



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**Implicaciones de las prácticas restrictivas de competencia en Colombia, en el ámbito de la
contratación estatal en la modalidad de subasta inversa electrónica**

Ana Lucia Castañeda García

Deysy Alexandra Yepes Valencia

Estudiantes

Monografía presentada para optar al título

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de Posgrados

Medellín

2024

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés
Decano
Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora
Maestría en Derecho Administrativo

Angela María Bejarano
Directora de trabajo de grado

Línea de investigación
Monografía

Juan Esteban Vélez Villegas
Mateo Velásquez Cárdenas
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 27 de junio de 2024 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 11 de 2024.

Resumen:

A partir de la Constitución de 1991, en su artículo 333, se reconoce en Colombia el derecho a la libre competencia económica. Derecho que encuentra su legítima representación en el ámbito de la contratación estatal en el marco del principio de la libre concurrencia de oferentes. Sin embargo, dicho principio puede ser vulnerado por prácticas realizadas entre oferentes, e incluso, entre estos y entidades estatales, que buscan obtener beneficios indebidos en la selección de contratistas del Estado.

Por tanto, en esta monografía jurídica, se presentarán las prácticas ejecutadas por los oferentes en los procesos de selección de contratistas, especialmente en la modalidad de selección abreviada - subasta inversa de la Ley 1150 de 2007, que pueden vulnerar el derecho a la libre competencia.

Se analizarán las prácticas anticompetitivas, el tratamiento jurídico para sancionarlas, la función de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- en la garantía de este derecho y, de manera puntual, se abordará el caso de la Gobernación de Antioquia en el proceso de invitación No. 6179 de 2019, en el cual la SIC aplicó medidas jurídicas por prácticas colusorias.

Aunque el tema está sujeto a un amplio conjunto de normativas y regulaciones, que frecuentemente resultan insuficientes frente al sinnúmero de actos de corrupción que alteran el buen desarrollo del proceso contractual. Finalmente, como buena práctica, se compartirán las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE - 2019) en relación con la prevención de la colusión en la contratación estatal.

Palabras clave

Libre competencia, contratación estatal, prácticas restrictivas de la competencia, colusión.

Abstract :

Article 333 of the 1991 Constitution has recognized the right to free economic competition in Colombia. A right that finds its legitimate representation in the field of state procurement within the framework of the principle of the free competition of bidders. However, this principle can be violated by practices carried out between bidders, and even between them and state entities, which seek to obtain undue benefits in the selection of State contractors.

Therefore, in this legal monograph, the practices executed by bidders in contractor selection processes will be presented, especially in the abbreviated selection modality - reverse auction of Law 1150 of 2007, which may infringe the right to free competition.

Anti-competitive practices will be analyzed, the legal treatment to sanction them, the role of the Superintendence of Industry and Commerce (SIC) in guaranteeing this right and, in a particular way, the case of the Government of Antioquia will be addressed in the invitation process No. 6179 of 2019, in which the SIC applied legal measures for collusive practices.

Although the issue is subject to a wide set of rules and regulations, which are often insufficient in the face of the countless acts of corruption that alter the proper development of the contractual process. Finally, as a good practice, the recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD - 2019) in relation to the prevention of collusion in government procurement will be shared.

Keywords

Free competition, state contracting, restrictive practices of competition, collusion.

Tabla de contenido

Introducción	7
Planteamiento del Problema	9
Justificación	11
Objetivo General.....	13
Objetivos Específicos.....	13
Marco Teórico y Conceptual	13
La Corrupción y su Prevención: La Contratación Estatal y el Derecho de la Competencia.....	13
La Corrupción Administrativa en lo Público	15
La Corrupción en la Contratación Estatal.....	16
La Contratación Estatal y sus Modalidades	18
Licitación Pública	19
Concurso de Méritos.....	19
Contratación Directa	19
Selección Abreviada	20
Características de la Selección Abreviada y la Subasta Inversa Electrónica.....	22
La Subasta Inversa Electrónica.....	23
La selección Abreviada.....	23
La Libre Competencia Económica y las Prácticas Restrictivas de la Competencia	29
Descripción de las Principales Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Contratación Estatal	33
Acuerdos Colusorios Durante la Elaboración de los Pliegos de Condiciones	37
Acuerdos Colusorios Durante la Presentación de Ofertas	37
La Supresión de Ofertas.....	37
Ofertas Complementarias o de Resguardo.....	37
Rotación de Ofertas: (vid rotation)	38
Acuerdo de precios	38
Acuerdos Colusorios Durante la Ejecución del Contrato.....	38
Reparto de Asignación de Mercado	38
Ejemplos y Casos Relevantes que Ilustran Estas Prácticas.....	39
Caso 1: Subasta Inversa N. 6179 adelantada por la Gobernación de Antioquia:	39
María Eugenia Ojeda-Herida. Gerente comercial Deportivas Hérída. En Pasto-Nariño	40

Caso 2: Empresa Concesionaria Ruta del Sol y Agencia Nacional de Infraestructura (sobornos Odebrecht): imposición de medidas cautelares.....	44
Caso 3. San Martín-Conseguí: se hace apertura de Investigación y Formulación de Cargos	47
Prácticas restrictivas en la modalidad de selección abreviada-subasta inversa	48
Restricción en los Requisitos de Participación	49
Discriminación en la Invitación a Proveedores	49
Falta de publicidad.....	49
Colusión entre Proveedores	49
Actos o conductas que advierten la presencia de actos de colusión en los procesos de invitación pública de la contratación.....	49
Impacto de estas prácticas en la eficiencia y transparencia del proceso de contratación pública	51
La eficiencia.....	52
La Transparencia.....	52
Tratamiento jurídico para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas en la contratación estatal en Colombia	53
Marco legal y Normativo en Contratación Estatal	53
Generalidades del Marco Legal de la Contratación Pública	56
Disposiciones legales relacionadas con la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas en la contratación estatal	58
La función de La Superintendencia de Industria y Comercio en la protección del derecho constitucional a la libre competencia en el marco de la contratación estatal	60
Sanciones y consecuencias jurídicas por la realización de las conductas anticompetitivas.....	62
Derecho Administrativo Sancionador.....	63
Derecho Penal	64
Análisis del tratamiento jurídico actual para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas	64
Enfoque específico en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica	68
Enfoque específico en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica en Colombia.....	69
Recomendaciones	71
Conclusiones.....	73
Bibliografía citada.....	75
Bibliografía consultada	81

Introducción

A partir de la Constitución de 1991, se reconoce la libre competencia como un derecho de carácter económico y a la vez colectivo, en procura de un adecuado desarrollo de las relaciones económicas de las partes que intervienen en el proceso de la contratación estatal.

En virtud de esta garantía, es fundamental analizar las implicaciones de las prácticas restrictivas de competencia en Colombia, en el ámbito de la contratación estatal, especialmente en la modalidad de selección abreviada - subasta inversa. De esta manera, se pueden identificar las prácticas ejecutadas por los oferentes en estos procesos que vulneran la libre competencia.

Por tanto, el esclarecimiento pretendido se abordará a través de un breve análisis de las prácticas restrictivas utilizadas en el ámbito de la contratación estatal, pasando por el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio como máximo órgano para la garantía efectiva de este derecho, como por los fundamentos y tratamientos jurídicos para prevenir y sancionar las prácticas anticompetitivas.

También se analizarán algunos casos en los que la Superintendencia de Industria y Comercio ha aplicado medidas jurídicas por temas de prácticas colusorias, tendiendo como base el caso de la Gobernación de Antioquia en el proceso de invitación N. 6179 de 2019, que pretendía la adquisición de elementos de recreación y pedagogía para los organismos de la fuerza pública y/o judicial en el Departamento de Antioquia, por valor de \$239.580.395, y donde la SIC, mediante la resolución 12992 de 2019, da cuenta que los oferentes habilitados incurrieron en compromisos anticompetitivos los cuales fueron cumplidos por las partes.

Este análisis se enmarca en una perspectiva teórica de diversos autores, sus respectivos enfoques y por los marcos normativo y jurisprudencial respecto de la temática en análisis, con el fin de tener mayores claridades objetivas, técnicas y normativas, para alcanzar la garantía de los derechos constitucionales económicos, que cada vez se quedan cortas frente al sinnúmero de actos de corrupción que alteran el buen desarrollo del proceso contractual a nivel nacional.

Para concluir este análisis, se compartirán las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE - 2019) sobre la prevención de la colusión en la contratación estatal, las cuales pueden fomentar una mayor competencia.

Planteamiento del Problema

Con la presente investigación se busca analizar las implicaciones de las prácticas restrictivas de competencia en el ámbito de la contratación estatal, en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica, que llevará a encontrar las posibles consecuencias que trae, para la administración pública, la realización de pactos anticompetitivos entre los proponentes en los procesos de selección y de manera puntual en la modalidad de subasta inversa electrónica.

En Colombia, las entidades estatales por regla general se rigen por las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y tienen el deber de aplicación de los principios de transparencia, responsabilidad, celeridad, imparcialidad, economía, publicidad, debido proceso, entre otros, como se abordará la libre competencia que se extiende a los procesos de contratación del estado.

En este escenario, el Estado es uno de los mayores consumidores de bienes y servicios y es el encargado de asegurar que el suministro de dichos bienes se realice en igualdad de condiciones. De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, en su guía *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia* (2022), las prácticas restrictivas de competencia son aquellos acuerdos, actos y abusos de la posición dominante que se vuelven anticompetitivos, ya que se acuerdan entre competidores y se realizan restricciones a la competencia a través de actos malintencionados. Por lo tanto, las personas que intervienen en el mercado deben actuar teniendo en cuenta los límites establecidos en la ley y preservando la libre competencia, de manera que no se impida la participación de las empresas en los mercados de servicios y bienes.

Así las cosas, la realización de las mentadas prácticas restrictivas de la competencia pueden conducir a la asignación injusta de contratos públicos, debido a que al ponerse de acuerdo los competidores para limitar la competencia, se reduce la posibilidad de que otros contendientes puedan ofrecer mejores términos y condiciones, lo que a su vez puede llevar a la asignación de dicho contrato a un proponente en específico que no posea las condiciones más adecuadas para el desarrollo del objeto contractual y en un futuro generar costos adicionales por la mala ejecución del contrato.

Debido a la presencia de estas diversas situaciones, el derecho a la competencia tiene un papel importante, el cual se encuentra bajo la vigilancia de la SIC y será el encargado de prevenir y sancionar las prácticas restrictivas, con el fin de garantizar un proceso de contratación estatal justo, transparente y eficiente. Del mismo modo, surgen otras normas de carácter imperativo que

ayudan a combatir este tipo de conductas, tal y como lo es el Estatuto Anticorrupción (Ley 1474, 2011), teniendo como finalidad dictar normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción; dichas normas se complementan conjuntamente para proteger la libre competencia económica, las instituciones públicas y su patrimonio.

Conforme a la Ley 80 de 1993 se establece en su artículo 25 mediante el principio de economía, que las entidades estatales deben garantizar la eficiencia y celeridad en todas las actuaciones y del contratista, lo que se refleja en la agilización de los trámites. Adicionalmente, busca que no se presenten dilaciones o retardos injustificados en la selección del contratista y en la ejecución del contrato.

Además, en línea con Benavides (2004), es preciso mencionar que la actuación de la Administración representada en las entidades estatales, también actúa por los principios constitucionales que rigen la función administrativa, determinados en el artículo 209 de la Constitución Política y 3 de la Ley 1437 de 2011 y hasta los del derecho privado (al ser considerados no un régimen subsidiario sino un régimen común en la contratación estatal), tienen una aplicación directa en los contratos estatales y por lo tanto regulan la materia.

Por lo anterior, en esta monografía se aborda en concreto la modalidad de selección de subasta inversa electrónica, el desarrollo de sus etapas, las implicaciones que tienen la misma en el mercado, la ocurrencia de acciones restrictivas de la libre competencia, conceptos y análisis de situaciones concretas; pues si bien existen diferentes modalidades de selección, la subasta inversa electrónica al ser mediada por las tecnologías de la información trae consigo más complicaciones que las demás, debido a que pueden haber distintas prácticas restrictivas específicas como manipulación del proceso, haciendo uso de cuentas falsas para hacer ofertas con el objetivo de aumentar el precio final, la adjudicación del proponente inadecuado, fallas técnicas, o falta de participación, ya que al ser electrónica pueden haber oferentes que no cuenten con los recursos tecnológicos para participar.

De esta manera, la SIC, la Ley 80 de 1993 y el Estatuto anticorrupción, dan pautas para evitar la práctica restrictiva de la competencia desleal, pero deben analizar su ocurrencia, formas de detención y mecanismos eficaces para evitarla; toda vez que esta práctica evita que la administración obtenga reales descuentos de los productos que adquiere mediante los procesos de selección de subasta inversa electrónica.

