir un proceso en condiciones más favorables al cartel: En esta tipología, que resulta muy similar a la denominada supresión de ofertas, no solo se busca evitar que los competidores presenten ofertas, sino que la no

²²² El artículo 45(4) del Decreto 2153 de 1992 define al control como 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

²²³ Resolución 41412 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. 14 de junio de 2018

²²⁴ Resolución 46587 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 5 de julio de 2018.

presentación, va encaminada a que la entidad declare el proceso desierto y por ende se vea en la necesidad de abrir un nuevo proceso con condiciones más favorables para los competidores coludidos. La Doctora POLANCO pone de presente el caso PAE-FRUTAS donde los agentes de mercado acordaron, entre otras cosas, no presentar ofertas a efectos de que la Secretaría de Educación Distrital declarara desierto uno de los procesos para la adquisición de alimentos para el programa PAE, y abriera uno nuevo con precios mas altos, lo que en ultimas terminaría beneficiando a los cartelistas.

4.3 Modalidades de colusión desarrolladas en sede de la jurisdicción penal

En este sub acápite, se expondrán algunas modalidades de colusión, las cuales fueron desarrolladas en sede jurisdiccional bajo la tutela de la justicia penal. Cabe aclarar que en su mayoría si bien el objeto del pronunciamiento no se relaciona de manera directa con el derecho de la competencia, el efecto de la conducta analizada puede enmarcarse en la órbita anticompetitiva, sobre todo, por los efectos que esto tendría respecto a otros competidores.

Celebración de contratos cuando media un interés entre el encargado de la selección y uno de los oferentes dentro del proceso: En esta modalidad, que es enteramente desarrollada por los autores de esta monografía, se encuentra el caso de algunas conductas sancionadas por el delito de interés indebido en la celebración de contratos adecuado en artículo 409 del Código Penal, el cual dispone:

“Artículo 409. Interés Indebido en la Celebración de Contratos: El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a

trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”²²⁵

La jurisprudencia de la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha desarrollado los elementos que componen esta conducta punible, así como los criterios sustanciales que de ella se detentan. En efecto, el alto tribunal determinó que esta conducta punible cuenta con un elemento normativo que lo diferencia de otras conductas (v.gr. el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales) a partir de la necesidad de configuración de un interés, donde el funcionario público, con ocasión a su cargo o funciones cuenta con una predilección propia o a favor de un tercero respecto a la celebración del contrato que este debía adjudicar. Sobre el particular manifiesta la SALA DE CASACIÓN PENAL:

“Lo que el tipo penal sanciona (se refiere al artículo 409) no es el desconocimiento o la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o de los requisitos esenciales de determinado contrato –supuestos que sancionan otros tipos penales- sino el abandono en provecho de intereses propios o de un tercero de su obligación de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y en particular del interés general que de acuerdo con la Constitución Política, la ley, los reglamentos y las decisiones de la propia administración a la que pertenece corresponda asegurar en el proceso contractual específico en el que interviene el servidor público.”²²⁶

Por su parte, la CORTE CONSTITUCIONAL ha dado un alcance a diferentes elementos de la infracción penal en comento, entre los que se resalta la relación de la conducta con la protección del interés general como elemento rector de la contratación pública. En este

²²⁵ Código Penal Colombiano [C.P.C.] Ley 599 de 2000. Art. 146. 24 de julio de 2000. (Colombia).

²²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7322-2017 de 24 de mayo de 2017. Exp. Rad. 49819. M.P. Patricia Salazar Cuellar; 24 de mayo de 2017.

sentido, resalta el alto tribunal que lo relevante del tipo del artículo 409 del Código Penal se encuentra en que el servidor público, conforme a un interés particular o en provecho de un tercero, materialice externamente por medio de una actuación dicha predilección que no se enmarca en lo buscado por el interés general, abandonado sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual del Estado²²⁷.

En igual sentido, la doctrina, tomando como referente las decisiones de la justicia penal, ha decantado algunos elementos del delito de interés indebido en la celebración de contratos, encontrando lo siguiente: a. El bien jurídicamente tutelado es el de la administración pública como bien jurídico genérico; b: el sujeto activo es un servidor público conforme al artículo 20 del Código Penal, hecho que para autores como JUAN OBERTO SOTOMAYOR representan un problema como quiera que el EGCP trae una definición más amplia de esta categoría de sujeto activo²²⁸. c. El verbo rector que se materializa en el interés, comprende el provecho propio o a favor de un tercero el cual se concreta un acto exterior realizado por el servidor público. d. Anudado con lo anterior, está el hecho de que la acción exterior debe ser realizada por un servidor público por razón a su cargo o en ejercicio de sus funciones. e. Finalmente, se encuentran los elementos normativos que son la celebración de contratos u operaciones, las cuales se ven enarcadas en las modalidades dispuestas en el EGCP²²⁹.

Ya en lo que respecta a los efectos anticompetitivos del comportamiento reprochado en el delito del artículo 409 del Código Penal, es preciso hacer una claridad: No todos los casos donde se ejecuta in interés indebido en la celebración de contratos tienen la entidad de generar

²²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C.128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; 18 de febrero de 2003.

²²⁸ Juan Oberto Sotomayor, Consideraciones político-criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Revista Nuevo Foro Penal, enero 2003. At. 120.

²²⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Delitos de celebración indebida de contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato Estatal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 19 (2000).

un efecto anticompetitivo. Tal es el caso de lo resuelto por la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en sentencia de 5 de junio de 2013²³⁰. El supuesto de hecho radica en que el señor John Maro Rodríguez, Alcalde de Cali, celebró dos contratos de prestación de servicios donde designó a Victoria Eugenia Molina para el cargo de coordinador del Comité de Emergencias, el cual era de libre nombramiento y remoción. El interés indebido, se configuró, conforme a lo analizado por la Sala en que el funcionario y la contratista mantenían una presunta relación afectiva, hecho que llevó al alcalde a otorgarle un contrato, pese a que la profesión que la contratista tenía era incompatible con lo requerido como coordinador del Comité de Emergencias. Nótese que en este caso no se configura un efecto anticompetitivo por tratarse de una contratación adelantada de manera directa, esto es, por cuenta de un cargo de libre nombramiento y remoción, lo que generó una falta de competencia por el cargo, y por ende una ausencia de colusión.

No obstante, existen supuestos donde el interés del servidor público, que puede materializarse a favor de un tercero, sí puede restringir la competencia al negar la posibilidad de los otros oferentes en ser adjudicatarios del proceso de selección. Tal es el caso del proceso adelantado por la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA²³¹ en contra de Antonio Manuel Stephens, ex Gobernador del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para el periodo de 1995 a 1997. Dentro del proceso, se acusó al ex funcionario como autor de los delitos de interés ilícito en la celebración de contratos, y otros, al haber celebrado un contrato de títulos de capitalización con “La Nacional, Compañía de Ahorro y

²³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP56-2013. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 5 de junio de 2013.

²³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp. Rad. 14170. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 27 de septiembre de 2000.

Capitalización S.A.”, utilizando dineros provenientes de distintas sub cuentas de la Gobernación destinados para usos específicos²³².

En lo que respecta a la colusión, para la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA se encuentra acreditado un incumplimiento a los postulados de la contratación administrativa vigente para la fecha de los hechos, como quiera que el ex funcionario, desarrollando un interés particular y de carácter no económico²³³ en el esquema de capitalización ofrecido por “La Nacional, Compañía de Ahorro y Capitalización S.A.”, se abstuvo de ejecutar cualquier tipo de selección pública o recepción de ofertas, e inclusive, a realizar cualquier tipo de estudio previo de mercado. Lo anterior, genera una limitación indebida a la competencia por impedir que otros agentes del mercado accedieran a presentar sus ofertas y propuestas de capitalización para dineros del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, hecho que se evidencia con el incumplimiento del mandato del EGCP que exigía para este tipo de transacciones, la apertura de un proceso público, garantizando la libre concurrencia de competidores. Sobre el particular, manifiesta la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

“Precisamente, de los detalles que rodearon esa apresurada negociación, a partir de la llegada de las vendedoras del título de capitalización a San Andrés, se infiere de acuerdo con las reglas de la experiencia y de la lógica, el interés del Gobernador en adquirir a “La Nacional, Compañía de Capitalización y Ahorro S. A.”, representada en esa oportunidad por Nubia Esther Camargo, operación en la cual era intermediaria Carmen Cecilia Galvis, gerente y socia de

²³² De allí, es que se haya acusado al ex funcionario en modalidad de concurso de los delitos de peculado por destinación oficial diferente y peculado culposo.

²³³ Para el caso en concreto, la Corte Suprema de Justicia define que el interés manifestado por el ex Gobernador no necesariamente debe ser de tipo económico: “El interés previsto por el aludido artículo 145, no ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones, elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito en estudio.”

“Aservida Ltda.”, por ser circunstancias alejadas del desarrollo normal de un proceso de contratación, en el cual se pasaron por alto las exigencias legales contenidas en el artículo 3° del decreto 855 de 1994 reglamentario de la ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 24 de ésta, numeral 1°, literal d), así como con los artículos 14 y 20 del decreto 359 de 1995, pues como se ha venido señalando, no se obtuvieron por lo menos dos ofertas, el estudio de la rentabilidad se limitó a preguntarle el Gobernador a sus colaboradores si existían o no recursos para efectuar la inversión y si era viable; no se obtuvo la autorización de la Junta Financiera, y se giraron sin ninguna razón de peso, seis cuotas adelantadas, fuera de la de constitución, en actitud inadmisibles para un administrador empresarial, con la experiencia en cargos directivos estatales que tenía el mandatario, comprometiendo así vigencias futuras del erario departamental.”²³⁴

De los casos brevemente expuestos, podemos concluir que, sin perjuicio del tipo de interés que tenga el servidor público que ostente la calidad de ordenador del gasto o quien tenga la facultad o función de adjudicar un proceso de selección o celebrar un contrato público, se puede generar una limitación indebida a la libre competencia de otros competidores, como quiera que el proceso no será necesariamente adjudicado con fundamento en los postulados de objetividad dispuestos en el EGCP.