Así las cosas, la presente investigación busca analizar las implicaciones de las prácticas restrictivas de competencia en el ámbito de la contratación estatal en Colombia, con el objetivo de aportar reflexiones sobre la posible aplicación de estas prácticas en la modalidad de subasta inversa electrónica, y ofrecer recomendaciones para los funcionarios y entidades públicas, con el fin de evitar este tipo de prácticas. Esto se resuelve, desarrollando los temas que a continuación se presentan, a través de una metodología analítico-descriptiva, haciendo un análisis documental, toda vez que esta investigación describe el fenómeno que se presentó en la Gobernación de Antioquia, permitiendo así tener una visión más completa con relación al tema tratado y comparar frecuencias factores y resultados.

Justificación

La Ley 80 de 1993 establece las reglas y principios que rigen los contratos que celebren las entidades sujetas a éste. Allí, se disponen las directrices de cada proceso, de los procedimientos y sus etapas que deben surtirse a lo largo del proceso. Ahora bien, la integración de las comunicaciones y las tecnologías de la información en las compras públicas se incorporan con la ley 1150 de 2007, como mecanismos para contribuir a la modernización, optimización y transparencia de la contratación estatal (Luna, 2016, p. 4).

Por tanto, la Ley 1150 de 2007, establece de manera expresa, un marco jurídico que garantice la transparencia, la eficiencia y la eficacia en la gestión pública de los recursos destinados a la contratación de bienes y servicios por parte del Estado, para asegurar que los recursos públicos sean destinados de manera responsable, y así evitar situaciones de corrupción en cada una de las modalidades de selección de la contratación estatal.

A través de las disposiciones de esta ley, se buscó restringir la discrecionalidad de los intervinientes en los procesos de contratación a través de la despersonalización, estandarización y automatización de los procesos. No obstante, superada la etapa precontractual y llegada a la de publicación de la apertura del proceso de selección, queda abierta la ventana para que se celebren acuerdos que restringen la competencia entre los proponentes o que vulneran el principio de selección objetiva al que están sujetos las entidades, dando lugar a una asignación ineficiente de los recursos públicos (Mantilla, 2014, p. 141). Una evidencia de esto, y que será objeto de estudio en este trabajo, ha sido el caso abordado en la resolución 12992 de 2019 de la SIC, a través del

cual se declaró probada la práctica anticompetitiva de colusión en 101 procesos de contratación iniciados por la Gobernación de Antioquia.

En palabras de la SIC la autoridad administrativa en materia de competencia económica:

La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público (SIC, s.f., pág. 8).

Como se advirtió, pese a que las normas en la materia han intentado anticiparse a tales riesgos de operar de manera anticompetitiva y corrupta, existen escenarios que escapan del propósito del legislador. Por esta razón, resulta de relevancia jurídica desarrollar un estudio en el que se aborde el tratamiento e implicaciones de las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal, en particular, en los procesos de selección abreviada en la modalidad de subasta inversa electrónica, a partir del análisis de doctrina y pronunciamientos del Consejo de Estado, Corte Constitucional y la Superintendencia de Industria y Comercio, con un énfasis importante en el caso resuelto en la resolución 12992 de 2019 expedida por la SIC.

Conforme a las investigaciones consultadas para elaborar este escrito, estas centraron su punto de interés en la naturaleza jurídica y aplicación del derecho a la libre competencia, en la división de la ciencia jurídica en derecho público y privado, en la efectividad de la modalidad de subasta inversa electrónica y en las prácticas anticompetitivas que existen en el mercado nacional e internacional. Asimismo, estas determinaron que, si bien existe normatividad, la cual regula el proceso de contratación estatal, a través de la subasta inversa electrónica, esta es deficiente, lo que conlleva a que en el proceso existan diversas complicaciones, tales como las prácticas restrictivas de la competencia, las cuales afectan el principio de selección objetiva de la contratación estatal.

Por lo anterior, se desea abordar las implicaciones jurídicas que conlleva la realización de las prácticas restrictivas de la libre competencia, en la modalidad de contratación estatal de subasta inversa electrónica, con el fin de determinar su impacto en las entidades públicas, los funcionarios públicos y en la sociedad.

Objetivo General

Establecer las implicaciones jurídicas de las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal, en particular en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica.

Objetivos Específicos

- Identificar las principales prácticas restrictivas de competencia en Colombia, en el ámbito de la contratación estatal.
- Evaluar el tratamiento jurídico para prevenir y sancionar las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal en Colombia. en particular en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica.
- Analizar las prácticas anticompetitivas más comunes en contratación estatal y cómo estas prácticas restringen la libre competencia.
- Explicar conceptualmente las implicaciones jurídicas de las ocurrencias de las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica: Caso Gobernación de Antioquia.

Marco Teórico y Conceptual

La Corrupción y su Prevención: La Contratación Estatal y el Derecho de la Competencia

Luego de revisar diversas fuentes bibliográficas, encontramos que no existe un concepto unánime que plantee la definición completa de corrupción que se presenta en diversos campos de la sociedad, tanto en el sector público como en el privado. Por tal motivo, se presentarán algunos conceptos de que de una u otra forma llegan a la contratación pública a través de prácticas como la colusión, tema central de esta investigación.

De manera general, la palabra *corrupción* significa algo arruinado, defectuoso, desgradado o viciado, es decir, algo que “ha sido desviado hacia una forma inferior o peor” (Cepeda, 1994).

Por su parte el Diccionario de la Lengua Española define la palabra corrupción como: “(Del lat. *Corruptio*, -ōnis). f. Acción y efecto de corromper” (RAE, 2001).

Ahora bien, en una mirada a las personas que participan en los actos de corrupción, en este caso las del sector público, y en palabras de Laporta & Álvarez (1997): “los actos de corrupción, son aquellas situaciones en las que un servidor público abusa de su autoridad cuando obtiene un ingreso

adicional de algún tipo de recurso público o cuando se desvían de sus deberes del cargo público” (pp. 303, 313).

Desde una visión de la función pública, tal como lo indica Pérez (2004), la corrupción se define como “la forma de actuar por fuera de los parámetros y normas establecidas para el ejercicio de la función pública es un comportamiento que se aparta de las obligaciones normales a causas de motivos privados, familiares o pecuniarios” (p. 821).

En esta misma línea, para E. Joseph Nye, citado por Mexía, (2001, p. 59): “la corrupción es aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo públicos a causa de ganancias personales, pecuniarias o de status, o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos tipos de influencia particular”. Siguiendo los lineamientos en que se viene sustentando esta definición, pareciera que la corrupción esta solo asociada al sector público, por lo que López (1998), manifiesta que:

La corrupción no es un fenómeno propio de la esfera pública de una sociedad, sino una práctica generalizada que ocurre y afecta todos los sectores y estamentos que existen en la misma; es una práctica que perjudica a todos y que puede aparecer en cualquier contexto y en cualquier actividad humana, ya sea pública o privada (pp. 176, 179).

Lo anterior apoyado por el profesor Cepeda (1994), que indica:

la corrupción es un intercambio consensual que involucra al menos dos partes capaces -una de las cuales ocupa una posición de poder mediante la cual busca beneficiarse-, y son conscientes de que están violando las reglas o los valores que sostienen el interés general de un sistema o una sociedad (pp. 47, 92).

Teniendo en cuenta aspectos como la ética y la moral, es importante revisar los postulados de Adela Cortina (1998), sobre la desviación de valores que hoy se cimenta el que hacer de una sociedad, desviando en lo público y en lo privado los valores, normas, leyes o creencias en cuanto a ética pública se refiere, permitiéndose indicar que:

ética pública se hace referencia como es obvio, a la vida pública en su conjunto, es decir, no sólo a las organizaciones e instituciones del Estado, sino también a cuantas tienen con sus actuaciones consecuencias públicas y precisan, por tanto, ser públicamente legitimadas: las entidades económicas y empresariales, las organizaciones y asociaciones cívicas, las actividades profesionales y la opinión pública (p. 218).

Al igual que lo postulado en las palabras de José López (1998): “la corrupción es un desvío de los valores éticos en la conducta o comportamiento de algunos individuos y que genera una situación propicia para el ilícito” (pp. 176, 179).

Si lo analizamos desde la moral cívica, la autora María Elena Álvarez Bernal (2005), la define como:

mínimos compartidos entre ciudadanos que tienen distintas concepciones del hombre y diferentes ideales de vida, mínimos que los llevan a considerar como fecunda su convivencia. La moral cívica propone los mínimos axiológicos y normativos compartidos por la conciencia de una sociedad pluralista, desde los que cada quien debe tener plena libertad para hacer sus ofertas de máximos y desde los cuales los miembros de esa sociedad puedan tomar decisiones morales compartidas en cuestiones de ética aplicada (p. 55).

Lo anteriormente expuesto, indica que la corrupción no es tan fácil de definir, sin embargo, ha estado presente a lo largo de la historia, y más aún en las sociedades contemporáneas y es así como Jesús González. (1992), indica que el mismo Séneca expresó hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos.

La Corrupción Administrativa en lo Público

La corrupción en los administradores públicos es sinónimo de la decadencia del Estado y al respecto, José López (1998), manifiesta que la corrupción administrativa es “una conducta que se desvía de los deberes normales de un cargo público por considerarse privadas, pecuniarias o de estatutos; o aquella que viola normas restrictivas de cierto tiempo de influencias en beneficio privado” (p. 32).

Ahora bien, los supuestos de la corrupción se pueden identificar en conductas atípicas como el soborno, la extorsión, alteraciones fraudulentas del mercado, malversaciones y fraudes, especulación financiera con fondos públicos o la colusión, que para el caso que nos ocupa, según Laporta & Álvarez (1997, p. 372), es:

un tipo de corrupción indirectamente relacionado con las administraciones públicas y en perjuicio del interés general, que se produce cuando ciertas empresas o agentes económicos que pugnan por una adjudicación o concesión pública se ponen de acuerdo entre sí para controlar el tipo mínimo de oferta en la subasta y se reparten entre sí los beneficios (los llamados «subasteros», por ejemplo).

Presentados los elementos que identifican la corrupción administrativa, facilita identificar estas prácticas en el que hacer de la gestión pública y para el caso que nos ocupa, la contratación estatal, a continuación, se presentan algunos de estos elementos.

La Corrupción en la Contratación Estatal

En términos generales y en línea con Castro (2009): “la corrupción en la contratación estatal, es entendida como la desviación del interés público, desarrollada a través del abuso del cargo, a fin de obtener un beneficio del acuerdo celebrado por la administración pública con los particulares” (p. 32). Si bien en lo público se encuentra muy reglado los procedimientos de selección de contratistas, el profesor Carlos G. Castro (2009), hace la siguiente reflexión respecto de estas malas prácticas así:

Lo peor es que mientras se persigue sin cuartel a muchos funcionarios imprudentes pero honestos, la corrupción más grave apenas si se ha comenzado a investigar: la variación de materiales, la estructuración amañada de los diseños de las obras, la modificación de los trazados y la subcontratación en cadena, lo cual permite que una multinacional se quede con más del cincuenta por ciento del valor de una obra sin colocar un sólo ladrillo. Esto se agrava cuando siquiera responden en caso de incumplimiento o cuando tampoco lo hacen algunas empresas aseguradoras, a las que se les pagan millones de dólares en pólizas de cumplimiento, para que luego se amparen en la corrupción para no cumplir (p. 21).

Cuando nos referimos a las modalidades de selección de contratistas, en especial la licitación pública, que es la regla general para seleccionar las contratistas en el estado colombiano, en un escenario de competencia abierta, se presenta corrupción cuando esta es manipulada para que al final gane un licitante preseleccionado. Como todo fenómeno o flagelo, para lo público o lo privado, tiene unas causas y efectos. En cuanto a las causas, estudios sobre el tema dan cuenta que los aspectos más significativos para que se de esta conducta, son los de carácter económico, político, sociales, éticas y morales. Es así como desde el mismo Ministerio de Gobierno (1994), Bertrand de Seville indica que:

la única causa de la corrupción, arraigada, generalizada y sistemática, la culpa sería del Estado; ésta surge cuando el Estado y el sistema de empresa que se crea no pueden, o no desean cumplir con las expectativas de los ciudadanos. El fenómeno continúa cuando el Estado y el sector privado no muestran alguna indicación de poder cumplir con esas expectativas o al menos tratar de hacerlo (p. 554).

Para el caso colombiano, y en palabras de Miguel Carbonell (2009, p. 59):

la corrupción puede verse favorecida por factores como salarios públicos bajos, falta de estabilidad en el empleo público, ausencia de sanciones drásticas en el sector público para estas prácticas, el narcotráfico, la violencia de los grupos guerrilleros y la ineficiencia del sistema de administración pública.

Claro que para Bruno Rezzoagli (2005):

La causa principal que origina la corrupción en el sector público surge en el ámbito de una sociedad que, en la esfera privada, tolera esas mismas pautas, si el sector privado fuera intachable, el público lo fuera, es decir “cada sociedad tiene el nivel de corrupción que se merece (p. 247).

Es entonces que la tolerancia del sector privado o la misma sociedad es lo que permite y reafirma las prácticas corruptas en el sector público.

Finalmente, cuando de la eficiencia del estado se trata y más aún en los procesos de contratación, es preciso traer a colación, el postulado de José Félix Lafaurie Rivera (2002), indicando que: “para que el Estado sea un eficiente comprador, debe velar porque las transformaciones se lleven a cabo en un escenario lo más competitivo posible, donde los agentes económicos privados actúen sin ejercer posiciones dominantes” (p. 146).

Entonces, la falta de cumplimiento de estas condiciones básicas lleva a la ineficiencia estatal y a la posibilidad de corrupción, lo que permite que algunos actores públicos y privados obtengan beneficios indebidos en perjuicio del patrimonio público.

Lo anterior indica que la falta de claridad en los conceptos genera inseguridad jurídica para el estado colombiano, dando lugar así a la ineficiencia en el estado. Dichas ineficiencias en el estado tienen unos efectos, que por lo general se reflejan en el desarrollo económico por el malgasto de los recursos públicos, especialmente los recursos que soportan la contratación pública, impidiendo el avance del bienestar económico de la sociedad, y es precisamente Kofi A. Annan, Ex Secretario General de las Naciones Unidas, quien manifiesta que:

la corrupción se da en todos los países (grandes o pequeños, ricos o pobres) pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. Afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras; siendo un factor fundamental del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, p. III).

Es así como se concluye que la corrupción es un flagelo que afecta la gestión pública, especialmente en actividades como la contratación pública, perjudicando con ello altamente el erario, que a su vez a través de la contratación pretende dar cumplimiento a los fines mismos del estado para garantizar a las comunidades el acceso a los bienes y servicios públicos.

La Contratación Estatal y sus Modalidades

Debido a las grandes cuantías de dinero que el Estado destina para la prestación de los servicios públicos, satisfacer las necesidades esenciales de las comunidades y demás fines del estado en virtud del interés general, y dada la importancia que este proceso representa para el bienestar de la población, en aras a salvaguardar este deber del Estado, la Corte Constitucional, en su Sentencia C-713/09 (7 de octubre de 2009), aportó:

Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y “en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos -instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas (pp. 24 - 25).

Por tanto, la corrupción en la contratación estatal frena el crecimiento y desarrollo económico de un país, además de perpetuar la pobreza, donde los ciudadanos pierden la confianza en los servidores públicos y sus instituciones.

Para mitigar este flagelo y tratar de combatir los bajos niveles de eficiencia y eficacia en la gestión pública y ofrecer unas mejores condiciones a la ciudadanía, en hora buena llegan a través de la contratación estatal, las políticas públicas a las que se da cumplimiento a través de unos procesos de selección o invitación pública debidamente estructurados en el denominado estatuto de la contratación, del cual nos ocuparemos a continuación, advirtiendo que nos detendremos para el caso que nos ocupa en la Gobernación de Antioquia, de la modalidad de la subasta inversa electrónica y la ocurrencia de acciones restrictivas de la libre competencia.

Modalidades

De acuerdo con Jara (2018, pág. 18):

la contratación estatal tiene como objetivo regular todos los procedimientos llevados a cabo por las entidades estatales para satisfacer y cumplir los objetivos fundamentales del Estado a través de la celebración de contratos, según lo establecido en la Ley 80 de 1993.

Por lo anterior, el régimen de contratación estatal se encuentra regido por la Ley 80 de 1993, la cual dispone las reglas y principios que rigen los contratos en las entidades estatales, en su artículo 3 en términos generales indica que los servidores públicos deben considerar que, al celebrar y ejecutar contratos, las entidades buscan cumplir los objetivos estatales, prestar servicios públicos de manera continua y eficiente, y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos. Los particulares, al contratar con entidades estatales, colaboran en la consecución de los fines públicos y asumen responsabilidades sociales. En donde las acciones en la contratación estatal deben guiarse por los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como por las normas y reglas que rigen la función administrativa y la conducta de los servidores públicos, incluyendo los principios generales del derecho y del derecho administrativo.

Conforme a la Ley 80 de 1993, la contratación estatal se regirá por los principios de transparencia, economía, buena fe, publicidad, debido proceso y responsabilidad, en concordancia con los postulados que rigen la función administrativa; conmutatividad; equilibrio económico del contrato; planeación y selección objetiva.

Aunado a lo anterior, con la ley 1150 de 2007, se introducen unas medidas para la eficiencia y transparencia en la escogencia del contratista, con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

Licitación Pública

Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993), en el parágrafo del artículo 30, define la licitación pública como “el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y la entidad seleccione entre ellas la más favorable” (p. 22)

Concurso de Méritos

Acorde a lo dicho por Dussan & Herrera (2012), se refiere al “procedimiento mediante el cual una entidad selecciona un contratista tomando en consideración únicamente las calidades individuales del proponente, como la experiencia, la formación académica, su actividad intelectual, sin incluir el precio” (p. 17).

Contratación Directa

Conforme al Manual de contratación expedido por el Departamento Administrativo de Función Pública, en adelante DAFP, las causales de Contratación Directa de uso más frecuente son:

“Contratos y/o Convenios Interadministrativos, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado y contratación de encargos fiduciarios y fiducia pública” (DAFP, s.f., pág. 14).

Selección Abreviada

El artículo 1 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007 (16 de julio de 2007) dispone que:

La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (p. 1).

De otro lado, Dussan & Herrera (2012), indican que “la ley prevé que se puedan utilizar diferentes procedimientos, entre los cuales se contemplan la subasta, la subasta inversa o por menor precio, compra por catálogo sobre acuerdos marco y compra en bolsa de productos” (p. 10).

En línea con lo anterior, es decir el mecanismo de la subasta inversa, está definida por el Decreto 734 (2012) como “una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones” (p. 9).

Para la realización de la subasta, el artículo 3.2.1.1.1. del citado decreto dispone que cada bien o servicio debe tener una ficha técnica que incluirá su denominación común y técnica, las características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad, la unidad de medida y una descripción general del mismo.

Dussan & Herrera (2012), recomiendan que antes de llevar a cabo la subasta, se deberá realizar un estudio para verificar que los interesados cumplen con los requisitos necesarios y se les otorgará un plazo para que corrijan cualquier incumplimiento. Después de este plazo, se llevará a cabo la subasta con al menos dos proponentes habilitados. Si no hay suficientes proponentes, se concederá directamente la adjudicación, siempre y cuando la oferta no exceda el presupuesto oficial y el proponente esté dispuesto a reducir el precio al menos una vez el margen mínimo establecido en los pliegos. La subasta puede ser en línea o presencial, pero en ambos casos, las propuestas deben ser presentadas por escrito.

La subasta inversa según Aguirre (2012; citado en Cañón, M., 2016), puede tener ventajas, como:

1. Ahorros para las entidades contratantes, en especial respecto a la reducción del precio.
2. Adjudicación inmediata y objetiva.
3. Transparencia y publicidad.
4. Potencial aumento de proveedores, ya que va dirigido a todos los habilitados para dar ese tipo de bienes y/o servicios.
- 5.

Despersonalización de las ofertas, evitando subjetividades y posibles beneficios. 6. Sensible disminución de tiempo en el procedimiento (p. 3).

Finalmente, Lemos, (2009) sostiene que:

otras ventajas en la utilización del mecanismo en la contratación pública se encuentran en la estricta impersonalidad y objetividad de los procedimientos y en la igualdad de acceso a informaciones porque el sistema electrónico es el único canal de información y comunicación durante el proceso; todos los eventos durante el transcurso del procedimiento son grabados y permiten auditorias posteriores (p. 5).

De otro lado, mencionamos que son pocos los estudios en Colombia que se han realizado que den cuenta de las ventajas favorables de utilizar el mecanismo de la subasta inversa luego de la implementación de la Ley 1150 de 2007, de los cuales destacamos el *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, de Mónica Safar, quien menciona que:

Es posible que el precio no sea el factor determinante y ni siquiera el que más ventaja comparativa dé en la ponderación de factores; se debe revelar la información real sobre la valoración del objeto del contrato por parte del proponente a partir de los precios ofrecidos por los otros participantes. Establece que la colusión es más probable en una subasta inversa, cuestión que debe tenerse en cuenta al momento de solicitar las ofertas. Relaciona a Stigler y Gupta quienes expresan que los factores de existencia de poco participantes en el mercado y la presencia del mismo grupo de proponentes en los procedimientos contribuyen a la cartelización (Safar, 2009, p. 45).

Adicionalmente, la autora afirma que:

Si hay riesgo de colusión entre los proponentes, la entidad estatal puede aumentar sus ganancias esperadas estableciendo un precio mínimo aceptable mayor que el que sería óptimo para él si no hubiera posibilidades de colusión. Si todos los proponentes coluden, un precio mínimo aceptable más alto permite resolver de forma más favorable para la entidad estatal el problema de monopolio bilateral resultante (p. 62).

Concluyendo de manera general, que el secreto del precio de reserva por parte de la entidad estatal puede ser una medida para evitar la colusión entre proponentes. Las subastas por Internet pueden fomentar la participación de proponentes al hacerlas más accesibles, dificultando así la obstrucción de otros proponentes por parte de aquellos involucrados en un acuerdo colusivo. (Safar, 2009, p. 62).

Por su parte, la Superintendencia e Industria y Comercio a través de su *Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones* indica que:

las adquisiciones del sector público de bienes y servicios entregan al Estado un poder financiero enorme e involucran grandes volúmenes de capital, haciendo mucho más agresiva la competencia entre las empresas, pero también propicia las conductas que a la luz de los fines de la subasta inversa pueden ser contrarias a los principios de ésta (SIC, 2009, p. 13).

Otra investigación a resaltar es la tesis de Alejandro Infante; *La concurrencia de proponentes en la subasta inversa* (2013), que afirma en términos generales que las subastas son un negocio que ha adquirido una importancia en la contratación estatal en los últimos 50 años, en donde el empresario con unos mínimos conocimientos de la teoría de juegos y subastas participa en el negocio, sin medir las consecuencias finales.

Para concluir, en lo que concierne a la selección de contratistas a través de la licitación pública, en especial a través del procedimiento de la subasta inversa, se precisa que este mecanismo ha tenido modificaciones legales en pro de regular y garantizar los principios constitucionales y legales, además de garantizar la ejecución correcta de presupuesto dando paso a los cambios establecidos por los medios electrónicos como lo son las compras electrónicas, del cual Colombia ha sido ya pionero en el tema, con un único fin, salvaguardar los principios de la gestión y el presupuesto público.

Características de la Selección Abreviada y la Subasta Inversa Electrónica

La modalidad de selección abreviada y la subasta inversa electrónica son herramientas utilizadas en el proceso de contratación pública en Colombia. Ambas tienen como objetivo agilizar y transparentar los procesos de contratación.

La Modalidad de selección abreviada: se encuentra regulada en la Ley 1150 de 2007 y su objetivo es simplificar y acelerar los procesos de selección, priorizando la eficiencia y la transparencia. Se puede utilizar cuando el valor total del contrato es inferior a una cuantía determinada, establecida por la normativa, o cuando se cumplan ciertas condiciones específicas previstas en la ley. Su actuar se fundamenta en la Ley 1150 de 2007. Art. 2. Núm. 2. Literales b) y ss. Decreto 1082 de 2015. Arts. 2.2.1.2.1.2.20. y ss.

Existen diferentes tipos de selección abreviada, como la selección abreviada de menor cuantía, la selección abreviada por subasta inversa o la selección abreviada para la contratación de obra pública. Cada uno se aplica según las circunstancias particulares de cada contrato. La

selección abreviada implica procedimientos más cortos y simplificados, lo que permite agilizar la contratación sin perder de vista los principios de transparencia, imparcialidad y eficiencia.

La Subasta Inversa Electrónica

Es una modalidad de selección que se realiza a través de plataformas electrónicas, donde los interesados pueden presentar ofertas para un contrato determinado, y el precio se va reduciendo sucesivamente hasta encontrar al oferente que presente el precio más bajo. Esta modalidad tiene como principal objetivo, encontrar al proveedor que ofrezca la mejor relación calidad-precio, incentivando la competencia entre los oferentes.

Está regulada por el Decreto 1082 de 2015 y se utiliza principalmente en contratos de bienes y servicios de bajo valor o en aquellos en los que el precio es uno de los criterios determinantes para la adjudicación. Esta modalidad promueve la eficiencia y la transparencia en el proceso de selección, permitiendo a los oferentes competir en igualdad de condiciones y obtener un precio más favorable para el contratante.

Es importante destacar que tanto la modalidad de selección abreviada como la subasta inversa electrónica, buscan simplificar y agilizar los procesos de contratación pública, permitiendo una mayor participación de los interesados y asegurando la transparencia y eficiencia en la selección de proveedores. Sin embargo, es esencial que se cumplan todas las normas y procedimientos establecidos por la ley para garantizar la legalidad y la igualdad de oportunidades en los procesos de contratación.