Estructuración de un proceso de selección a favor de un oferente o contratista: Otro supuesto donde se puede evidenciar una limitación de la libre competencia en la contratación pública que ha sido tratado por la justicia penal, se da cuando un funcionario público con la función de diseñar y adjudicar el proceso de selección pública, lo esquematiza en miras de favorecer a uno o varios contratistas, lo cual encaja en el supuesto de la modalidad de los pliegos sastre. Ejemplo de lo anterior, se dio en el caso del ex Gobernador del Departamento

²³⁴ Op. Cit. Pág. 25.

del Amazonas, Félix Francisco Acosta Soto, quien fue declarado como responsable del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales bajo la descripción típica del artículo 146 del Decreto 100 de 1980²³⁵. Si bien es cierto, la conducta del artículo 146 del Código Penal de 1980 no se encuentra vigente ²³⁶, el supuesto de hecho resulta interesante para el objeto de esta monografía, particularmente por efecto anticompetitivo generado, así como la estrecha relación que tiene la conducta descrita en el otrora Código Penal respecto al interés indebido que tiene el servidor público respecto de un tercero²³⁷. Como supuesto de hecho, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA encuentra, en síntesis, que el señor Félix Francisco Acosta Soto, actuando como director de contratación y representante legal del Departamento del Amazonas como Gobernador, celebró un convenio interadministrativo con el Instituto Nacional de Vías, el cual tenía como objeto la transferencia de unos recursos de la Nación para que el Departamento iniciara el diseño y ejecución de unas obras de infraestructura vial de transporte en la entidad territorial²³⁸. A raíz del contrato, el ex Gobernador estructuró un esquema de 68 contratos de obra pública y 49 órdenes de trabajo para efectos de desarrollar la carretera entre Leticia y Tarapacá, los cuales fueron adjudicados por medio de contratación directa. El yerro, estima la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA radica en que, si bien el argumento del Gobernador para celebrar los contratos

²³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de mayo de 2009. Exp. Rad. 25495. M.P. Javier Zapata Ortíz; 5 de mayo de 2009. Art. 146.

²³⁶ Ambas conductas cuentan con elementos descriptivos muy similares entre los que se resalta la búsqueda de un provecho ilícito a favor de un tercero.

²³⁷ En efecto, el Artículo 146 del Código Penal de 1980 establecía: “ARTICULO 146. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 141 de 1980. El nuevo texto es el siguiente:> El [empleado oficial] <servidor público> que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contratos sin observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años”. Nótese que esta adecuación resulta razonablemente similar con uno de los elementos del tipo penal de Interés Indebido en la Celebración de Contrato que actualmente se encuentra en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000.

²³⁸ El convenio interadministrativo se denominada “Mejoramiento de la Carretera Leticia-Tarapacá –Convenio Interadministrativo 139-95”.

se dio en miras a generar ingresos a familias en desempleo, la normativa vigente para los hechos en materia de contratación pública exigía que las obras de este tipo se adelantaran por medio de un proceso de licitación pública y no por medio de contratación directa, hecho que no encajaría en las excepciones aplicables para la última modalidad de selección. Sobre este punto, manifiesta la SALA DE CASACIÓN PENAL:

“Así las cosas, en nada favorece a FÉLIX FRANCISCO ACOSTA SOTO el haberse ceñido al procedimiento previsto en el Decreto 855 de 1994 para la contratación directa, pues en virtud del principio de legalidad que rige la contratación administrativa, carecía de facultad para escoger arbitrariamente el proceso a seguir en la adjudicación de los contratos, y por el contrario, ante lo reglado del procedimiento, estaba en el deber de seleccionar el contratista mediante licitación pública.

Tampoco podía el acusado apoyarse en el convenio interadministrativo No. 0139 de 1995 para desconocer el procedimiento de selección objetiva, pues la cláusula séptima de dicho convenio lo que establece es la posibilidad de “atender los trabajos directamente o por medio de contratos”. Lo anterior quiere decir que, el Departamento habría podido ejecutar la obra si contaba con la infraestructura y los medios adecuados para realizarla con sus propios recursos humanos y técnicos, pero ello no ocurrió. Entonces, al elegir la realización de la obra a través de contratos, en su tramitación y celebración debía observar los requisitos legales de la contratación estatal.”²³⁹

De lo anteriormente expuesto, se puede resaltar que la conducta desplegada por el ex Gobernador tiene una implicación importante, al limitar la libre competencia por medio de la estructuración de una serie de procesos de selección que, sin cumplir los requisitos legales previstos para los contratos de infraestructura, prefieren a un grupo de oferentes que

²³⁹ Op. Cit. Pág. 61.

incumplen con los requisitos de experiencia y capacidad técnica para ejecutar las obras contratadas, más aún, teniendo en cuenta la importante inversión pública que ella representaba. Manifiesta la alta corte sobre el particular:

“Incuestionable resulta la gravedad de la conducta por la cual se impuso la condena, considerando la cuantiosa suma transferida por INVÍAS al Departamento del Amazonas para el mejoramiento de la única vía con la cual contaba Leticia y el irregular manejo que al mismo le otorgó el condenado, quien en lugar de realizar un solo contrato para el desarrollo del objeto, con personal calificado técnica y económicamente, prefirió seleccionar de manera directa a personas que sin experiencia y capacitación en la ejecución de la obra, terminaron favorecidos.”²⁴⁰

De allí, es que se haya limitado el derecho a concurrir en un proceso de selección con cumplimiento de requisitos legales a los competidores que presuntamente habrían cumplido con los requisitos técnicos, de experiencia, etc., para ejecutar la reparación y adecuación de la infraestructura vial, hecho que, no solo atenta al principio de libre concurrencia en la contratación pública, sino a los de planeación y transparencia, como expresamente reconoce la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en su pronunciamiento²⁴¹

De otro lado, la relación de interés entre el servidor público y el agente de mercado que concurre en un proceso de selección puede encajar, a su vez, en los supuestos del **cohecho**, particularmente el de tipo **impropio** y bajo la modalidad de dar u ofrecer. Así, el supuesto de la conducta de cohecho busca que se reproche el comportamiento del servidor público

²⁴⁰ Op. Cit. Pág. 90.

²⁴¹ “Como corolario de lo expuesto, la conducta del procesado deviene antijurídica por haber desatendido el trámite legal de la contratación estatal, especialmente aquellos preceptos que consagran los principios de transparencia planeación y responsabilidad, contenidos en el estatuto contractual de la administración pública, en desarrollo de las disposiciones supralegales y, los cuales le imponían el deber de adelantar una licitación pública para la adjudicación de los contratos.” Op. Cit. Pág. 71

(cohecho propio e impropio) y del sujeto indeterminado, que entregue u otorgue beneficio o promesa remuneratoria al primero, bajo a la contraprestación de que se ejecute, retarte u omita, según el tipo de cohecho, el ejercicio de una de las funciones propias del servidor público involucrado²⁴².

Por su parte, el cohecho impropio descrito en el artículo 408 del Código Penal, hace referencia a un comportamiento realizado por un servidor público que, al aceptar, para sí o para otro, una promesa remuneratoria, dinero o utilidad, ejecuta o busca ejecutar, en el ejercicio del desempeño de sus funciones, un acto²⁴³. De otro lado, el cohecho por dar u ofrecer, sanciona, al tener un sujeto activo indeterminado, a la persona que de u ofrezca dinero u otra utilidad al servidor público bajo las modalidades de cohecho descritas en los artículos 405 y 406 del Código Penal²⁴⁴.

Lo anterior, tiene una importancia frente a los casos donde se genera un acuerdo con objeto y efecto anticompetitivo donde participe un funcionario público, toda vez que el origen y propósito de la cartelización es generar un beneficio a todos sus miembros. En ese sentido, otra posibilidad en la imputación desde el punto de vista penal, es que la autoridad opte por acudir al cohecho, cuando se acredite que entre los miembros del acuerdo se prometió al servidor público encargado del proceso de contratación un beneficio, y cuya consecuencia, a favor de los miembros del cartel que actúan como competidores, se materialice en beneficios

²⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP436-2018 de 28 de febrero de 2018. Exp. Rad. 51833. M.P. José Luis Barceló.

²⁴³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de octubre de 2006. Exp. Rad. 25149. M.P. Javier Zapata Ortiz.

²⁴⁴ Fiscalía General de la Nación y UNODOC. *Tipologías de corrupción en Colombia: Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad. Tomo I. Del Cohecho y la Concusión*. (2018).

de diversa índole a favor de aquellos, como puede ser la entrega de información, el diseño de procesos de selección, entre otros.

4.3.1 Comentarios frente a la configuración de un concurso y los esquemas de participación en las conductas punibles, y su relación con los acuerdos anticompetitivos:

Habiéndose expuesto que, frente a los comportamientos colusorios en el derecho de la competencia, es posible que se genere una adecuación en varias conductas punibles descritas en el Código Penal, esto, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso.

Esta multiplicidad de posibilidades en la imputación, por supuesto, puede generar la aplicación de lo descrito en el artículo 31 del Código Penal, relativo a los concursos. Sobre el particular la jurisprudencia de la SALA DE CASACIÓN PENAL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha manifestado frente a los concursos:

“La figura del concurso de delitos sirve para regular el procedimiento de acumulación jurídica de las penas que se deben imponer al sujeto que con su acción o acciones ha adecuado su conducta a varias descripciones típicas de la misma o diferente naturaleza.

[...]

De tal disposición se desprende que el legislador de 2000 institucionaliza las siguientes figuras:

a). Concurso material o real. Considerado como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en

varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia tanto en el plano subjetivo como en el objetivo.

[...]

b). Concurso ideal o formal. Se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí (...)

[...]

Existen otras modalidades concursales a las que no hace expresa referencia el Código pero que la doctrina viene estudiando a la par con las figuras citadas, como ocurre con el denominado concurso medial. Esta modalidad concursal se presenta cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro, pudiendo establecerse entre ambos una relación de medio a fin. Es una modalidad de concurso real, con la particularidad que entre los delitos existe una estrecha relación, como es el caso de una falsedad que se ejecuta con el propósito de estafar.