La selección Abreviada

Es una de las modalidades de selección objetiva de contratistas. Está compuesta por varios procedimientos, todo ello para apuntarle a la eficiencia y transparencia en la contratación. Para determinar las características de cualitativas de esta modalidad de selección, nos hemos apoyado en el Fondo de Adaptación (s.f.) que, en su *Normativa legal y reglamentaria selección abreviada de menor cuantía*, hace un análisis cualitativo de los criterios involucrados en el proceso de selección, considerando aspectos como cuantía, menor número de requisitos y procedimientos simplificados. Criterios que contribuyen a garantizar que el proceso de selección abreviada sea transparente y equitativo para que los recursos del Estado se asignen de manera óptima. Estas características son:

- **Cuantía:** La selección abreviada se aplica cuando el valor total del contrato es inferior a una cuantía determinada, establecida por la normativa correspondiente. Esta cuantía varía dependiendo del tipo de entidad contratante (por ejemplo, organismos del Estado, entidades territoriales, etc.) y es actualizada periódicamente.
- **Procedimientos simplificados:** La selección abreviada implica procedimientos más cortos y simplificados en comparación con otros tipos de selección, como la licitación pública. Esto permite agilizar la contratación y reducir el tiempo necesario para llevar a cabo el proceso.
- **Menor número de requisitos:** En la selección abreviada, se reducen los requisitos que deben cumplir los interesados para participar en el proceso de contratación. Por ejemplo, en algunos casos, no es necesario presentar una garantía de seriedad de la oferta o se pueden solicitar menos documentos de soporte.
- **Criterios de selección:** Los criterios de selección para la adjudicación de un contrato en la modalidad de selección abreviada pueden variar según la normativa y las condiciones particulares de cada entidad contratante y contrato específico. Pueden incluir aspectos como el precio, la calidad, el tiempo de entrega, la experiencia, entre otros.
- **Flexibilidad:** La selección abreviada proporciona mayor flexibilidad a la entidad contratante para adaptar el proceso de contratación a sus necesidades específicas, siempre dentro del marco normativo establecido. Esto permite abordar de manera más ágil y eficiente contratos de menor cuantía.

Es importante destacar que la selección abreviada debe llevarse a cabo cumpliendo los principios de transparencia, imparcialidad y eficiencia. A pesar de los procedimientos simplificados, es crucial seguir los lineamientos legales y garantizar una competencia justa entre los interesados en la contratación.

Como se mencionó anteriormente, existen diferentes tipos de selección abreviada según las circunstancias particulares de cada contrato y las entidades contratantes. Por tanto, es indispensable consultar la normativa y reglamentación específica aplicable a cada caso para tener una visión completa de los requisitos y características de la selección abreviada en cada contexto. Esta modalidad, en armonía con la ley 1150 de 2007, se utiliza para agilizar y simplificar procesos de contratación, indicando además que serán causales las siguientes condiciones:

- Adquisición o suministro de bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, sin importar cuantía: para tramitar esta modalidad de contratación, los bienes o servicios que se pretenden adquirir deben reunir estas dos condiciones:
 - tener características técnicas uniformes y
 - ser de común utilización.

Ahora bien, la citada norma, en el artículo 2, numeral 2, literal a), los define de manera general, como aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Por tanto, se tiene que, bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización, son los demandados y ofrecidos en el mercado, prestan la misma utilidad y satisfacen idénticas necesidades a la administración, con independencia de la marca o nombre comercial o de su apariencia física. Así lo plantea la Ley 1150 de 2007 (16 de julio de 2007):

- La contratación de menor cuantía: sujeta a los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.
- Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 1122 de 2007, la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.
- La contratación cuyo proceso de licitación pública haya sido declarado desierto; en cuyo caso la entidad deberá iniciar la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaración de desierto del proceso inicial
- La enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.
- Los productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.
- Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.
- Los contratos de las entidades, a cuyo cargo se encuentre la ejecución de los programas de protección de personas amenazadas, programas de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, entre otros.

- La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.

Finalmente, el literal adicionado por el artículo 54 de la Ley 2195 de 2022:

Los bienes y servicios no uniformes de común utilización por parte de las entidades públicas, para lo cual la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente - podrá celebrar acuerdos marco de precios y demás instrumentos de agregación de demanda. Estos acuerdos marco de precios también serán de obligatorio uso de las entidades del Estado a las que se refiere el parágrafo 5 del artículo 2 de la presente ley, modificado por el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019.

De manera seguida, la ley 1150 de 2007, estableció para este tipo de contratación los siguientes procedimientos:

1. Subasta inversa, que puede a su vez ser electrónica o presencial.
2. Acuerdo marco de precios.
3. Bolsa de productos.

Por otra parte, se precisa que, en el marco de la teoría de la modernización administrativa, nace la aplicación de instrumentos como el sistema de concursos, licitaciones y subastas, entre otras para incrementar la participación del sector privado en las actividades públicas (Pichardo, 2004, p. 239).

Así las cosas, se transforma la contratación en el medio de comunicación del sector público, crea un Estado contratista, en el que los recursos son administrados por medio de una serie de contratos que cubrirán los objetivos y las tareas del gobierno en materia de adquisición de bienes y prestación de servicios (Pichardo, 2004, p. 240).

Este ejercicio de modernización incluye la adopción de herramientas tecnológicas en el sector público lo que a su vez incrementa el número de participantes en los procesos contractuales y se incrementa el nivel de competencia y decrece en mayor medida los precios. (Prada, 2005, p. 14).

Por tanto, una vez expuesto lo anterior, para el presente ejercicio académico, nos ocuparemos de la Subasta inversa exponiendo sus características.

La Ley 1150 de 2007 define subasta inversa como una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, esperando que esto fuera un instrumento idóneo en la administración del recurso público.

La principal razón para la implementación de la subasta inversa es el ahorro que en términos generales representa para las arcas estatales, según la exposición de motivos de la Ley

1150 de 2007, expone entre otros que la subasta inversa electrónica funciona por su agilidad y simplicidad, reduciendo los costos de transacción que encarecen la contratación pública; además, se eliminan espacios que puedan ser utilizados para ofrecer coimas en la adjudicación de contratos y contribuyendo así a la transparencia (exposición de Motivos Proyecto de Ley 020 de 2005 - Ley 1150 de 2007). Así las cosas, a continuación, se presentan algunas características específicas de la subasta inversa electrónica en Colombia:

- **Uso de plataformas electrónicas:** la subasta inversa electrónica en Colombia se lleva a cabo a través de plataformas electrónicas habilitadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). Estas plataformas brindan un entorno virtual seguro y transparente donde los proveedores pueden participar y presentar sus ofertas.
- **Adjudicación basada en el precio más bajo:** en Colombia, el criterio principal para la adjudicación de un contrato a través de subasta inversa electrónica es el precio más bajo ofertado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que también puede haber otros criterios adicionales establecidos previamente por el comprador, como la calidad o la capacidad técnica del oferente.
- **Etapas sucesivas y reducción del precio:** la subasta inversa electrónica en Colombia se lleva a cabo en rondas o etapas sucesivas, donde el precio inicial establecido por el comprador va disminuyendo en cada ronda. Los proveedores pueden ajustar sus ofertas en cada ronda para tratar de ofrecer el precio más bajo y competir por la adjudicación del contrato.
- **Tiempo límite para ofertas:** En la subasta inversa electrónica en Colombia, hay un tiempo límite establecido para que los proveedores puedan presentar sus ofertas. Una vez finalizado este plazo, se inicia el proceso de reducción de precios y los proveedores ya no pueden modificar sus ofertas.
- **Transparencia y acceso a información:** Durante el proceso de subasta inversa electrónica, los proveedores tienen acceso en tiempo real a información relevante, como el precio más bajo ofertado por otro competidor. Esto permite una mayor transparencia y agiliza la toma de decisiones por parte de los proveedores.
- **Firma electrónica:** En Colombia, para participar en la subasta inversa electrónica, los proveedores deben contar con firma electrónica reconocida por la Agencia Nacional de

Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). Esta firma digital garantiza la autenticidad e integridad de las ofertas presentadas.

Es importante tener en cuenta que las características específicas de la subasta inversa electrónica pueden variar en cada proceso de contratación, dependiendo de las condiciones y reglamentaciones establecidas por la entidad contratante

De todas formas, para conocer los detalles y requisitos específicos de la subasta inversa electrónica, es recomendable consultar la normativa vigente, así como los pliegos de condiciones de la entidad para cada proceso de licitación específica, que bajo los parámetros del decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.2 y el decreto 1510 de 2013, artículo 41, regulan expresamente procedimiento para la subasta inversa en el estado colombiano.

La realización de compras por parte del estado a través del mecanismo de subasta inversa procura reducir los costos al crear un entorno de licitación más competitivo, en donde los oferentes tienen que dar a conocer sus mejores precios para poder ganar el contrato. En términos de eficiencia, el mecanismo puede reducir el tiempo y los recursos necesarios para el proceso de adquisición toda vez que se realizan en línea y con sistemas de evaluación y licitación automatizados, reduciendo a su vez carga administrativa, pudiendo mejorar la velocidad y precisión de las transacciones.

De igual forma, las subastas inversas pueden aumentar la transparencia y la rendición de cuentas del proceso de adquisición, por ser un mecanismo claro y objetivo para seleccionar la oferta de mejor valor.

Como proceso innovador, las subastas inversas crean un entorno de aprendizaje dinámico e interactivo, ya que los ofertantes pueden recibir comentarios e información del comprador y de otros ofertantes y ajustar sus ofertas en consecuencia. Según lo anterior, se puede precisar que las subastas inversas pueden reducir el riesgo de corrupción, favoritismo y colusión, por cuanto limitan la intervención del servidor-empleado en el proceso de adjudicación.

De otro lado, también es prudente mencionar algunas de las limitaciones de las subastas inversas en el sentido en que presentar ofertas con precios bajos, puede alentar a los ofertantes a reducir los estándares de calidad, arriesgando la confiabilidad de los productos o servicios entregados al comprador – estado, situación que puede además presentarse cuando las especificaciones técnicas y los criterios de calidad no son claros en los pliegos de condiciones, también puede verse afectada la relación de confianza por cuanto los ofertantes pueden sentir que

son explotados por los compradores – estado- que utilizan subastas inversas para reducir sus márgenes y obligarlos a igualar precios en el mercado y dar lugar a precios más altos o una calidad más baja a largo plazo. Adicional, también pueden enfrentar dilemas éticos, como por ejemplo si deben utilizar subastas inversas para determinados bienes o servicios, o si deben considerar las implicaciones sociales y ambientales de sus decisiones de adquisición, donde al final las partes deben respetar los principios de equidad y transparencia y las consecuencias más amplias de sus acciones.

Finalmente, se precisa que la subasta inversa ha coadyuvado a generar nuevas formas de corrupción en forma de acuerdos restrictivos de la competencia, pudiendo ser entendidos como procesos de cartelización entre proveedores quienes, en ocasiones, antes del inicio de la subasta inversa, ya han negociado y escogido quién resultará siendo el adjudicatario del contrato; y tal como lo expresan Miranda & Deik, (2018):

en las pujas en las que a pesar de encontrarse varios oferentes habilitados solo hay un oferente que presenta lances y en ausencia de competencia, la adjudicación termina realizándose a precio techo. El oferente ganador le da a cada uno de sus competidores una suma de dinero como incentivo por no competir (pp. 75, 77).

Es así como oferentes o empresarios ven en la cartelización un negocio rentable, en detrimento de la eficiencia perseguida por las entidades públicas.

Para ahondar un poco más en este tipo de ejercicios, a continuación, se presentan las prácticas anticompetitivas más frecuentes en la contratación estatal.

La Libre Competencia Económica y las Prácticas Restrictivas de la Competencia

La libre competencia en el ordenamiento jurídico colombiano es tomada como un principio esencial para el desarrollo económico, la equidad y el bienestar de la ciudadanía, para proteger los intereses de los consumidores y la libre competencia en los mercados. La Constitución consagra la libre competencia económica como un derecho de rango constitucional. En su artículo 333, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres en el marco del bien común, sin requerimientos previos, pero sujetas a regulación legal. La Constitución consagra la libre competencia económica, como un derecho de rango constitucional. En su artículo 333, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres en el marco del bien común, sin requerimientos previos, pero sujetas a regulación legal. Destaca la responsabilidad asociada a la

libre competencia y el carácter social de las empresas, en donde el Estado promoverá el fortalecimiento de organizaciones solidarias y el desarrollo empresarial, interviniendo para evitar abusos de posición dominante en el mercado y proteger el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Lo anterior, hace referencia a que es un derecho que está en cabeza de todos los ciudadanos, eso sí sujeto a ciertas responsabilidades. Por su parte La Superintendencia de Industria y Comercio, entidad designada mediante decreto 3523 de 2009 como autoridad nacional de la protección de la competencia, define que

la competencia es el conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado. La competencia en los mercados debe protegerse al imponer presión a las empresas para que sean más eficientes y provean productos con mayor calidad y variedad a precios más bajos. Para esto, las empresas deben invertir en mejorar la calidad y producir más; incentivos directamente relacionados con el crecimiento económico y la innovación que se traducen en beneficios para los consumidores. En este sentido, el estímulo económico llamado competencia es el único mecanismo conocido que, por sí solo, puede mejorar el nivel de vida sin la interferencia del Estado (Superintendencia de Industria y Comercio, s.f.).

Esta entidad tiene la facultad de investigar, sancionar y regular a las empresas que llevan a cabo prácticas restrictivas de competencia. (Ley 155 de 1959 y ley 1340 de 2009). Estas leyes buscan mantener un equilibrio entre el derecho de las empresas a competir y la protección de la competencia justa y el interés público.