Adicionalmente, la doctrina también distingue entre concurso homogéneo y concurso heterogéneo, siendo el primero aquel que se presenta cuando el bien jurídico afectado es uno sólo, y el segundo, cuando la acción o las acciones lesionan varios bienes jurídicos. Igualmente, se señala que dependiendo de la distancia temporal que separe los hechos delictivos que concurren, el concurso puede ser simultáneo o sucesivo.”²⁴⁵

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de julio de 2007. Exp. Rad. 27383. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, reiterando entre otras Sentencia C-133/99 de la Corte Constitucional.

De otro lado, la misma jurisprudencia ha desarrollado los elementos de una figura relacionada con la tipologías de concursos, denominada como el concurso aparente, la cual consiste en que “(...) *cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto, atendiendo razones de especialidad, subsidiaridad o consunción que las demás resultan impertinentes por defectos en su descripción legal o porque las hipótesis que contienen van más allá del comportamiento del justiciable. Se trata, por ende, de un formal acomodamiento de la conducta a dos disímiles descripciones que la punen en la ley, solo que el análisis de sus supuestos bajo aquellos postulados generales de contenido jurídico elaborados por la doctrina posibilitan descartar su material concurrencia, por entrar, preferiblemente, uno de ellos a colmar en los distintos órdenes de los principios que los regulan, con mayor amplitud en sus características estructurales, o en el desvalor de conducta que es predicable o en el nivel de afectación del bien jurídico que es objeto de tutela con su contemplación legal*²⁴⁶”

En ese breve marco contextual, y sin miras de ahondar en ella, toda vez que superaría el alcance de este trabajo de grado, se configura en que un mismo comportamiento puede encajar en varios supuestos típicos. Tomemos el caso donde un funcionario público es parte de un acuerdo anticompetitivo dentro de un proceso de selección organizado por la autoridad a la que pertenece. El supuesto puede cambiar de cohecho impropio a un interés indebido en

²⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de julio de 2007. Exp. Rad. 27383. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, reiterando, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 15 de junio de 2005, radicación 21629 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 9 de marzo de 2006, radicación 23755 y de 10 de mayo de 2001, radicación 14605, entre otras. La Corte Constitucional lo define como aquel concurso que tiene lugar cuando una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio del non bis in idem, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio (Sentencia C-133/99).

la celebración de contratos, atendiendo a la forma y particularidad como el servidor público se relaciona con el cartel. Si el servidor hace parte de acuerdo, como miembro, el supuesto podría ser el de un interés indebido en la celebración de contratos, mientras que, si el cartel contacta al servidor y le ofrece un beneficio, la modalidad podría tratarse de un cohecho.

Con ello, el operador jurídico debe buscar, con fundamento en los principios de especialidad, consunción y protección al *non bis in ídem*, el verificar que tipo de comportamiento es que el que más se adecua al supuesto, haciendo la salvedad de que en muchos acuerdos anticompetitivos, por no ser acuerdo expresos, pueden existir dificultades probatorias para lograr comprender la totalidad de elementos de hecho que constituyeron el comportamiento, existiendo un riesgo de error en la tipicidad, de darse una mala interpretación por parte del operador²⁴⁷.

Adicionalmente, se encuentran los problemas de autoría y coparticipación al momento de la imputación de este tipo de comportamientos, entendiendo la naturaleza de los acuerdos anticompetitivos en la contratación pública. Las formas como se estructuran este tipo de comportamientos son complejas, y las responsabilidades que cumple cada uno de sus miembros puede variar de un proceso de selección a otro.

Se han detectado casos donde existen uno o varios miembros del cartel que actúan como agentes que cuentan con el liderazgo en la implementación del comportamiento anticompetitivo, mientras que los demás se limitan exclusivamente a participar en la implementación de la estrategia, de ser el caso²⁴⁸. Cabe aclarar que tal grado de participación

²⁴⁷ Wendel Berge. *Some problems in the enforcement of the antitrust laws*. Michigan Law Review, vol. 38, no. 4 (1940).

²⁴⁸ El concepto de determinador en el ámbito del derecho de la competencia hace referencia a la empresa o agente de mercado que diseña o implementa el esquema anticompetitivo.

puede variar en mayor o menor medida según el proceso de selección, o la forma propia del acuerdo anticompetitivo.

Así, puede darse una problemática en la forma como se defina la participación de las personas naturales vinculadas a los miembros del cartel respecto del comportamiento objeto de reproche, más aún en casos donde la toma de decisiones del agente económico no provenga de una sola voluntad, sino de varias personas.

4.4 Análisis de las tipologías de colusión frente a las decisiones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio y precedente en materia penal entorno a la Colusión en la contratación pública

Habiendo expuesto de manera general las formas o modalidades de colusión encontradas dentro del análisis doctrinario, de autoridades extranjeras y del precedente en materia penal, se presenta el cotejo entre los casos resueltos por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y la justicia penal, a efectos de verificar dentro de estos casos, qué forma de colusión en la contratación pública fue utilizada por los oferentes para alterar el proceso de selección. Para el desarrollo de esta investigación se analizaron cincuenta y dos (52) casos que fueron revisados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y por la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, por presuntas infracciones al régimen de competencia en el marco de procesos de contratación pública. De este total de casos analizados se tomó una muestra representativa de los casos que no fueron archivados, y se analizaron en la tabla adjunta, las tipologías de colusión en 38 casos sancionados y en proceso por parte de las autoridades competentes, los cuales fueron individualizados. Se debe precisar que solo serán expuestos en la tabla, aquellos procesos que llegaron a una resolución sancionatoria por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO o a una condena

en el ámbito penal, excluyéndose los casos donde se archivó totalmente la investigación, tanto por el SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, o los tribunales respectivamente. El análisis del total de casos se encuentra en las fichas adjuntas como anexos a esta monografía. Sin embargo, es importante precisar que si bien en algunos de estos casos se ha expedido resolución de sanción por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, dichas decisiones pueden ser controvertidas mediante la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), bajo el cual “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”. Por lo tanto, se entiende que estos actos administrativos no configuran decisiones definitivas sobre el asunto. Igualmente, y con posterioridad a la tabla, se expondrán algunas modalidades adicionales encontradas a lo largo de la investigación:

Contraste entre los casos sancionados en materia de colusiones y las modalidades de selección desarrolladas

No anexo	Radicado y nombre del caso	Estado	Modalidades de colusión											
			Ofertas resguardo	Supresión de ofertas	Rotación de ofertas	Asignación de mercados	Intercambio de información	Pliegos sastré	Control común	Beneficios posteriores a la adjudicación	Elaboración conjunta de propuestas	Ofertas para la declaración de desierta	Pago de sobornos	Interés del funcionario con uno o varios oferentes
1	06-061146 I NTERSYSTEM	SANCIONADO POR LA SIC			X						X			
2	07-106011 N/A	SANCIONADO POR LA SIC	X					X				X		
3	08-126301 CÁRCELES (SISTEMA ELECTRÓNICO DE SEGURIDAD)	SANCIONADO POR LA SIC	X											
4	11-1329 CASO IDU	SANCIONADO POR LA SIC			X					X				
5	11-12476. AEROPUERTO DEL CAFÉ	SANCIONADO POR LA SIC	X									X		
6	11-41644 NULE-ICBF	SANCIONADO POR LA SIC								X				
7	11-46719 NULE-ICBF 2	SANCIONADO POR LA SIC								X				
8	11-71590 VIGILANCIA	SANCIONADO POR LA SIC								X		X		
9	11-89514 IDIPRON	SANCIONADO POR LA SIC						X				X		
10	12-174085. INVÍAS	SANCIONADO POR LA SIC						X				X		
11	12-191859. ADULTO MAYOR – ALCALDÍA DE CARTAGENA	SANCIONADO POR LA SIC						X				X		
12	12-219725. PATIOS.	SANCIONADO POR LA SIC									X			
13	12-22773 N/A	SANCIONADO POR LA SIC										X		
14	12-236429. MELQUIADES	SANCIONADO POR LA SIC								X		X		
15	13-179600 n/A	SANCIONADO POR LA SIC										X		

Contraste entre los casos sancionados en materia de colusiones y las modalidades de selección desarrolladas

No anexo	Radicado y nombre del caso	Estado	Modalidades de colusión											
			Ofertas resguardo	Supresión de ofertas	Rotación de ofertas	Asignación de mercados	Intercambio de información	Pliegos sastré	Control común	Beneficios posteriores a la adjudicación	Elaboración conjunta de propuestas	Ofertas para la declaratoria de desierto	Pago de sobornos	Interés del funcionario con uno o varios oferentes
16	13-198976 CASO BUREAU VERITAS. ²⁴⁹	SANCIONADO POR LA SIC								X				
17	14-32964. CASO MINCULTURA.	SANCIONADO POR LA SIC									X	X		
18	14-92358 CASO CUCUNUBÁ	SANCIONADO POR LA SIC										X		
19	15-81527 CASO COCORNÁ	SANCIONADO POR LA SIC									X	X		
20	15-81775 VIGILANCIA SIC COSEQUIN Y SAN MARTIN	SANCIONADO POR LA SIC										X		
21	15-154605 ASE	EN PROCESO									X	X		
22	15-168073 ALCALDÍA DE MEDELLÍN	EN PROCESO	X							X				
23	15-240653 FERLAG	SANCIONADO POR LA SIC								X				
24	16-210853 VIGILANCIA II	EN PROCESO								X		X		
25	16-223755 APP	EN PROCESO	X					X		X				
26	16-228535 (UPTC)	EN PROCESO	X							X		X		
27	16-434574 SUMINISTROS FISCALÍA	SANCIONADO POR LA SIC								X				
28	17-14777 ODEBRECHT	EN PROCESO				X	X				X		X	X
29	17-048794N/A	EN PROCESO										X		
30	17-229681 ALCALDÍA DEBUCARAMANGA	SANCIONADO POR LA SIC									X	X		
31	17-292981 PAE FRUTAS	SANCIONADO POR LA SIC		X		X	X						X	
32	17-401804	EN PROCESO								X				

²⁴⁹ Resolución 41412 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. 14 de junio de 2018

Contraste entre los casos sancionados en materia de colusiones y las modalidades de selección desarrolladas

No anexo	Radicado y nombre del caso	Estado	Modalidades de colusión											
			Ofertas resguardo	Supresión de ofertas	Rotación de ofertas	Asignación de mercados	Intercambio de información	Pliegos sastré	Control común	Beneficios posteriores a la adjudicación	Elaboración conjunta de propuestas	Ofertas para la declaratoria de desierta	Pago de sobornos	Interés del funcionario con uno o varios oferentes
	INVÍAS													
33	18-075588 RACIONES FUERZAS MILITARES	SANCIONADO POR LA SIC				X	X			X		X		
34	18-259615 BANCO AGRARIO	EN PROCESO										X		
35	18-325410 HOSPITAL MILITAR	EN PROCESO										X		
36	Exp. Rad. 39015	CONDENADO Y REVISADO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CSJ (NO CASA)												X
37	Exp. Rad. 14170	CONDENADO Y REVISADO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CSJ (NO CASA)												X
38	Exp. Rad. 25495	CONDENADO Y REVISADO POR LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CSJ (NO CASA)								X				
Total de casos según modalidad			6	1	2	3	8	1 ²⁵⁰	11	7	20	2	1	3

²⁵⁰ El caso "CARDIQUE" fue excluido del análisis por no haberse proferido una resolución sancionatoria a la fecha. Exp. Rad. 17-408004

Como se puede apreciar en la tabla, muchos de los casos tramitados (o en trámite) por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y la justicia penal han tenido diferentes modalidades de colusión dentro del esquema adoptado por los competidores coludidos para afectar el proceso de selección. A continuación unos breves comentarios:

En primer lugar, del precedente administrativo y penal analizado, se puede apreciar que la tipología de acuerdo anticompetitivo más frecuente al estar en veinte (20) de los treinta y ocho (38) casos analizados, están los comportamientos relacionados con la elaboración conjunta de propuestas. En segundo lugar, se encuentra la tipología de acuerdo de control común, estando presente en once (11) de los treinta y ocho (38) casos analizados, donde se reitera, pueden existir supuestos donde los competidores hayan estado bajo un mismo control competitivo, lo que no se constituiría un acuerdo, o bien, existía un control competitivo conjunto, lo que podría facilitar, por ejemplo, el intercambio de información sensible respecto a las ofertas²⁵¹. En tercer lugar, se encuentra el intercambio de información sensible con presencia en ocho (8) de los treinta y ocho (38) casos estudiados, que tal y como se expuso en el acápite relativo al desarrollo doctrinario de las tipologías de colusión, puede considerarse como un indicio de un acuerdo anticompetitivo, o constituir un acuerdo propiamente dicho. En cuarto lugar, se encuentra la tipología de colusión relativa al establecimiento de beneficios con posterioridad a la adjudicación del contrato, con una representación en siete (7) de los treinta y ocho (38) casos analizados, donde parte de la modalidad del acuerdo anticompetitivo en el proceso de selección público tendría la particularidad de que, en caso de ser adjudicado, los miembros del cartel se repartirían los

²⁵¹ En el caso sancionado por medio de la Resolución No. 91235 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que varios de los oferentes hacían parte de un esquema de control competitivo conjunto, donde varios de sus accionistas eran familiares. Esto, por supuesto, permitió un acceso a la información sensible del otro competidor.

beneficios obtenidos del contrato público, a través de figuras como la subcontratación. En quinto lugar, se encuentra la tipología de ofertas resguardo, presentes en seis (6) de los treinta y ocho (38) procesos, seguida por las modalidades de asignación de mercados y el interés del funcionario con uno o varios oferentes, cada una con representación en tres (3) de los casos estudiados; las tipologías de rotación de ofertas y ofertas para la declaratoria de desierta con representación en dos (2) casos y; en ultimo lugar, se encuentra la supresión de ofertas, los pliegos sastres y el pago de sobornos, representadas en un (1) caso cada una.

Resulta relevante precisar que las modalidades más comunes en el desarrollo de la doctrina y las autoridades de competencia, esto es, las ofertas resguardo, la supresión de ofertas, la rotación de ofertas o la asignación de mercados, son las menos comunes en el contexto Colombiano. Adicionalmente, esquemas de pago de soborno solo fueron encontrados y reprochados como parte de un comportamiento anticompetitivo en un caso, el de “Ruta del Sol”. Igualmente, existe una importante muestra respecto al intercambio de información sensible, lo que sugiere que es una conducta bastante común en la realización de comportamientos anticompetitivos en la contratación pública, lo cual resulta lógico si se atiende al hecho de que la información sensible puede exceder lo relativo a las ofertas, manifestándose en elementos tales como las observaciones dentro del proceso y sus respectiva subsanación.

4.5 Tipologías adicionales encontradas a lo largo del estudio de casos

En la siguiente sección del documento, se expondrán algunas de las modalidades adicionales aplicables a los casos estudiados, conforme a su contenido y entidad.

Acuerdo donde se estructura beneficios a favor de los competidores no adjudicatarios:

Como primera modalidad adicional a las descritas por la doctrina, se encuentran los acuerdos entre oferentes donde parte del acuerdo se circunscribe al pacto de beneficios entre dichos competidores, hecho que puede llevar a un comportamiento específico, dada la existencia de una contraprestación. La existencia de estas contraprestaciones como consecuencia de los acuerdos colusorios en la contratación pública ha sido desarrollada, de manera individual, tanto por autoridades al momento de analizar los casos, como por la doctrina. Los autores de esta monografía decidieron unificarlas en una modalidad dado su elemento en común: La adjudicación y posterior ejecución del contrato lleva implícita, bien sea una promesa o acto remuneratorio o de beneficio a otro miembro del cartel, el cual adecua su comportamiento para que el oferente que dispondrá del contrato sea su ganador, por ejemplo, alterando su estructura de costos o precio para garantizar el resultado. A continuación, expondremos las principales formas como se materializan dichos beneficios o dadas dentro de los esquemas colusorios a partir del estudio de casos realizado:

Subcontratación: La figura en la subcontratación en la contratación pública es una figura jurídica por medio la cual una persona contrata con otra para que la segunda cumpla con las obligaciones que la primera adquirió en virtud de un contrato público²⁵². COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, dispone que el EGCP no restringe o regula de manera expresa la figura de la subcontratación, hecho que permite al contratista del Estado subcontratar las actividades a su cargo, manteniendo la responsabilidad ante la entidad Estatal por el cumplimiento del contrato, así se haya subcontratado su ejecución²⁵³. Lo anterior, por ejemplo, se diferencia de

²⁵² Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/consultas-y-derechos-de-peticion> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta. Rad. 4201813000005884después seleccionar el hiperlink). (2 de marzo de 2017).

²⁵³ Ibidem.

la figura de la cesión del contrato público, donde se sustituye uno de los extremos de la relación contractual, con el requisito *sine qua non* de la autorización previa de la Entidad pública contratante²⁵⁴.

En el caso de la subcontratación dentro de los esquemas colusorios, una de las formas como se acuerda generar un beneficio para los demás miembros del cartel es precisamente esta figura jurídica. Para autores como JOHANNES SAN MIGUEL GIRALD, la subcontratación es una figura que, de usarse dentro de los esquemas de colusión en la contratación pública, garantiza la participación de los miembros del cartel de los beneficios generados del contrato y llega, inclusive, a que los efectos del acuerdo anticompetitivo se manifiesten con posterioridad a la adjudicación²⁵⁵. Para MARC REALP I CAMPALANS, miembro de la autoridad Catalana de la Competencia, la subcontratación es una muestra o indicio de la colusión en la contratación, particularmente, cuando se da de manera reiterada entre agentes que sean competidores directos dentro de diferentes procesos de contratación, haciendo una salvedad: La subcontratación puede darse directamente entre empresas competidoras o bien con sus respectivos trabajadores o directivos²⁵⁶.

Sobre este último punto, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ha adoptado decisiones en varios casos donde se evidencia la postura adoptada por el autor REALP I CAMPALANS. Ejemplo de ellos es el caso Intersystem, sancionado por medio de la Resolución No. 1055 de 2009, en donde se determinó que, pese a la falta de eficacia del esquema competitivo para lograr la adjudicación de los procesos de selección, esto no

²⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 28492, C.P. Enrique Gil Botero; 12 de agosto de 2013.

²⁵⁵ Johannes San Miguel Giral, La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EEUU y América latina. Revista Ius et Praxis, febrero 2018. At. 757.

²⁵⁶ Marc Realp I Campalans, La lucha contra la colusión en la contratación pública. Revista Económica Industrial, s.f. At. 4.

desprecia el reproche de la conducta, más aún cuando se encontró acreditado que existía in interés previo de los agentes de subcontratarse entre ellos, aparentando independencia entre los competidores. Este, como resulta claro, sería un caso de subcontratación entre agentes competidores²⁵⁷.

Por otro lado, se encuentra el caso ASE, donde la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, abrió investigación en contra de varias empresas por supuestamente coludirse dentro de varios procesos de selección. Parte de la estrategia, estima el despacho en la etapa de apertura, era la contratación de personal directivo perteneciente a los presuntos competidores para el diseño y ejecución de los contratos adjudicados²⁵⁸.

Contratos de cuentas en participación o formas de asociación con participación oculta:

En el caso de la utilización de formas jurídicas de asociación con partícipe oculto, se resalta la utilización de la figura del contrato de cuentas en participación dentro de varios de los casos objeto de estudio. El contrato de cuentas en participación es un contrato consensual de colaboración empresarial, que instruye en las partes la posibilidad de asociarse para la ejecución de un negocio²⁵⁹, habiendo un partícipe gestor y un partícipe inactivo u oculto. De allí, es que la normativa comercial disponga que el partícipe gestor será el responsable de las relaciones externas de la participación, hasta tanto el partícipe oculto no sea relevado²⁶⁰.

²⁵⁷ Resolución 1055 de 2009 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se impone una sanción. 19 de enero de 2009.