En línea con lo anterior, existen también normas específicas que regulan la contratación estatal, como la Ley 80 de 1993 y la 1150 de 2007 en Colombia. Estas normas establecen los principios y procedimientos que deben seguirse en los procesos de licitación, selección abreviada, subasta y contratación directa con el Estado, a fin de garantizar la transparencia, la igualdad de oportunidades y la eficiencia en la utilización de los recursos públicos y así evitar acuerdos que permitan eliminar o restringir la libre competencia de los oferentes en el proceso contractual.

Tal y como lo describe la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto Radicado con el No. 17-310455 (27 de septiembre de 2017):

La colusión se define como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero o a una de las partes. En este sentido, cuando se realizan acuerdos entre los proponentes para no competir, para distribuirse adjudicaciones de contratos y concursos o fijar los términos de las propuestas, se está incurriendo en una práctica contraria a la libre competencia (p. 7).

Ahora bien, acorde con el mismo concepto, el Boletín Jurídico de la SIC, indica que:

en este sentido, si una persona considera que para algún caso se configura una colusión, o cualquier otra práctica comercial restrictiva de la libre competencia, podrá presentar una denuncia ante esta Superintendencia, adjuntando las pruebas que considere pertinentes, para que la Delegatura correspondiente atienda esta denuncia, estudie el caso y determine si existen argumentos suficientes para iniciar una investigación formal al respecto (p. 10).

En el marco de la contratación estatal, se habla de la libre concurrencia como principio del sistema, a lo cual, la jurisprudencia nacional ha equiparado los conceptos de libre competencia y concurrencia. Al respecto la Corte Constitucional de la República de Colombia (Sentencia C-616/01, 13 de junio de 2001, Sentencia C-516/04, 25 de mayo de 2004) exponen que la libre competencia se da cuando en un mercado existe una sana concurrencia, lo cual se refleja en mejores precios y mayor calidad de los bienes y servicios ofrecidos. Además, la licitación pública debe salvaguardar los principios constitucionales referidos a la igualdad (art 13 C.P) y a la libre concurrencia (art. 113 C.P), con el propósito de asegurar la capacidad, ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y las calidades del proponente.

Así las cosas, la libre concurrencia suele ser la manifestación del derecho a la libre competencia y al respecto el Consejo de Estado (Sentencia 31447, 03 de diciembre de 2007), expone que el principio de libre concurrencia se encuentra relacionada con el derecho a la igualdad de oportunidades, y es aquello por virtud del cual se garantiza la facultad de participar libremente y en sana competencia en los procesos contractuales, a la oposición y competencia en los mismos, para ofrecer lo que la administración está demandando y que se pueda elegir al mejor de ellos. Sin embargo, en esta competencia, aspectos del pliego de condiciones como la capacidad legal, la idoneidad o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, pueden encontrar limitaciones constitucionales y legales por cuanto las entidades tienen el deber de abstenerse de fijar cláusulas que restrinjan este principio y no encuentren fundamento en la razonabilidad y proporcionalidad. Por tanto, Mateo Mantilla (2021) indica que:

la libertad de concurrencia presenta contenidos similares con la libre competencia ya que mientras la libre concurrencia implica la prohibición de que la administración restrinja la participación de los proponentes, la libre competencia supone la posibilidad de acceder a los mercados sin limitaciones injustificadas. Así, ha expuesto que la libre concurrencia es el principio dentro de la contratación estatal en el que se garantiza la libre competencia económica en los procesos de selección (p. 19).

Finalmente, la libre concurrencia no es otra cosa que la manifestación del derecho a la libre competencia, en el mercado de compras públicas. Sin embargo, en lo cotidiano, se evidencian múltiples maneras de limitarla. La Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-, presenta ejemplos de prácticas restrictivas y, en el marco de la ley 1340 de 2009, indica que la misma puede vulnerarse a través de métodos como los siguientes:

- **Acuerdos o convenios:** de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

“que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.
- **Acuerdos entre dos o más empresas:** “que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia”, según lo establecido en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- **Actos unilaterales** realizados por empresas, de acuerdo con el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.
- **Conductas abusivas de posición de dominio,** de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio (s.f.), establece que la posición de dominio:

es una cualidad legítima de las empresas que se da como resultado de un proceso de sana competencia, en la cual la empresa tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado en el que participa. Sin embargo, si dicha posición se emplea de manera abusiva con el fin de excluir a sus competidores y/o explotar al consumidor, se configura un comportamiento anticompetitivo que se denomina abuso de posición de dominio, sujeto a investigación por parte de la Autoridad de Competencia.

En cuanto a la colusión, la autoridad de competencia la define:

la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero o a una de las partes. En este sentido, cuando se realizan acuerdos entre los proponentes para no competir, para distribuirse adjudicaciones de contratos y concursos o fijar los términos de las propuestas, se está incurriendo en una práctica contraria a la libre competencia (Concepto Radicación No. 17-310455, 27 de septiembre de 2017, p. 7).

En materia contractual, para mitigar los efectos colusorios, surge el estatuto anticorrupción o Ley 1474 de 2011, la cual dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción, haciendo complemento a las normas que protegen la libre competencia económica, las instituciones públicas y su patrimonio. Esta ley dispuso la práctica de la colusión como delito, así:

Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

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

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo

s 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 (pp. 7 - 8).

Lo expuesto anteriormente, permite concluir que tanto la Constitución como la ley, garantizan la libre concurrencia y la libre competencia económica en los procesos de selección contractual para ofrecer a la administración, el suministro de bienes o servicios por ellos requeridos, impulsando de esta manera a un mercado competitivo sin limitaciones injustificadas. Por tanto, se procederá a exponer lo que consideramos uno de los mecanismos de contratación -selección abreviada-subasta inversa.

Descripción de las Principales Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Contratación Estatal

Colombia adoptó un modelo económico basado en la libertad económica a partir de la Constitución de 1991. Este modelo implica garantizar los derechos económicos reconocidos en el artículo 333 de la Constitución, que incluyen la libertad de empresa y la libre competencia.

Respecto de la libertad de empresa, la Corte Constitucional establece que:

Aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (Sentencia C-830/10, 20 de octubre de 2010).

Por su parte, la Corte Constitucional ha referido que la libre competencia económica,

acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante (Sentencia C-032/17, 25 de enero de 2017).

Por tanto, la Corte Constitucional colombiana, ha indicado que la libre competencia comprende la posibilidad de que el empresario o sujeto económico: i) concurra de manera libre al mercado, ii) ofrezca las condiciones y ventajas que considere al consumidor de sus productos o servicios y, iii) contrate con cualquier consumidor o usuario el suministro o prestación de los mismos, lo que por su parte implica entender a la libre competencia como sinónimo de libertad de concurrencia al mercado.

Así las cosas, la libre competencia consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas” (Sentencia C-228/10, marzo 24 de 2010).

Este derecho advierte su importancia en la contratación estatal en la medida en que establece las maneras con las cuales el Estado se inserta en la actividad económica de una relación de mercado así: [a] través de los mercados públicos, el Estado es el comprador y, por tanto, organiza la competencia entre proveedores: construcción de edificios públicos, concesiones de transportes (autopistas, transporte ferroviario, urbano), equipamientos para hospitales y otras colectividades, etcétera” (Tirole, 2017, p. 379).

Y al mismo tiempo, este también actúa “como árbitro de los mercados, vela por la competencia, es garante de la innovación y de que los productos sean accesibles al consumidor” (p. 379).

Por tanto se comprende que el Estado actúa con una doble intención en cuanto al reconocimiento y garantía del derecho a la libre competencia, toda vez que garantiza que los oferentes en el mercado ejecuten su actividad sin ningún tipo de restricción injustificada y a su vez sanciona a quien incurra en prácticas que restrinja el libre acceso a los mercados y también actuando como comprador o consumidor, lo que le vale organizar entonces la libre competencia de proveedores y sus bienes o servicios se suministren al estado en igualdad de condiciones. Por lo tanto, el Estado a través de las normativas de contratación estatal, ha reconocido y aplicado los principios que deben guiar los procesos de selección de contratistas. Entre estos principios se encuentra la libre competencia económica, que implica la posibilidad de participar en estos procesos sin barreras de acceso injustificadas.

Lo anterior evidencia que la libertad de competencia es el principio fundamental en la contratación estatal, ya que reconoce y garantiza la libre competencia económica en los procesos de selección de contratistas del Estado. Este principio asegura que los oferentes participen en igualdad de condiciones, sin barreras ni restricciones injustificadas de acceso.

Sin embargo, en la contratación estatal colombiana, existen diferentes prácticas restrictivas de la competencia que pueden afectar el correcto funcionamiento del mercado y generar barreras para la participación de proveedores.

Los proponentes llegan a acuerdos para no competir, distribuirse contratos o concursos, o fijar los términos de las propuestas, están violando la libre competencia, según lo describe el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (30 de diciembre de 1992).

Ahora bien, de conformidad con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, se indica que los comportamientos anticompetitivos en procesos de contratación del Estado pueden producir varios efectos negativos a saber:

- Limitar la competencia y la participación de otros proponentes en procesos de selección justos y regidos por los principios de igualdad y transparencia
- Afectar al Estado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos
- Generar asimetrías de información entre los proponentes

- Incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducen su calidad
- Afectar negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento ilícito de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, en el marco los procesos de contratación del Estado pueden materializarse de dos formas de comportamientos anticompetitivos: el acuerdo colusorio entre proponentes para afectar la dinámica de competencia y la utilización de prácticas anticompetitivas unilaterales por alguno de los oferentes.

Los acuerdos colusorios entre proponentes, según el artículo 45 del Decreto Ley 2153 de 1992, se definen como cualquier tipo de acuerdo entre dos o más empresas que busque restringir la competencia en los procesos de selección contractual. La colusión, prohibida por el artículo 47 del mismo Decreto, implica un acuerdo entre agentes de mercado para restringir la libre competencia.

En los procesos de selección de contratistas en el Estado, la colusión, ocurre cuando las empresas que compiten acuerdan eliminar o reducir la competencia entre ellas. Este acuerdo puede tener como objetivo aumentar los precios, disminuir la calidad de los productos o servicios, o incrementar las posibilidades de ser adjudicados con el contrato en perjuicio de los demás participantes.

Cuando los oferentes se coluden para manipular un proceso de selección, la adjudicación del contrato no es el resultado de una competencia justa, sino de un acuerdo ilegal que va en contra de la libre competencia. Un acuerdo entre proponentes será considerado ilegal si tiene como objetivo restringir la competencia en el proceso de selección o si tiene ese efecto, distorsionando así la competencia, aunque los proponentes involucrados no tengan esa intención inicialmente.

Por conductas unilaterales de los proponentes, la contratación en el Estado, también se puede afectar. Estas conductas incluyen aquellas que tienen el potencial de reducir la presión competitiva a la que debería estar sujeto el proponente que las lleva a cabo, o que generan ese efecto en el proceso de selección.

Dentro de los procesos de selección de contratistas, también se identifican tres momentos en los que podrían surgir acuerdos colusorios, citados por De la Calle (2022), así:

- Acuerdos colusorios durante la elaboración de los pliegos de condiciones
- Acuerdos colusorios durante la presentación de ofertas
- Acuerdos colusorios durante la ejecución del contrato

Acuerdos Colusorios Durante la Elaboración de los Pliegos de Condiciones

Se presenta cuando hay comunicación entre los servidores encargados de los procesos de licitación con los posibles oferentes, al intercambiar información que genera ventajas competitivas en algunos oferentes. Ejemplo de ello es establecer requisitos habilitantes que solo pueden ser cumplidos por los integrantes del acuerdo colusorio.

Acuerdos Colusorios Durante la Presentación de Ofertas

Estos acuerdos colusorios se presentan así:

La Supresión de Ofertas

(Bid-suppression): según la OCDE (2019), se presenta cuando “una o más compañías aceptan retirar una oferta presentada con anterioridad, de manera que se adjudique la licitación al ganador designado” (p. 2). Se pacta no competir a cambio de una compensación. También se da cuando los oferentes del proceso de selección contractual acuerdan que uno o varios de ellos se abstendrán de presentar su oferta aun cuando cumplen con los requisitos para ello.

Ofertas Complementarias o de Resguardo

(Complementary bidding, cover bidding o “courtesy” bidding), también llamadas complementarias: se presentan cuando los oferentes presentan propuestas que no le apuntan en su totalidad al objeto de la licitación. Se presentan propuestas solo por cumplir en apariencia. Se busca ser eliminados, cuando en realidad los integrantes del acuerdo ya habían negociado cual se queda con el contrato. Esto se puede presentar en una de las siguientes modalidades, presentadas por la SIC en las resoluciones 1055 de 2009 (19 de enero de 2009) y 40875 de 2013 (9 de julio de 2013), así:

- Los competidores se ponen de acuerdo para presentar ofertas con precios demasiado altos o bajos como para ser aceptadas.
- Los proponentes son habilitados, pero solo uno de ellos presenta la propuesta.

Esto sugiere la presencia de una o varias ofertas adicionales, que podrían ser meramente simbólicas o de resguardo, destinadas a crear la apariencia de competencia y respaldar la propuesta principal que busca ser seleccionada en el proceso.