²⁵⁸ Resolución 30877 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 26 de julio de 2019.

²⁵⁹ En este sentido, el artículo 507 del Código de Comercio dispone: “*ARTÍCULO 507. DEFINICIÓN DE CUENTAS DE PARTICIPACIÓN. La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.*”

²⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC18156-2016 de 17 de diciembre de 2016. Exp. Rad. 050013103016200020000701. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 17 de diciembre de 2016.

En materia de competencia, las cuentas en participación, como se anunció, ha sido utilizada en varias ocasiones por oferentes coludidos dentro de procesos investigados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Como ejemplo se observa concretamente el caso PATIOS, en donde si bien la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que se realizaron varias conductas anticompetitivas que se desarrollaron indirectamente en el marco de los intereses del grupo NULE, una de ellas consistió en que entre los competidores se celebraron contratos de cuentas en participación en los cuales el participante oculto era a su vez competidor del socio gestor en el proceso de selección, y este participante oculto supervisaba la participación en el proceso de quien decía ser competidor a la vez que presentaba su propia oferta paralelamente, y de igual manera colaboraba tanto en el concurso como en la ejecución del contrato, y se veía beneficiado de las rentas que obtuviera el socio gestor²⁶¹.

Acuerdo estructurado entre competidores y el funcionario público: Como se explicó anteriormente, si bien la doctrina ha considerado que el funcionario público no tiene la calidad de agente del mercado, y por ende se ha dicho que la imputación de la conducta del funcionario público que participa de una conducta anticompetitiva debe ser la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o la del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual corresponde a la sanción de las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen; el

²⁶¹ Resolución 48467 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 16 de agosto 2013.

caso “Ruta del sol-Odebrecht” de alguna manera abre el debate y amplía la visión, teniendo en cuenta que el funcionario Gabriel Ignacio García Morales fue sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio como agente del mercado y se le imputó el artículo 9 del Decreto 2153 de 1992²⁶², lo cual de alguna manera implica una variación de la concepción tradicional con respecto a la conducta del funcionario público, ya que como fue mencionado en el capítulo anterior, se consideró que la conducta de García Morales fue tan determinante para la consecución del acuerdo anticompetitivo, que se le juzgó como un agente del mercado²⁶³.

Por ello, consideramos importante incluir una modalidad adicional consistente en la ejecución de un acuerdo estructurado entre el competidor y el funcionario público. La principal forma en la que se materializa esta tipología es a través del pago de sobornos al funcionario público para que intervenga y altere el proceso de contratación en favor de quien paga. El ejemplo más claro de esta modalidad se observó en el caso “Ruta del sol-Odebrecht”, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio identificó particularmente la ejecución de esta conducta. No obstante lo anterior, tal y como se puso de presente en el acápite 4.4. de esta monografía, estas decisiones son susceptibles de ser controvertidas en sede de la jurisdicción contencioso administrativa.

En este caso, la Superintendencia encontró que Odebrecht habría pagado al funcionario público Gabriel Ignacio García Morales, en ese entonces Director del otrora Instituto de Concesiones – INCO (Hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI), la suma de 6.5

²⁶² Resolución 82510 de 2020 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 28 de diciembre de 2020.

²⁶³ Ibidem.

millones de dólares como soborno para lograr la adjudicación del contrato 001 de 2010 del proyecto Ruta del Sol. En concepto de la autoridad se determinó que si bien fue Odebrecht quien entregó dicha suma al funcionario público, se hizo en desarrollo de un acuerdo anticompetitivo conjunto con las empresas Corporación Financiera Colombiana S.A. - CORFICOLOMBIANA-, Estudios y Proyectos del Sol S.A. – EPISOL S.A. – y Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., donde se tejió todo un sistema de desembolsos entre Odebrecht y CORFICOLOMBIANA, en el cual esta le reembolsaba a aquella lo correspondiente a su participación en el acuerdo a través de pagos por medio de otras empresas, y otros pagos no justificados y adecuados a la contabilidad. De esta manera, se acordó un sistema de pagos mediante distintos contratos que buscaban dar apariencia de legalidad y distraer la atención de las autoridades, para reembolsar lo correspondiente a la suma entregada por Odebrecht al funcionario Gabriel Ignacio García Morales y obtener beneficios posteriores a la adjudicación del contrato a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Bajo el criterio de la DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, esta conducta resulta contraria no solo a la contratación estatal y a la moralidad pública, sino que a su vez va en detrimento de la libre competencia económica, en la medida en que afecta el principio de selección objetiva y elimina la igualdad de condiciones que deberían tener los demás competidores que no hicieron parte del soborno para participar en el proceso. Sin embargo, como se dijo anteriormente, si bien la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO impuso sanciones a los actores descritos mediante la Resolución 82510 de 2020, el presente caso es susceptible de ser controvertido ante la jurisdicción contencioso administrativa y en sede penal.

Responsabilidad de la entidad estatal en la configuración del acuerdo anticompetitivo

sin la aquiescencia directa de los oferentes: En esta modalidad, que resulta bastante inusual, se da cuando la entidad pública solicita a los posibles oferentes la configuración de un acuerdo para satisfacer sus necesidades previa realización del proceso de selección. La diferencia por ejemplo con la tipología de los pliegos sastre es que no hay un elemento doloso tendiente a limitar la libre competencia donde se diseñe el proceso de selección con el objetivo de que se le adjudique a un oferente específico, solamente las condiciones del mercado o del producto o servicio a adquirir son tan particulares que la entidad tiene la necesidad de propiciar un acuerdo para poder cumplir con una necesidad específica.

El ejemplo más claro, y hasta ahora posiblemente el único es el del caso denominado Raciones de Campaña. En este caso, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, encargada del ensamble de las Raciones de Campaña para los miembros de la Fuerza Pública y Policía Nacional requería el suministro de Comidas Listas y Panadería Larga Vida. Estos bienes, que son comidas especializadas, con alto contenido proteínico, empaques importados y especiales y calidades técnicas, entre otros criterios que generan unas barreras de entrada al mercado considerablemente altas, eran producidos únicamente por 4 empresas en todo el país. La DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA, tras culminar la etapa de investigación concluyó que, por la naturaleza del producto, sus oferentes y el mercado en cuestión, existía una necesidad por parte de la Agencia Logística la cual era difícilmente satisfecha por otros competidores. Se trataban de bienes que debían ser suministrados en tiempos cortos, pero cumpliendo las calidades técnicas específicas, ya que, de no ser así, podrían comprometer el funcionamiento de las Fuerzas Armadas y en últimas la seguridad Nacional. Por eso, la entidad pública solicitó a los oferentes un acuerdo de repartición de

cuotas de producción a efectos de cumplir con el ensamble de la ración de campaña que en muchos casos debía ser suministrada a la tropa en contextos de combate²⁶⁴.

Se debe precisar que el SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO, al momento de adoptar la sanción y el respectivo recurso de reposición, estimó que la participación de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en la estructuración del acuerdo, si bien fue determinante, no eximió de responsabilidad administrativa derivada de la conducta anticompetitiva, hecho que acarrió una sanción en contra de las empresas y agentes de mercado investigados, por el reconocimiento del acuerdo por parte de algunos de los investigados²⁶⁵.

5 CONCLUSIONES

A lo largo de esta monografía se ha podido observar cómo la contratación pública es uno de los instrumentos más relevantes del Estado Social de Derecho para ejecutar y materializar las finalidades y funciones que constitucional y legalmente le han sido impuestas. La prevalencia del interés general, como elemento modulador de los procesos de selección y contratación Estatales, dispone el esquema regulatorio del Estatuto General de la contratación pública, donde el legislador desarrolló algunos principios particulares aplicables a este tipo de

²⁶⁴ Resolución 18-75588 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe Motivado “Caso Raciones de Campaña”. 18 de febrero de 2019.

²⁶⁵ Manifestó el Superintendente de Industria y Comercio: “Luego de analizar los apartes de las declaraciones y testimonios arriba transcritos, el Despacho considera que deben destacarse varios aspectos en lo relacionado con el comportamiento de la **ALFM**: • El hecho de que los proveedores de los productos requeridos por la **ALFM** se comunicaban e interactuaban, y que dicha interacción se debía en varias ocasiones a que la Agencia era quien los citaba a reuniones y que posterior a estas, los proveedores decidían por cuales productos ofertaban, lo cual era de pleno conocimiento por parte de la Agencia. • Los proveedores ya tenían conocimiento del contenido de los boletines informativos, de manera previa a las negociaciones en la **BMC**, por cuanto la agencia les informaba sobre ese contenido en las reuniones a las que los convocaba. • En muchas ocasiones los proveedores iniciaban producción, incluso antes de las negociaciones en la **BMC**, todo por cumplir en los tiempos exigidos por la **ALFM**. • La **ALFM** continuó con este mismo comportamiento de convocar a reuniones a sus proveedores, de manera previa a la realización de procesos de selección abreviada adelantados en el SECOP 11. Todos estos aspectos, en consideración del Despacho, promovieron la realización y ejecución del acuerdo colusorio por parte de los investigados. Es claro que las reuniones a las que convocaba la **ALFM**, y en las que informaba sobre las condiciones y las cantidades de los productos requeridos para la conformación de las raciones militares de manera previa a las negociaciones en el MCP de la **BMC**, constituyeron el escenario propicio para que los investigados se coordinaran y llegaran a acuerdos sobre los productos que ofertarían en las ruedas de negociación.” Ver: Superintendencia de Industria y Comercio. Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Resolución No. 42543 de 29 de julio de 2020. Exp. Rad. 18.75588. Pág. 48 -56.

contratación, todos, en miras de generar un uso eficiente de los recursos del estado, así como la garantía de derechos de rango constitucional y legal como son la igualdad, la transparencia y la libre competencia y concurrencia.

La colusión en la contratación pública, como acuerdo restrictivo de la libre competencia económica es una conducta que cuenta con una especial importancia en lo que respecta a la protección de los bienes jurídicos de la libre competencia económica y la contratación estatal. Diferentes ordenamientos jurídicos, han adoptado medidas, tanto administrativas, como penales que buscan investigar y sancionar a los responsables de este tipo de comportamiento, el cual tiene la entidad de generar un uso ineficiente de los recursos del Estado por impedir la correcta aplicación de los principios contractuales de transparencia, planeación, selección objetiva y concurrencia, dentro de diferentes etapas del proceso de selección.