Rotación de Ofertas: (vid rotation)

Los agentes coludidos presentan ofertas, continúan participando en el proceso licitatorio, pero asignan turnos para ganar. Según la Resolución 53991 de 2012 (Superintendencia de Industria y Comercio), los oferentes si presentan sus ofertas, pero se turnan para ser el oferente ganador. Lo hacen de varias formas; se turnan el contrato de acuerdo a su tamaño, también asignando un número igual de contratos a cada conspirador, o que cada empresa obtenga los mismos ingresos a largo plazo.

Acuerdo de precios

Los oferentes se ponen de acuerdo para presentar propuestas con condiciones y precios preestablecidos, con el objetivo de lograr un precio más alto que el que resultaría de un proceso competitivo. Esto puede incluir acuerdos sobre precios mínimos por unidad o en general, o incluso establecer un mismo precio para todos. (Resolución 40875 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio).

Acuerdos Colusorios Durante la Ejecución del Contrato

Se presentan cuando las empresas que participaron en la colusión realizan la compensación o retribución de los beneficios del acuerdo colusorio (decreto 2153 de 1992). Se puede dar a través de la subcontratación, contratos fraudulentos de consultoría o la figura de cesión del contrato.

Lo anterior evidencia que la colusión, como una práctica anticompetitiva, solo puede ser atribuida a los agentes económicos privados que participen en ella. Sin embargo, un servidor público que participe en un acuerdo colusorio también puede ser considerado culpable de delito, acorde con lo previsto en el artículo 401A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. Sin dejar de lado que el servidor público también puede ser imputado por el delito de interés indebido en la celebración de contratos y el de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales.

Reparto de Asignación de Mercado

Los agentes coludidos realizan una repartición de zonas geográficas, productos o clientes. Es así como los oferentes acuerdan entre sí, asignarse entre sí los diferentes entes contractuales o procesos de licitación y así los otros oferentes se abstendrán de presentarse.

Lo expuesto anteriormente lleva a la conclusión de que la manipulación de la competencia por parte de los actores económicos involucrados en la contratación pública es inherentemente anticompetitiva. Esto se debe a que socava la autonomía e independencia de las empresas y disminuye la incertidumbre sobre la conducta de otros contratistas. De igual manera la alteración de la libre competencia por parte de los operadores económicos que participan en la contratación pública restringe el derecho a la libre concurrencia que se encuentra relacionado con el derecho a la igualdad de oportunidades, y es aquello por virtud del cual se garantiza la facultad de participar en el trámite contractual a todos los posibles proponentes.

Estas prácticas limitan el fortalecimiento de la competitividad, que es crucial para la capacidad de colocar productos y servicios en el mercado de manera rentable. Esto genera riesgos y conflictos comerciales, resaltando la importancia de la seguridad jurídica y la aplicación de políticas que defiendan la libre competencia. Además, estas prácticas van en contra de los principios de transparencia, libre concurrencia y no discriminación que deben regir en la contratación estatal en Colombia

Ejemplos y Casos Relevantes que Ilustran Estas Prácticas

Una vez que se han identificado los elementos fundamentales del concepto de prácticas restrictivas, como la colusión en el ámbito de las adquisiciones públicas, resulta pertinente examinar una serie de casos estudiados por la Superintendencia de Industria y Comercio. En estos casos, se han encontrado pruebas contundentes que han llevado a emitir declaraciones de oposición, imponer sanciones y tomar medidas contra ciertos agentes económicos que han participado en acuerdos restrictivos durante el proceso de selección de contratistas del Estado.

Mediante la ilustración y la exposición de ejemplos, se muestran algunas de las formas en que estas prácticas se manifiestan en los procesos de contratación pública. Este propósito se cumple mediante el análisis de resoluciones emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, unas seleccionadas al azar y otra de ellas se seleccionó el caso de la Gobernación de Antioquia, sancionada a través de la resolución 12992 de 2019 por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de las cuales se estudió la utilización de medidas restrictivas por parte de los contratistas para participar en el proceso de contratación pública.

Caso 1: Subasta Inversa N. 6179 adelantada por la Gobernación de Antioquia:

De objeto

Adquisición de elementos de recreación y pedagogía para los organismos de la fuerza pública y/o judicial en el Departamento de Antioquia, por valor de \$239.580.395.

En la Resolución 12992 de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio impone unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia por la contravención al numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, a los proponentes del proceso N. 6179 de 2016:

- Americana de Inflables y Suministros S.A.S (adjudicataria) Fábrica de inflables recreativos
- Almacén el Deportista S.A.S.- Empresa dedicada a la fabricación, comercialización y distribución de artículos deportivos y material didáctico.
- Inversiones y Contratos S.A.S ND Microempresa que desarrolla actividades inmobiliarias realizadas con bienes propios o arrendados.
- Wilzor S.A.S. actualmente en liquidación. Se dedicaba al comercio al por mayor no especializado.

Artes gráficas Litoempastar S.A.S Servicios de impresión y comunicación gráfica.

- Grupo Empresarial Sportech S.A.S, dedicada a la confección de prendas de vestir, excepto prendas de piel.
- Tecnigrup S.A.S. Microempresa en liquidación judicial, dedicada a actividades de impresión.
- Tecnología dular S.A.S. Desarrolla actividades de comercio al por menor de artículos de ferretería, pinturas y productos de vidrio en establecimientos especializados.
- Inversiones Rime S.A.S. Comercio al por menor y al por mayor de libros, textos escolares y cuadernos.

María Eugenia Ojeda-Herida. Gerente comercial Deportivas Hérida. En Pasto-Nariño

Gropu Colombia Ferroeléctrica S.A.S. : Comercio al por mayor de materiales de construcción. Con base en la resolución 12992 de 2019, para el resuelve de la misma se tuvo como material probatorio unas conversaciones de WhatsApp en donde los proponentes citados anteriormente se discuten mecánica de la conducta anticompetitiva resultaría adjudicatario y la remuneración que este pagaría a los demás proponentes habilitados denominada “bolsa”, salvo Ferroeléctrica, en donde el oferente Americana hace un ofrecimiento de 16 millones y el resto de los proponentes

ajustaron su actuar en torno al acuerdo, permitiendo evidenciar que los oferentes habilitados se coludieron, y que los compromisos en virtud a ello, se cumplieron por los cartelistas.

El proceso adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio y radicada en la Fiscalía General de la nación, con el radicado N. 16-434574 del 25 de noviembre de 2016, da cuenta que el acuerdo consistió en que la fábrica de inflables Americana de Inflables y Suministros S.A.S, fuera la adjudicataria (todo coordinado desde WhatsApp), y entonces 10 oferentes se abstuvieron de presentar lances, esto es propuestas para competir por el contrato según los criterios establecidos, en el marco de la subasta y quien presentó lance fue únicamente Americana de Inflables y Suministros S.A.S., teniendo en cuenta que su oferta inicial no fue la más baja.

Esto permitió que se hiciera realidad la conducta conocida como “boycott coordinado”, por cuanto los otros oferentes se abstuvieron de competir y con ello asegurar la victoria de americana.

En general, los oferentes a lo largo del proceso investigatorio, presentaron un sinnúmero de argumentos, los cuales no fueron de recibo por la Superintendencia, por cuanto no se presentaron argumentos que logran desvirtuar las conclusiones de la investigación y se declara que todas la empresas que se presentaron al proceso de selección de subasta inversa N. 6179 adelantada por la Gobernación de Antioquia, con excepción del Group Colombia Ferroeléctrica S.A.S. y María Eugenia Ojeda-Herida- actuaron en cont

ravención del numeral 9, del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por lo que no no les abrió investigación ni a estos últimos.

Para profundizar un poco más en el tema, y revisando los anexos de la resolución 12992 de 2019 de la SIC, se encontró que durante el proceso se ejecutaron unas prácticas restrictivas de la libre competencia económica porque en las propuestas de los proponentes COLOMBIA FERRELECTRICA S.A.S. (FERRELECTRICA), TECNIGRUP S.A.S. (TECNIGRUP) y WILZOR S.A.S. (WILZOR) mencionado que tenían el mismo objeto social, refirieron la misma clasificación de

bienes y servicios en el Registro Único de Proponentes, compartían revisor fiscal, radicaron sus correspondientes propuestas mediante la misma persona, es decir, BRYAN STEVEN FRANCO UMAÑANA, analista de licitaciones de TECNIGRUP, y constituyeron las garantías únicas de cumplimiento con la misma compañía de seguros y en la misma agencia ubicada en Sogamoso, Boyacá.

A lo anterior es prudente precisar que compartir proveedores no es automáticamente una prueba de colusión, pero puede ser un elemento a considerar en una investigación más amplia sobre posibles prácticas anticompetitivas. Lo que, si es que fue un indicio que, junto con otras pruebas, se considerara como parte de la investigación por prácticas anticompetitivas, lo que la final afectó el resultado del proceso de la licitación pública objeto de este análisis.

Además, y en relación con la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio pudo evidenciar que la dinámica mediante la cual se materializaron los acuerdos colusorios entre oferentes tenía dos fases. En primer lugar, los proponentes acordaban la determinación del beneficiado con el acuerdo y la remuneración que los demás oferentes recibirían. En segundo lugar, se ejecutaban las prestaciones acordadas a favor de los oferentes "perdedores" a través de consignaciones o entregas de dinero, que se ocultaron mediante diferentes fachadas, tales como la prestación de algún tipo de servicio.

Después de analizar la información recopilada durante la etapa de investigación preliminar, se identificaron dos circunstancias importantes para el régimen de protección de la libre competencia económica. Estas son: • RICARDO MENDEZ MORA que ejercía como representante legal de Ferreléctrica, Tecnigrup y Wilzor, actuando de manera controlada y no en libre competencia, por lo que se le acusa de haber participado en una serie de acuerdos restrictivos de la libre competencia económica con otros agentes del mercado en el marco de un número considerable de procesos de selección.

El sistema que los agentes mencionados habrían diseñado para implementar sus acuerdos colusorios, operando en procesos de selección bajo la modalidad de subasta inversa, implicaba una negociación previa para determinar quién resultaría adjudicatario. Los demás participantes, a cambio de una remuneración acordada, se comprometerían a retirarse de la competencia, a no presentar ofertas válidas durante el proceso, o a hacerlo de manera favorable para el proponente previamente designado como ganador.

En efecto, FERRELECTRICA, TECNIGRUP y WILZOR participaron directamente en los procesos de selección, presentándose como competidores. Durante estos concursos, actuaron de manera coordinada para aumentar las posibilidades de que alguna de ellas fuera seleccionada para los contratos correspondientes. Estas acciones se llevaron a cabo bajo las instrucciones de

RICARDO MENDEZ MORA, quien, en calidad de controlante, habría utilizado estas empresas para llevar a cabo prácticas anticompetitivas.

Basados en lo anterior, se llegó a la conclusión de que en este caso se viola el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 debido a que las empresas TECNIGRUP, FERRELECTRICA y WILZOR están sometidas a un control común, actuando como una sola entidad en lugar de como empresas independientes.

Entre las pruebas presentadas se incluyen declaraciones de los Analistas de Licitaciones de WILZOR y TECNOGRUP, quienes confirmaron que RICARDO MENDEZ MORA es quien toma la decisión final de participar en los procesos de selección. Además, se observó que las empresas recibían información sobre los procesos disponibles, se realizaba un seguimiento de sus acciones relacionadas con estos procesos y que el controlante RICARDO MENDEZ MORA alertaba sobre circunstancias especiales mediante las "Observaciones".

De lo anterior, se pudo inferir que la creación de las tres empresas se llevó a cabo con el propósito de permitir que cada una pudiera ofrecer los servicios detallados en el Registro Único Tributario (RUT). Sin embargo, una vez que la ley permitió la oferta de servicios fuera de este marco, las tres empresas simulaban tener autonomía e individualidad, así como una competencia real en el ámbito de los procesos de contratación estatal, con el fin de aumentar las posibilidades de adjudicación de contratos. Esta práctica constituye un procedimiento o sistema dirigido a restringir la libre competencia.

La existencia de contactos y conversaciones entre los proponentes a través de dispositivos móviles justo antes de las subastas para coordinar su desarrollo es notable. La mecánica incluye conversaciones grupales en WhatsApp, donde un proponente ofrece dinero a los demás participantes para que se abstengan de realizar ofertas, cometan errores que los inhabiliten o simplemente no se presenten, asegurando así la adjudicación del contrato. Se evidencia este acuerdo en la subasta donde diez de los once proponentes se abstuvieron de hacer ofertas, y solo AMERICANA presentó una, aunque no fue la más baja inicialmente. Finalmente, AMERICANA fue la adjudicataria del contrato.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor, se encontró que la estrategia anticompetitiva de los investigados fue exitosa en los procesos donde hubo colusión, ya que los contratos fueron adjudicados a los elegidos por los miembros del grupo, incluyendo en algunos casos las empresas controladas por el investigado, como en el sistema en general, ya que se

alteraron artificialmente las probabilidades de que alguna de las empresas controladas por RICARDO MÉNDEZ MORA fuera adjudicataria.