En el ordenamiento colombiano, desde la perspectiva administrativa, se cuenta con una adecuación específica dentro del régimen de protección de competencia, de cuya aplicación han surgido debates respecto a su alcance y aplicación, existiendo un número importante de pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto a las características de esta conducta y cómo se ha visto materializada en el esquema contractual del Estado Colombiano.

Por otro lado, con la adopción del Estatuto Anticorrupción en 2011, se adecuó como delito en contra de la administración pública la conducta de prácticas restrictivas de la libre competencia, reprochando a cualquier sujeto que altere ilícitamente el proceso de selección. No obstante, y sin perjuicio de la adecuación de la conducta en el ordenamiento penal, existen igualmente pronunciamientos por parte de la judicatura que los catalogan como

comportamientos relevantes para el derecho penal, y a su vez cuentan con un efecto anticompetitivo por limitar la libre participación de los oferentes dentro de los procesos de selección.

Del estudio de casos resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio, así como la justicia penal, se puede evidenciar que la colusión en la contratación pública no es una conducta contraria a la libre competencia que pueda encajarse en un solo supuesto. Diferentes autoridades multilaterales y nacionales, así como la doctrina, han identificado una serie de “modalidades” o posibilidades de colusión, que lejos de ser excluyentes, son adoptadas por los carteles al momento de participar en los procesos de selección pública. En el mismo sentido, se identificaron otras formas o tipologías de acuerdos restrictivos de la competencia en el marco de la contratación pública, diferentes a las establecidas por la doctrina, razón por la cual se concluye que dicho listado de tipologías de acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación pública no es taxativo, en la medida en que las dinámicas de las actividades ilegales progresivamente amplían el espectro bajo el cual se desarrollan conductas colusorias en los procesos públicos de selección. Y de igual forma, se pudo observar desde el punto de vista penal, que los acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación pública no se reducen al delito de colusión, pues como se analizó, existen diversas conductas que pueden encajar en acuerdos restrictivos de la competencia en el marco de la contratación pública sin que se tipifique necesariamente dentro del delito de colusión.

Finalmente, a manera de reflexión personal, esta investigación refleja la necesidad de inculcar en los futuros funcionarios públicos la rectitud en su actuar, de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad establecidos en el artículo 209 de la Constitución, por cuanto este debería ser el norte de toda actuación administrativa. Infortunadamente en la realidad nacional actual esto se ha dejado de lado, no sólo en la función administrativa en general, sino también en la contratación pública, que debería responder a las necesidades del país. Por lo tanto, se hace necesario dejar el debate abierto sobre si la discusión debe centrarse en penalizar las conductas anticompetitivas en el marco de la contratación pública, o si es necesario re pensar la formación, los parámetros en la selección de funcionarios idóneos y la pedagogía en la instrucción de estos para el desarrollo de la función pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

6 BIBLIOGRAFÍA

Normas nacionales

Código de Comercio. [C.C.] Ley 16 de 1968. Art. 1. 16 de junio de 1968. (Colombia).

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [C.P.A.C.A] Ley 1437 de 2011. Art. 1. 18 de enero de 2011. (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [C.P.P.] Ley 906 de 2004. Art. 1. 31 de agosto de 2004. (Colombia).

Código Penal Colombiano [C.P.C.] Ley 599 de 2000. Art. 146. 24 de julio de 2000. (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. 7 de julio de 1991. (Colombia).

Decreto 1082 de 2015. [con fuerza de ley]. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. 26 de mayo de 2015. D.O. No. 49.523.

Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. D.O. No. 40.704.

Decreto 2681 de 1993. Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas. 29 de diciembre de 1993. D.O. No. 41.159.

Decreto 4170 de 2011. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se determinan sus objetivos y estructura. 3 de noviembre de 2011. D.O. No. 48.200.

En el caso de las multas es relevante ver el artículo 55 de la Ley No. de.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Art. 5. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46.691.

Ley 1340 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la materia. Art. 14. 21 de julio de 2009. D.O. No. 47792.

Ley 1474 de 2011. Estatuto Anticorrupción. Art. 410. 12 julio de 2011. D.O. 48.128.

Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Art. 46. 24 de diciembre de 1959. D.O. No. 30138.

Ley 27442 de 2018. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 21 de julio de 2009. D.O. No. 47.420.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Art. 85. 29 de diciembre de 1998. D.O. No. 43.464.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Art. 24. 28 de octubre de 1953. D.O. No. 41.094.

Proyectos de Ley

Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso No. 75 de 23 de septiembre de 1992.

Proyecto de Ley 174 de 2010 Cámara y 142 de 2010 Senado. 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. Gaceta del Congreso No. 607 de 14 de diciembre 2010.

Jurisprudencia y precedente administrativo internacional

Corte Federal de Apelaciones del Séptimo Circuito. 43 F3d 1144 (7th Cir. 1994). M.P. James P. Heffernan; 12 de marzo de 1994.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Sentencia de 29 de diciembre de 2010. Dictada en autos del Rol No. 1746-2010; Presidente de la Sala; 29 de diciembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. 175 U.S. 211 (1898). M.P. Addyston Pipe; 14 de mayo de 2004.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. US Court of Appeals for the seventh Circuit. No. 94-1080. M.P. James P Heffernan; 14 de mayo de 2004.

INDECOPI. Resolución No. 2017-775-APN-SECC#mp de 4 de octubre de 2017. Exp. Rad S01:0484353/2007. Presidente de la Sala; 4 de octubre de 2017.

Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia de 14 de mayo de 2004. Exp. Rad. 020-2003-AI/TC. Presidente de la Sala; 14 de mayo de 2004.

Jurisprudencia nacional

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sección Tercera. Proceso 8031, C.P. Ricardo Hernando Monroy Church; 14 de febrero de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 24249, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 30 de julio de 2008.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 20 de abril de 2006. Exp. Rad. 1732. C.P. Luis Fernando Álvarez; 20 de abril de 2006.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 15 de agosto de 2017. Exp. Rad. 11001030600020170009801(2346). C.P. Álvaro Namén Vargas; 15 de agosto de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 01854, C.P. Jaime Orlando Santofimio. 12 de septiembre de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso 36601, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 29 de agosto de 2013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Proceso 31480, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz; 31 de enero de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso 15308, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia; 29 de abril de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 20810, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 28 de mayo de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 39332, C.P. Hernán Andrade Rincón; 29 de noviembre de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14583, C.P. Enrique Gil Botero; 14 de abril de 2010.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de marzo de 2008. Exp. Rad. 25000232700020040140201(AP), C.P. Myriam Guerrero de Escobar; 5 de marzo de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 26660, C.P. Danilo Rojas Betancourth; 27 de marzo de 2014.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2009. Exp. Rad. R-7664.; Procuraduría Primera Delegara para Contratación Estatal. Sentencia de 12 de septiembre de 2008. Exp. Rad. 12022162006. 12 de septiembre de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 00169, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 15 de diciembre de 2017.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 25022, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 28 de marzo de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 10779, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; 19 de julio de 2001.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 19 de noviembre de 2012. Exp. Rad. 25000232600019980032401(22043). C.P. Jaime Orlando; 19 de noviembre de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio; 18 de febrero de 2003.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Exp. Rad. 05001233100029980135001(28565). C.P. Enrique Gil Botero; 12 de agosto de 2014.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008. Exp. Rad. 17783. C.P. Myriam Guerrero Escobar citado en. Óp. Cit, Pág 126; 4 de junio de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 29 de agosto de 2007.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 11 de noviembre de 2009.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Exp. Rad. 25000232600019951078401(13790). C.P. Nora Cecilia Gómez; 7 de septiembre de 2004.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 00593, C.P. Hernán Andrade Rincón; 22 de noviembre de 2015.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14721, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; 30 de julio de 2008.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 16.020, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; 28 de mayo de 2012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 40976, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 10 de mayo de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 14 de junio de 2018. Exp. Rad. 25001232400020100029101. C.P. Alberto Yepes Barreiro; 14 de junio de 2018.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 14579, C.P. Enrique Gil Botero; 20 de octubre de 2014.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 28492, C.P. Enrique Gil Botero; 12 de agosto de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14190-2016. Exp. Rad. 40089. M.P. José Francisco Acuña Viscaya; 8 de febrero de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-207 de 2019. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; 15 de octubre de 2019.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Meza; 5 de febrero de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-561 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; 21 de junio de 2000.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-649 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre; 13 de agosto de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-713 de 2009. María Victoria Calle Correa; 7 de octubre de 2009.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-932 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; 8 de noviembre de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-949 de 2011. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 30 de agosto de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-949 de 2001. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 5 de septiembre de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C.128 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; 18 de febrero de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-032 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; 25 de enero de 2017.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de marzo de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de enero de 1995. Exp. Rad. 3348. M.P. Nicolás Bechara Simancas; 26 de enero de 1995.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC18156-2016 de 17 de diciembre de 2016. Exp. Rad. 050013103016200020000701. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo; 17 de diciembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto Interlocutorio de 6 de julio de 2011. Exp. Rad. 36513; 6 de julio de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. Exp. Rad. 14170. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 27 de septiembre de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de mayo de 2009. Exp. Rad. 25495. M.P. Javier Zapata Ortiz; 5 de mayo de 2009.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 27383 de 25 de julio de 2007. Exp. Rad. 27383. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; 25 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP 17159-2016 de 23 de noviembre de 2019. Exp. Rad. 46037. M.P. Patricia Salazar Cuellar; 23 de noviembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2653-2019 de 17 de julio de 2019. Exp. Rad. 53479. M.P. Jaime Humberto Moreno; 17 de julio de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3672-2020. M.P. Hugo Quintero Bernate; 30 de septiembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP56-2013. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 5 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7322-2017 de 24 de mayo de 2017. Exp. Rad. 49819. M.P. Patricia Salazar Cuellar; 24 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Exp. Rad. 31362; 13 de mayo de 2009.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 19 de julio de 2005. Exp. Rad. 20022335. M.P. Ramiro Pazos Guerrero; 19 de julio de 2005.

Resoluciones, actos administrativos e informes motivados de la Superintendencia de industria y Comercio

Resolución 1055 de 2009 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se impone una sanción. 19 de enero de 2009.

Resolución 18-75588 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe Motivado “Caso Raciones de Campaña”. 18 de febrero de 2019.

Resolución 19890 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y de adoptan otras determinaciones. 24 de abril de 2017.

Resolución 24227 de 2004 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se cierra una investigación. 28 de septiembre de 2004.

Resolución 30877 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 26 de julio de 2019.

Resolución 40901 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 28 de junio de 2012.

Resolución 41412 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. 14 de junio de 2018

Resolución 42543 de 2020 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia. 29 de julio de 2020.

Resolución 46587 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 5 de julio de 2018.

Resolución 48467 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 16 de agosto 2013.

Resolución 5216 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se decreta medida cautelar. 17 de febrero de 2017.

Resolución 64400 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 16 de noviembre de 2011.

Resolución 82510 de 2020 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se archiva una investigación por infracciones al régimen de protección de la competencia. 28 de diciembre de 2020.

Resolución 91235 de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 24 de noviembre de 2015.

Resoluciones de anexos

Resolución 019804 de 2008 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 18 de junio de 2008.

Resolución 01055 de 2009 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 19 de enero de 2009.

Resolución 69716 de 2009 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se resuelven unos recursos de reposición. 30 de diciembre de 2009.

Resolución 44008 de 2010. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 14 de agosto de 2010.

Resolución 64400 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 16 de noviembre de 2011.

Resolución 9753 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 23 de febrero de 2011.

Radicado 08-126301. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 53991 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 14 de septiembre de 2012.

Resolución 61497 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación. 19 de octubre 2012.

Radicado 11-1329. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 26266 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 5 julio de 2019.

Resolución 20396 de 2012. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por el cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 30 de mayo de 2012.

Radicado 11-12476. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 85898 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 23 de noviembre de 2018.

Resolución 49454 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 20 de septiembre de 2011.

Radicado 11-41644. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 54695 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 16 de septiembre de 2013.

Resolución 24587 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 3 de mayo de 2011.

Radicado 11-46719. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 54693 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se impone una sanción. 16 de septiembre de 2013.

Resolución 2065 de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 28 de enero de 2015.

Resolución 19890 de 2017. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y de adoptan otras determinaciones. 24 de abril de 2017.

Resolución 20894 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 30 de marzo de 2012.

Radicado 11-089514. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 53914 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 9 de septiembre de 2013.

Resolución 61530 de 2012. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación. 19 de octubre de 2012.

Radicado 12-174085. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 83037 de 2014. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 29 de diciembre de 2014.

Resolución 97610 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 16 de diciembre de 2015.

Radicado 12-191859. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 39758 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones. 06 de julio de 2017.

Resolución 48467 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 16 de agosto 2013.

Radicado 12-219725. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 58961 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 16 de agosto de 2018.

Resolución 50700 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 27 de agosto de 2013.

Radicado 12-227731. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 35120 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 16 de junio de 2017.

Resolución 54684 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 16 de septiembre de 2013.

Radicado 12-236429. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 91235 de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 24 de noviembre de 2015.

Resolución 1767 de 2014 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 19 de marzo de 2014.

Radicado 13-179600. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 52762 de 27 de agosto de 2015 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia a una persona natural. 27 de agosto de 2015.

Resolución 47612 de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 26 de julio de 2016.

Radicado 13-198976. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 41412 de 2018. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 14 de junio de 2018.

Resolución 70225 de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 20 de octubre de 2016.

Radicado 14-32964. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 2076 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 31 de enero de 2019.

Resolución 52793 de 2016 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 9 de agosto de 2016.

Resolución 3150 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 13 de febrero de 2019.

Radicado 15-81527. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 1728 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 29 de enero de 2019.

Resolución 18645 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 17 de abril de 2017.

Radicado 15-81775. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 42216 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 3 de septiembre de 2019.

Resolución 30877 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 26 de julio de 2019.

Resolución 40103 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 9 de febrero de 2017.

Radicado 15-168073. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 10497 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 16 de febrero de 2018.

Radicado 15-240653. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 12156 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 7 de mayo de 2019.

Resolución 34247 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación. 14 de junio de 2017.

Radicado 16-210853. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 56979 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 10 de agosto de 2018.

Radicado 16-223755. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 76029 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 10 de agosto de 2019.

Resolución 27915 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 25 de abril de 2018.

Radicado 16-434574. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 12992 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones. 10 de mayo de 2019.

Resolución 67837 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 13 de septiembre de 2018.

Radicado 17-14777. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 82510 de 2020 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 28 de diciembre de 2020.

Resolución 46587 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 5 de julio de 2018.

Resolución 77484 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 12 de octubre de 2018.

Radicado 17-229681. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 52770 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 8 de octubre 2019.

Resolución 53641 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 1 de septiembre de 2017.

Radicado 17-292981. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 71584 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 09 de diciembre de 2019.

Resolución 39055 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos. 23 de agosto de 2019.

Resolución 34188 de 2018 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 21 de mayo de 2018.

Radicado 18-075588. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 42543 de 2020 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 29 de julio de 2020.

Resolución 68358 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 29 de noviembre de 2019.

Resolución 45861 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación y se formula pliego de cargos. 13 de septiembre de 2019.

Radicado 18-325410. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 39015, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández; 05 de junio de 2013.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 14170, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; 27 de septiembre de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado No. 25945, M.P. Javier Zapata Ortiz; 6 de mayo de 2009.

Resolución 27305 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones y se toman otras determinaciones. 10 de julio de 2019.

Resolución 29442 de 2000 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 26 de noviembre de 2000.

Resolución 44341 de 2001 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se declara una caducidad sancionatoria. 28 de diciembre de 2001.

Resolución 09033 de 2001 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 28 de marzo de 2001.

Resolución 44341 de 2001 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se declara una caducidad sancionaría. 28 de diciembre de 2001.

Resolución 01044 de 2002 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 24 de enero de 2002.

Resolución 9672 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se cierra una investigación. 09 de abril de 2003.

Resolución 25800 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 12 de septiembre de 2003.

Resolución 25798 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 11 de septiembre de 2003.

Resolución 12144 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 30 de abril de 2003.

Resolución 14888 de 2004 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se cierra una investigación. 29 de junio de 2004.

Resolución 24153 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se adiciona una resolución. 28 de agosto de 2003.

Resolución 23683 de 2006 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imparte una orden de archivo. 04 de septiembre de 2006.

Resolución 28397 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 30 de septiembre de 2003.

Resolución 20983 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 29 de julio de 2003.

Resolución 024903 de 2007 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imparte una orden de archivo. 14 de agosto de 2007.

Resolución 28388 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 30 de septiembre de 2003.

Resolución 22831 de 2003 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se archiva una actuación administrativa. 04 de mayo de 2009.

Resolución 47790 de 2010 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 6 de septiembre de 2010.

Resolución 12461 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena el archivo de una investigación. 5 de marzo de 2012.

Resolución 019785 de 2008 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se abre una investigación. 18 de junio de 2008.

Radicado 07-0118386. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 47481 de 2010 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se cierra una investigación. 1 de septiembre de 2010.

Resolución 55463 de 2011 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena una apertura de investigación. 7 de octubre de 2011.

Radicado 11-60730. [Superintendencia de Industria y Comercio]. Informe motivado. Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Resolución 40835 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena el cierre de una investigación. 9 de julio de 2013.

Informes

Consejo Administrativo para la Defensa Económica. Guía: Luchando contra los carteles en la contratación pública. Ed. CADE, 24 (2019).

Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Preventing and detecting bid rigging, Price fixing and market allocation in Post-Disaster Rebuilding Projects. Ed. DJEU, 1 (2015).

Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Prices Fixing, Bid Riggín, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to look for: An Antitrust Premier. Ed. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, 50 (2018).

Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Tipologías de corrupción en Colombia: Fiscales Unidos por la transparencia y la integridad. Ed. UNODC, 5 (2019).

Fiscalía Nacional Económica. Compras públicas y libre competencia. Material de promoción. FNE, 1 (2011).

Monitor Ciudadano de la Corrupción. Así se mueve la corrupción: Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018. Tercer Informe. Ed. Bernardo González, 96 (2019).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Recomendación del Consejo sobre contratación Pública, Ed. Dirección de Gobernanza Pública, 16 (2015).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Combate a la colusión en contrataciones de obras públicas en Argentina. Ed. OCDE, 1 (2019).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Lineamientos para Combatir la Colusión entre oferentes en Licitaciones Públicas. Ed. OCDE, 1 (2009).

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Policy Brief, Competition Policy and Concessions. Ed. OCDE, 33 (2007).

Procuraduría General de la Nación. Recomendaciones para la elaboración de estudios previos: Aplicación del principio de planeación en la Contratación de las Entidades Públicas. Ed. OECD, 16 (2010).

Conceptos

Colombia Compra Eficiente. (Buscar en Colombia Compra). <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/etapa-contractual> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa Contractual 4 después seleccionar el hiperlink). (23 de marzo de 2019).

Colombia Compra Eficiente. <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-agregar-demanda> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: ¿Qué es agregar demanda? 11 de septiembre de 2015 después seleccionar el hiperlink). (11 de septiembre de 2015).

Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/9-etapa-precontractual-estudios-previos> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual estudios previos después seleccionar el hiperlink). (18 de febrero de 2011).

Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Etapa precontractual – CCE después seleccionar el hiperlink). (31 de diciembre de 1969).

Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/14-etapa-precontractual-interpretaci%C3%B3n-de-los-pleigos-de-condiciones> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual: Interpretación de los pliegos de condiciones después seleccionar el hiperlink) (s,f).