Por todo lo expuesto anteriormente, mediante la Resolución 12992 de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a Ricardo Méndez Mora, Tecnigrup S.A.S., Colombia Ferreléctrica S.A.S. y Wilzor S.A.S., ya que se demostró que incurrieron en conductas violatorias de la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. náalisis recuperado del Repositorio Institucional Javeriano. 23-03-2024.

Caso 2: Empresa Concesionaria Ruta del Sol y Agencia Nacional de Infraestructura (sobornos Odebrecht): imposición de medidas cautelares

El análisis de la Resolución N° 5216 de 2017, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, es importante identificar actos de colusión realizados en el proceso de contratación pública, como en este caso las medidas cautelares a aplicar al proceso de contratación, con base en los actos coordinados de cooperación entre contratistas y organismos estatales, acotando que los actos de colusión no sólo pueden ocurrir entre contratistas durante el proceso de contratación, sino incluso entre éstos y organismos estatales.

Es por ello que la Superintendencia de Industria y Comercio examinó las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por los constituyentes del oferente adjudicatario del contrato de concesión para la construcción del Sector 2 de la Ruta del Sol. El mismo fue otorgado a la Estructura Social Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., conformada por las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Inwestimentos en Infraestructura Ltda., Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. y CSS Constructores S.A., que finalmente constituyeron la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Según la investigación de la SIC, se pudo evidenciar que:

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

referido proceso y asegurando el resultado de la adjudicación (Resolución 5216 de 2017, 16 de febrero de 2017).

Esta afirmación se basa en investigaciones realizadas por entidades colombianas y en información proporcionada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Según esta información, la empresa Odebrecht fue declarada culpable de operar una estructura criminal en la que se pagaron sobornos, incluyendo millones de dólares a autoridades de varios países, incluida Colombia, para asegurar la obtención de contratos comerciales multimillonarios.

Así, de acuerdo con el informe del Departamento de Justicia de Estados Unidos y las investigaciones dirigidas por la Fiscalía General de la Nación, se ha logrado determinar que:

la firma Odebrecht efectuó pagos para obtener varios contratos de obra¹⁷ en Colombia y que un primer ilícito fue por USD 6.5 millones, se llevó a cabo para lograr la adjudicación de la concesión, por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), dirigido en calidad de encargado por Gabriel García Morales, entonces viceministro de Transporte de la época, del tramo dos de la Ruta del Sol [...] contrato que fue adjudicado en diciembre de 2009 y firmado en enero de 2010 (Resolución 5216 de 2017, 16 de febrero de 2017).

La Superintendencia de Industria y Comercio, realizó una investigación donde encontraron evidencia, que García Morales había asesorado a empleados de la empresa adjudicataria durante el proceso de licitación de un contrato de concesión para la construcción del segundo tramo de la Ruta del Sol y realizó la dirección del proceso de licitación para avanzar en la propuesta realizada por esta empresa y de esta manera configuró una concertación que atentó contra la libre competencia.

Se comprende que, por un lado, el adjudicatario admitió un delito ante un tribunal estadounidense, mientras que, por otro lado, el ex subsecretario del Departamento de Transporte, Gabriel Ignacio García Morales, aceptó los delitos cometidos en la Oficina del Ministerio de Transporte. La Procuraduría General del País alega que en relación con los sobornos recibidos para tramitar y arbitrar la licitación para la cual se adjudicará la construcción de la segunda parte de la Ruta del Sol, el director de Industria y Comercio ha encontrado que las acciones de oferentes y funcionarios constituyeron conductas contrarias al derecho constitucional a la libre competencia, al indicar que:

considerando que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado (compras públicas de bienes y servicios) son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección contractual son

particularmente graves (mucho más graves) pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo económico y eficiencia económica.

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

En estos casos, el Estado hace las veces de consumidor y como cualquier consumidor tiene el derecho de recibir ofertas con los mejores precios y condiciones, y por tratarse de compras públicas (dineros públicos), el Estado tiene la obligación de escoger la mejor oferta, y no cualquier oferta. En línea con lo anterior, la libre competencia económica en un proceso de selección contractual se ve falseada por la manipulación de su resultado, de forma tal que el adjudicatario se hace al contrato objetivo sin someterse a un proceso competitivo sino por cuenta de maniobras de carácter ilícito. Tales estrategias anticompetitivas habitualmente se presentan de dos formas: (i) acuerdos entre oferentes —hay muchas modalidades y tipologías y, (ii) corrupción de funcionarios públicos, sin perjuicio de otro tipo de prácticas consideradas también anticompetitivas (Resolución 5216 de 2017, 16 de febrero de 2017).

Tomando en cuenta lo anterior, y con fundamento en la facultad dispuesta en el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que le permite aplicar medidas cautelares en el marco de procesos de investigación de prácticas comerciales restrictivas, según lo dicho por Ossa Nataly (1992), la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la medida cautelar de cesación o suspensión de los efectos de las conductas anticonstitucionales contra este derecho cometidas por parte del Instituto Nacional de Concesiones hoy Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Concesionaria Ruta del Sol S. A. S., y como consecuencia de lo anterior, y con el fin de restablecer la libre competencia económica, ordenar a la ANI dar por terminado de manera inmediata el contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010 junto con sus modificaciones, adiciones y otrosíes, suscrito con la concesionaria Ruta del Sol S. A. S.

La SIC tomó la decisión anterior fundamentada en el segundo párrafo del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, que establece que el titular o representante legal de la entidad respectiva debe rescindir el contrato si este está viciado de nulidad absoluta en firme por: i) haberse celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, ii) haberse celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal y, iii) se hayan declarado nulos los actos administrativos en que se fundamente.

Caso 3. San Martín-Conseguí: se hace apertura de Investigación y Formulación de Cargos

La Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). *Resolución N° 18645 de 27 de abril de 2017*, inicia investigación y cargos contra Seguridad San Martín Ltda. y Casaquín Ltda. por presunta participación en un acuerdo colusorio durante un proceso de contratación estatal. Estas empresas están dedicadas a la prestación del servicio de seguridad privada.

La investigación se abrió y se formularon cargos basados en la presencia de un esquema anticompetitivo coordinado y colaborativo por parte de los representantes legales de las empresas investigadas. Esto se manifestó en su participación conjunta en varios procesos de contratación con entidades estatales, según lo evidenciado por el material probatorio analizado por la entidad:

es CONSEQUÍN quien se encarga de identificar los procesos de selección en los que CONSEQUÍN Y SAN MARTÍN reúnen las condiciones para participar de manera individual. Una vez identificados aquella compañía invita a SAN MARTÍN a participar dentro de los procesos como aparentes competidores, y en caso de que SAN MARTÍN acepte la invitación, es CONSEQUÍN quien se encarga de elaborar las ofertas para las dos compañías (Resolución 18645 de 2017, 19 de abril de 2017).

La Superintendencia también encontró evidencia que demostraba cómo las empresas investigadas se comunicaban entre sí para coordinar la elaboración de sus ofertas económicas en al menos ocho (8) procesos de licitación. Su objetivo era que una de ellas seleccionara la propuesta económica que podría resultar más favorable según los criterios de evaluación específicos de cada caso, con la esperanza de aumentar sus posibilidades de ganar la adjudicación del contrato. Además, se encontraron pruebas de que las empresas investigadas presentaron ofertas formalmente idénticas en ciertos casos. Conforme a lo anterior:

[...] al encontrarse que una de las empresas investigadas (Conseguí Ltda.) se encargaba de invitar a la otra (San Martín Ltda.) a participar de varios procesos de selección de contratistas del Estado y que, en caso de aceptación de la segunda, era la primera quien se encargaba de estructurar todos los documentos técnicos, jurídicos y financieros de las dos propuestas, y de cobrar una comisión en

caso de que la segunda fuese adjudicataria del contrato respectivo entre otros aspectos que determinaron la existencia de prácticas coordinadas, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió abrir la correspondiente investigación, teniendo en cuenta que en conjunto con la OCDE ha identificado una serie de advertencias que determinan la comisión de una práctica colusoria (Resolución 18645 de 2017, 19 de abril de 2017).

Las prácticas colusorias encontradas son:

- Presentación de cotizaciones afines para la elaboración de los estudios previos.
- Se observaron proyectos con similitud de pliego de condiciones.
- Presentación de varias propuestas de una misma persona.
- Semejanza de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.

Prácticas restrictivas en la modalidad de selección abreviada-subasta inversa

El objeto de estudio de este trabajo es la colusión en la modalidad de selección abreviada mediante la subasta inversa electrónica, establecida como mecanismo despersonalizado para reducir el riesgo de corrupción.

La selección abreviada por subasta inversa está reglamentada por la Constitución Política artículos 150 y 269, Ley 80 de 1993 del 2020, la ley 1150 del 2007, Decreto 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, Decreto 777 de 1992, Ley 1437 de 2011, Código Civil y Código de Comercio.

Al respecto de Colombia Compra Eficiente, en su manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes, la describe como un procedimiento de contratación estatal en el cual el precio es el único factor de escogencia del contratista y consiste en una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el Decreto 1510 de 2013 y en los respectivos pliegos de condiciones. De tal manera que la oferta más favorable para la entidad sea la más baja luego de presentar una puja "competitiva" por parte de los proponentes habilitados en una audiencia de subasta inversa presencial o electrónica.

Algunas de estas prácticas tenidas en cuenta por el Departamento Administrativo de la Función Pública, son:

Restricción en los Requisitos de Participación

Establecer requisitos de participación que sean desproporcionados o innecesarios para el objeto del contrato puede limitar la competencia al excluir a proveedores que podrían cumplir con las condiciones establecidas.

Discriminación en la Invitación a Proveedores

La selección abreviada se basa en la invitación directa a proveedores previamente seleccionados. Si existe favoritismo o discriminación injustificada en la selección de estos proveedores, se limita la competencia al excluir a otros proveedores que podrían haber participado.

Falta de publicidad

La selección abreviada no está sujeta a los mismos niveles de publicidad y transparencia que otros procedimientos de contratación. Sin embargo, la falta de publicidad adecuada puede restringir la competencia al limitar la posibilidad de otros proveedores de enterarse de los procesos de selección y participar en ellos.

Colusión entre Proveedores

La selección abreviada, al ser un proceso más cerrado, puede facilitar la colusión entre proveedores, lo que limita la competencia y puede dar lugar a acuerdos para fijar precios o repartir contratos.

Es importante destacar que, si bien la selección abreviada puede suponer procedimientos más ágiles y flexibles, es fundamental garantizar la transparencia, la igualdad de oportunidades y la competencia justa en cada proceso de contratación. Las entidades encargadas de la contratación pública en Colombia, como Colombia Compra Eficiente y la Superintendencia de Industria y Comercio, se encargan de vigilar y sancionar prácticas restrictivas de la competencia, asegurando que los procesos de selección abreviada se realicen de manera justa y transparente.

Actos o conductas que advierten la presencia de actos de colusión en los procesos de invitación pública de la contratación

Eliminar o restringir la competencia en el mercado, también hace presencia en el escenario de la contratación pública a través de actos o conductas que, de manera general, para lo cual la Secretaría Jurídica de Bogotá en su folleto *Cómo Identificar la Colusión* (s.f.), lo presenta así:

- Una misma empresa oferente, realiza gestiones administrativas ante la entidad contratante para dos o más oferentes.
- Sin posibilidad de ganar o cumplir con el objeto del contrato, una o más oferentes se presentan al proceso de selección.
- Las actuaciones de los oferentes durante el proceso de selección dan cuenta que los competidores han compartido información entre ellos.
- Ese hace evidente una relación social fuerte entre los competidores durante el tiempo que se adelanta la incitación y selección.
- Durante el proceso de contratación se realizan afirmaciones que dan cuenta de que una determinada zona pertenece a un competidor, o que un cliente pertenece a una compañía.
- Mientras avanza el proceso de selección, se realizan afirmaciones que dan cuenta que uno de los oferentes conoce información confidencial, por lo que además suele negociar.

Al respecto, la OCDE (2012, p. 14), advierte sobre unos comportamientos extraños al momento de los oferentes presentar ofertas o precios en el proceso de selección así:

- El mismo proveedor a menudo es el que presenta la oferta más baja.
- Las ofertas ganadoras tienen una ubicación geográfica. Algunas empresas presentan ofertas que ganan sólo en ciertas zonas geográficas.
- Los proveedores usuales no presentan ofertas en un concurso de adquisición en el que normalmente se esperaría que participaran, pero han seguido presentando ofertas en otros concursos.
- Algunos proveedores se retiran inesperadamente de la licitación.
- Algunas compañías siempre presentan ofertas, pero nunca ganan.
- Parece que las compañías se turnan para ser el licitante ganador.
- Dos o más empresas presentan una oferta conjunta aun cuando al menos una de ella podría haber licitado independientemente.
- El licitante ganador repetidamente subcontrata trabajo con licitantes que no ganaron.
- El licitante ganador no acepta la adjudicación y se determina más tarde que está trabajando como subcontratista.
- Los competidores socializan con regularidad o programan reuniones antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

Igualmente, la OCDE (2012, p. 15), sugiere revisar los documentos que se presentan, teniendo en cuenta en cuenta para ello:

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.
- Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.
- Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitante.
- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos. Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.
- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares.
- Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.
- Documentos de licitación presentados por compañías diferentes que contienen menos detalles de los necesarios o esperados, o que presenten otros indicios de no ser genuinos.
- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitantes aumentan en incrementos regulares.