Colombia Compra Eficiente. https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2019/4201813000009107_informe_de_evaluacion_subsanabilidad/4201813000009107_informe_de_evaluacion_subsanabilidad-original.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta No. 4201813000009107 después seleccionar el hiperlink). (28 de enero de 2018).

Colombia Compra Eficiente. https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/concepto/2018/4201814000003714_-_subsanabilidad_ley_1882_1/4201814000003714_-_subsanabilidad_ley_1882_1-original.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta No. 4201814000003714 después seleccionar el hiperlink). (25 de abril de 2018).

Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/12-etapa-precontractual-acto-de-adjudicaci%C3%B3n> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: etapa precontractual: Acto de adjudicación después seleccionar el hiperlink). (10 de marzo de 2017).

Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/consultas-y-derechos-de-peticion> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Consulta. Rad. 4201813000005884 después seleccionar el hiperlink). (2 de marzo de 2017).

Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/content/cuales-son-los-requisitos-de-perfeccionamiento-y-de-ejecucion-del-contrato-estatal> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: ¿Cuáles son los requisitos de perfeccionamiento de ejecución del contrato estatal? después seleccionar el hiperlink). (24 de junio de 2016).

Colombia Compra Eficiente. <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-la-contratacion-publica-equivale-al-125-del-pib-y-al-357-del-gasto> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: En Colombia la contratación pública equivale al 12,5% del PIB y al 35,7% del gasto del gobierno). (10 de julio de 2016).

Colombia Compra Eficiente. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_el_ejercicio_de_las_funciones_de_supervision_e_interventoria_de_los_contratos_del_estado.pdf (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión de Interventoría de los Contratos del Estado. G-EFSICE-01 después seleccionar el hiperlink). (8 de febrero de 2001).

Colombia Compra Eficiente. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/evaluaci%C3%B3n-de-ofertas> (Buscar en “Colombia Compra Eficiente”: Evaluación de Ofertas después seleccionar el hiperlink). (8 de agosto de 2017).

European Commission Decision. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf (Buscar en “European Commission Decision”: case COMP/E-1/38.823 – Elevators and Escalators.) (21 febrero 2007)

La Republica. <https://www.larepublica.co/economia/el-malgasto-de-recursos-publicos-en-colombia-llega-a-48-del-producto-interno-bruto-2774142> (Buscar en “La Republica”: Malgasto de recursos públicos en Colombia llega a 4,8% del Producto Interno Bruto). (24 de septiembre de 2018).

Organización del Comercio. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm#:~:text=La%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%ABlica%20representa%20en,la%20competencia%20en%20este%20mercado (Buscar en “Organización Mundial del Comercio” La OMS y la Contratación Pública 17 de diciembre de 2020 después seleccionar el hiperlink). (17 de diciembre de 2020).

Doctrina.

Aida Patricia Hernández Silva, Liquidación del contrato estatal, Ed. Pontificia Universidad del Externado, 16 (2009).

Alfonso Miranda Londoño & Carolina Deik Acostamadedo, 72 La Colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 16 (2018).

Alfonso Miranda Londoño, Chapter 14. Competition Law in Colombia., in *Competition Law in Latin America: A practical guide*. 263–299 (Julián Peñuela & Marcelo Calliari eds. ed. First, 10 (2016).

Alfonso Miranda Londoño, El derecho de la competencia en la Constitución de 1991. Ed. *El Congreso 20 años de la Constitución Política de Colombia*, 32 (2011).

Alfonso Miranda Londoño, Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado. *Revista Derecho de la Competencia*, diciembre 2011. At. 65.

Alfonso Miranda Londoño. Abuso de posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. *Centro de Estudios en Derecho de la Competencia*, Ed. *Javegraf*, 22 (1997).

Alfonso Miranda Londoño. La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano. Ed. *CEDEC*, 29 (2017).

Alfonso Miranda y Juan David Gutiérrez en *Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios monopolio Vs. Los beneficios de la Competencia*. *Rev. Derecho de la Competencia*, octubre de 2006. At. 136.

Andrea Alarcón Peña, La libre competencia económica en el derecho colombiano: Una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, marzo 2016. At. 109.

Andrés Palacios Lleras. La lucha contra los carteles empresariales en la contratación estatal en Colombia. *Revista Latin American Law Review*, octubre de 2019. At. 19

Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Tratamiento de la Colusión en la Contratación Pública: una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, enero 2014. At. 233.

Carlos Andrés Uribe Piedrahita. Reforma al régimen de la libre competencia. Ed. *Ibáñez*, 16 (2011).

Carolina Deik Acostamadiedo, Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Ed. *Abeledoperrot*, 33 (2014).

Christian Guzmán Napurí, Un acercamiento al concepto de función administrativa en el Estado de Derecho. *Revista Derecho & Sociedad*, mayo 2008. At. 287.

Christopher Harding, Business Collusion as a Criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalization of Business cartels. *Revista Critical Criminology*, octubre 2006. At. 181.

Darwin Clavijo Cáceres, et al. Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho. Ed. *Ibáñez* 15 (2014).

Deisy Galvis Quintero, La Colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, *Universitas*, diciembre de 2016. At. 64.

Emilio José Archila Peñalosa, Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. *Revista de Derecho y Economía*, diciembre 2010. At. 7–46 (2010).

Fabio Humar y Santiago Franco. Primera formulación de acusación por el Delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia En Colombia. *Revista Derecho Competencia*, diciembre de 2017. At. 117-193.

Felipe Serrano Pinilla. El Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, agosto de 2018.

Francesco Anglani, Antitrust and Public Tenders: Is This A New Challenge? *Revista Italian Antitrust Review*, mayo 2017. At. 112.

Ivo Gagliuffi Piercechi. La evolución de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Rev de la Competencia y la Propiedad Industria*, septiembre 2018, At. 51.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Delitos de celebración indebida de contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato Estatal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 19 (2000).

Jairo Rubio Escobar, Derecho de los mercados Propiedad industrial, Competencia, Protección al consumidor, Ed. Legis, 3 (2010).

Javier Mendoza Jiménez et al, La economía Social y la contratación pública: la herramienta de los contratos reservados. *Revista CIREC de Económica Pública, Social y Cooperativa*, noviembre 2019. At. 213.

Johanes San Miguel Giral, Contratación Pública y Colusión: Derecho de competencia frente al derecho administrativo. *Rev. Universitas*, julio 2017. At. 420.

Johannes San Miguel Giralt, Contratación Pública y Colusión. Derecho de Competencia frente al derecho administrativo. *Rev. Vniversitas*, mayo 2017. At. 377.

Johannes San Miguel Giralt, La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EEUU y América latina. *Revista Ius et Praxis*, febrero 2018. At. 757.

Jorge Avilés, La Nueva Ley de Libre Competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión. Ed. Serie Informe Legislativo, 44 (2014).

Jorge Eduardo Vázquez Santamaría, Algunos problemas “públicos” de la Contratación Estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. Revista Prologómenos - Derechos y Valores, enero 2018. At. 79.

Juan Carlos Ferre Olivé et al. Derecho Penal Colombiano: Parte General. Ed. Ibáñez, 5 (2010).

Juan Oberto Sotomayor, Consideraciones político-criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Revista Nuevo Foro Penal, enero 2003. At. 120.

Julia Laida Limpías, El método de estudio de casos como estrategia metodológica para desarrollar habilidades investigativas en la formación del jurista. Revista Bolivariana de Derecho, mayo 2012. At. 67.

Julio Cifuentes y Tomás Frenck. La persecución penal de la colusión en Chile: Análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.943. Tesis de licenciatura en Ciencias jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. (2018).

Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo General y colombiano. Ed. Temis, 9 (1996).

Marc Realp I Campalans, La lucha contra la colusión en la contratación pública. Revista Económica Industrial, s.f. At. 4.

Marco Antonio Jiménez Sánchez. El Delito de Colusión en la Contratación Estatal. Ed. Leyer. 10 (2019).

María Teresa Palacio Jaramillo, Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Revista de Derecho Público, junio 2002. At. 21.

Mónica Sofía Safar Díaz, La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿Nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? Revista Digital de Derecho Administrativo, junio 2018. At. 9.

Naushad Khan. Public Procurement Fundamentals: Lessons from and of the Field. Chapter I: What is public Procurement: Introduction. Ed. Emerald Publishing, 16 (2004).

Norberto Bobbio, Teoría General del Derecho. Ed. Temis 3 2002.

Oswaldo Artaza; Matías Belmonte & Germán Acevedo. El Delito de colusión en Chile: Propuesta analítica de la conducta prohibida a través de su interpretación como un acuerdo anticompetitivo. Revista Ius et Praxis, agosto de 2018. At. 549.

Paul Samuelson & William Nordhaus. Economía. Ed. Mc Graw Hill, 10 (1993).

Raul Carnevali Rodríguez. Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. Rev. Ius et Praxis, febrero de 2008.

Renato Vargas Lozano, El ejercicio de la Acción Penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional. Revista Cuadernos de Derecho Penal julio 2012. At. 59.

Ricardo Salazar Chávez, La contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato. Revista Derecho & Sociedad, junio 2004. At. 37.

Robert Bork. La regla de la razón y el concepto per se: la fijación de precios y el reparto de mercados. Rev. Yale Law Journal, diciembre 2003, At. 19.

Ronald Coase. La naturaleza de la firma en La empresa, el mercado y la ley. Ed. Alianza, 12 (1994).

Santiago Muñoz Machado, Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la administración. Revista de Administración Pública, agosto 1977. At. 526.

Víctor Andrés Sandoval Peña, Nulidad absoluta del Contrato Estatal por violación al deber de planeación. Revista Derecho Público, julio 2015. At. 5.

Viviana Elizabeth Jiménez Chávez & Cornelio Comet Weiler, Los estudios de casos como enfoque metodológico. Revista de investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, abril 2016. At. 32.

Yuri Gorbaneff. Contratación pública en Colombia y la teoría económica. Ed. Departamento Nacional de Planeación Documento, 205 (2002).

Yvan Legwiler y Elmar G Wofstter, Auctions and corruption; An analysis of bid rigging by a corrupt auctioneer. Journal of Economic Dynamics & Control, marzo 2010. At. 1872.