Lo anterior da cuenta de que la OCDE, mantiene su compromiso con el apoyo a la implementación de buenas prácticas o lineamientos para combatir la colusión en la contratación estatal a fin de promover adquisiciones más efectivas y reducir el riesgo de colusión en los procesos de invitación pública.

Impacto de estas prácticas en la eficiencia y transparencia del proceso de contratación pública

Hablar de eficiencia en el proceso de contratación pública, de acuerdo Barbosa et al. (2019), es lograr disminuir o acabar con la manipulación en los procesos de selección de los oferentes, y ofrecer garantías de manera objetiva que impidan que los pliegos de condiciones sean diseñados o elaborados a la medida de los intereses de un único oferente (pp. 42, 62).

En tanto el principio de transparencia y libre competencia están estrechamente relacionados, ya que su finalidad es hacer transparente los procesos de selección de los oferentes y optimizar de manera eficiente los recursos destinados al gasto social.

Los principios de transparencia y libre competencia están estrechamente relacionados, ya que su finalidad es dar claridad a los procesos de selección de oferentes y optimizar de manera eficiente los recursos destinados al gasto social.

Las buenas prácticas de eficiencia apuntan que las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles, ya que las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. Esto se logra a través de procesos de selección regulados adecuadamente.

Por su parte la transparencia en la contratación, se evidencia sobre la base de los criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los oferentes. La objetividad se da en las decisiones tomadas por el comité de contratación, como resultado de la aplicación de la norma, garantizando un acceso a la información respecto de los criterios de calificación y evaluación, así como la publicidad de la convocatoria y los resultados generados por el proceso de selección, mostrando una mayor eficiencia que otros controles administrativos, que en gran medida funcionan de manera deficitaria.

Presentado lo anterior, a continuación, se indica de manera general como las prácticas restrictivas afectan estos dos principios en contratación estatal:

La eficiencia

La contratación se afecta en la medida en que se limita la libre competencia en el proceso, cuando se impide que los proveedores compitan en igualdad de condiciones y ofrezcan las mejores condiciones y precios. Esto conduce a precios inflados, menor calidad de los bienes o servicios contratados y, en última instancia, ineficiencias en el uso de los recursos públicos. Además, se pueden generar incumplimientos de los contratos o retrasos, lo que afecta la ejecución eficiente de los proyectos.

La Transparencia

Se manifiesta en tanto no se garantiza un proceso justo, equitativo y libre de corrupción. Igualmente, ante la falta de publicidad o la manipulación de los criterios de evaluación, generando desconfianza y minando la percepción de que la contratación es adjudicada de manera justa y basada en méritos. La falta de transparencia también dificulta la rendición de cuentas y el control ciudadano sobre el manejo de los recursos públicos.

En general, las prácticas restrictivas afectan tanto la eficiencia como la transparencia en la contratación estatal, lo que tiene consecuencias negativas para el buen uso de los recursos públicos y la confianza en las instituciones.

Por lo tanto, es esencial hacer cumplir las normativas actuales en la contratación estatal y fomentar una competencia justa, un acceso equitativo a los procesos de contratación y la supervisión por parte de las autoridades competentes. Esto permitirá prevenir y sancionar prácticas restrictivas, asegurando así la eficiencia y transparencia en el proceso de selección.

Tratamiento jurídico para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas en la contratación estatal en Colombia

La contratación pública en Colombia constituye una parte importante de la actividad económica del país. Su gestión eficiente garantiza la adecuada asignación de recursos públicos y fomenta la competencia leal entre los participantes del mercado, lo que protege los intereses de los ciudadanos. Sin embargo, la presencia de prácticas anticompetitivas como la colusión o el abuso de posición dominante obstaculiza una competencia justa y transparente en todo el proceso contractual.

Por tanto, en un contexto donde la transparencia y la equidad son pilares fundamentales para el desarrollo económico y social, en este informe se presenta el marco normativo vigente en Colombia, que previene y sanciona las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal en el país.

Marco legal y Normativo en Contratación Estatal

La contratación pública es un pilar clave en la economía de los países, y en el caso de Colombia, es fundamental para impulsar el desarrollo y la equidad social. Dado que el Estado es el principal proveedor de bienes y servicios en la economía, debe desempeñar un papel destacado y neutral en los procesos de contratación. La Organización Mundial del Comercio (OMC) en el 2020, indica que la participación de la contratación pública en la economía está entre el 10% y el 15% del producto bruto interno mundial. De acuerdo con la Red Interamericana de Compras

Gubernamentales (RICG), en América Latina las compras públicas representan en promedio el 20% del PIB de un país. (OMC, 2020)

Uno de los objetivos primordiales de la contratación pública es maximizar la eficiencia en el uso de los recursos públicos para cumplir con los objetivos del sector público. Para la Organización Mundial del Comercio (s.f.): "...un régimen de contratación transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para alcanzar ese objetivo, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores" (s.p.).

Los proveedores del Estado colombiano son principalmente del sector no gubernamental o privado: empresas y personas naturales que desempeñan un papel de colaboradores de la administración. Por tanto, la interacción entre el Estado y estos actores es fundamental.

Por su parte, Jara (2018), indica que:

la contratación estatal tiene como propósito la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines misionales del Estado mediante la celebración de un contrato, el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, sino también con una serie de particularidades que conllevan a su configuración como un contrato de la Administración (p. 15).

Igualmente, la contratación estatal busca promover la competencia leal entre los actores del mercado, fomentando la participación de diferentes oferentes y asegurando condiciones equitativas para la contratación.

Ahora bien, la contratación estatal se encuentra regida por la Ley 80 de 1993, la cual dispone las reglas y principios que rigen los contratos en las entidades estatales, en su artículo 3 dispone:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines... Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones (Ley 80 de 1993, 16 de julio de 1993).

En el artículo 23, *ibidem*:

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

Asimismo, Jara (2018) establece que se entiende por contrato administrativo “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, entre un órgano del Estado, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas” (p. 26).

Ahora bien, el principio de Seguridad Jurídica, como lo indica Carrillo (2018), en el contexto de la contratación estatal, se manifiesta en una triple dimensión. En primer lugar, garantiza el cumplimiento de las finalidades de la contratación, siendo el contrato un componente vital para el derecho al desarrollo sostenible de los ciudadanos de un Estado. En una segunda dimensión, la Seguridad Jurídica se relaciona estrechamente con la defensa del interés público, en donde principios como la igualdad, el debido proceso, la libertad económica, la libre competencia y la responsabilidad del Estado y sus agentes son fundamentales en este aspecto. Estos principios aseguran que la contratación estatal se realice de manera transparente, equitativa y en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, la tercera dimensión de la Seguridad Jurídica se centra en el respeto de los derechos adquiridos y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto implica que los contratos estatales deben ser ejecutados de acuerdo con la normativa legal vigente y en consonancia con los principios de justicia y equidad, garantizando así la protección de los derechos de todas las partes involucradas.

La contratación pública en Colombia está sujeta a regulaciones legales significativas desde la promulgación de la Ley 80 en 1993. Esta ley se concibe como un instrumento esencial para reformar las prácticas de gestión pública, y establece un conjunto de principios que deben ser seguidos por todas las partes involucradas en el proceso.

Aunque la ley 80 en su espíritu contempla un reglamento común para establecer un sistema único de licitación, este aún no se ha terminado de implementar. El gobierno central continúa aprobando normativas específicas para diferentes ámbitos, lo que ha mantenido características particulares en lugar de un estatus único. Se siguen aplicando regímenes especiales, como en contratos de recursos naturales y telecomunicaciones, además de la exclusión del estatus de contratos del sector financiero público y la aplicación de regulaciones por parte de organismos de

cooperación internacional y bancos multilateral. Aunque se reconocen avances, persisten problemas en el sistema.

Lo anterior ha llevado a que se hayan promulgado leyes específicas que establecen la aplicación del derecho privado como régimen para diversas áreas, entre ellas:

- Universidades públicas, reguladas por la Ley 30 de 1992.
- Seguridad social, abordada por la Ley 100 de 1993, que introduce la competencia en este ámbito.
- Servicios públicos domiciliarios, contemplados en la Ley 142 de 1994.
- Sector eléctrico, regulado por la Ley 143 de 1994.

En definitiva, el carácter normativo de la Ley 80 de 1993 ha ampliado el panorama regulatorio en el ámbito contractual. Esta ley regula desde la forma y el contenido de las negociaciones hasta la terminación y liquidación del contrato, lo que implica una diversidad de actividades regulatorias en esta área.

Generalidades del Marco Legal de la Contratación Pública

El marco legal para evitar la colusión en la contratación estatal en Colombia es completo e incluye una serie de normativas clave que regulan diferentes aspectos de los procesos contractuales. Entre estas normativas, se destacan:

El reglamento general de la contratación pública, establecido en la Ley 80 de 1993, que define los principios y procedimientos para la contratación pública en el país. Este reglamento proporciona una base sólida para garantizar la transparencia, la competencia y la eficiencia en los procesos de contratación del Estado.

- **Ley 1150 de 2007:** esta ley reformó el régimen de contratación estatal en Colombia y estableció disposiciones para promover la eficiencia, la transparencia y la competencia en los procesos de contratación pública. Introdujo nuevos mecanismos de selección de contratistas, como la subasta inversa y la contratación por subasta, y estableció normas para la participación de entidades sin ánimo de lucro en la contratación estatal.
- **Ley 1474 de 2011:** el Estatuto Anticorrupción, establece disposiciones para prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción en la contratación estatal y en la administración

pública en general. Establece mecanismos de control y vigilancia para garantizar la transparencia y la legalidad en los procesos de contratación.

El Decreto 1082 de 2015, que reglamenta parcialmente la contratación estatal en Colombia y establece disposiciones sobre aspectos específicos de los procesos de contratación, como la planeación contractual, la selección de contratistas, la celebración, ejecución de contratos, la liquidación y terminación de los mismos.

- **La ley 1340 de 2009:** amplía el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia.

Estas son solo algunas de las normas más relevantes que regulan la contratación estatal en Colombia. Además de estas leyes y decretos, existen otras normativas complementarias y disposiciones jurisprudenciales que también influyen en el marco legal de la contratación pública en el país como lo es la Directiva Presidencial 12 de 2002 que establece acciones específicas para combatir la corrupción en la contratación estatal, promoviendo la integridad y la ética en los procesos de contratación del Estado.

En Colombia, la jurisprudencia también ha contribuido a establecer criterios y disposiciones relacionadas con la prevención y sanción de la colusión en la contratación estatal, y la Corte Constitucional ha emitido diversas sentencias que establecen la obligación del Estado de garantizar la competencia en los procesos de contratación pública y de adoptar medidas efectivas para prevenir la colusión y otros actos de corrupción. Por ejemplo, la Sentencia C-080 de 2023, establece un importante precedente en Colombia al abordar la problemática de la corrupción en la contratación estatal. En este fallo, el Tribunal resalta la necesidad de fortalecer los mecanismos de control y transparencia en los procesos de contratación pública para prevenir la corrupción y garantizar el uso eficiente de los recursos públicos. Además, la sentencia destaca la importancia de promover la competencia en estos procesos como medio para garantizar la igualdad de oportunidades y seleccionar las mejores ofertas en beneficio del interés general.

- **La Sentencia C-1564 de 2023:** de la Corte Constitucional de Colombia que aborda el principio de libre competencia en el contexto de la competencia económica. En este fallo, la Corte destaca la importancia de garantizar la libre participación de los agentes económicos en el mercado, sin restricciones injustificadas que limiten la competencia. En este sentido, la Corte reafirma el papel del Estado en proteger y promover la competencia como un medio para alcanzar un desarrollo económico equitativo y sostenible

- **Sentencia 2013-00205 de marzo 17 de 2022:** del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, cuyo tema es: prácticas restrictivas de la competencia por colusión en licitación pública. Reiteración jurisprudencial.

Además, y no menos importante el Consejo de Estado - Sección Tercera, a través de su jurisprudencia, ha establecido criterios sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos en la prevención de la colusión en la contratación estatal. Esta jurisprudencia suele analizar casos específicos y establecer lineamientos sobre las obligaciones y deberes de los funcionarios en materia de contratación pública.

En la misma línea de lo anterior, se encuentran las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en las que se sancionan prácticas colusivas en procesos de contratación pública. Estas decisiones suelen incluir análisis detallado sobre la existencia de acuerdos anticompetitivos y las consecuencias de dichas prácticas para la competencia en el mercado.

Estas sentencias y decisiones judiciales constituyen parte del cuerpo jurisprudencial relacionado con la prevención y sanción de la colusión en la contratación estatal en Colombia.

En conjunto, estas normativas forman un marco legal sólido que busca prevenir prácticas oclusivas, promover la competencia leal y garantizar la eficiencia en la contratación pública en Colombia.

Disposiciones legales relacionadas con la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas en la contratación estatal

Desde la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, el ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado un modelo económico específico, que se fundamenta en el reconocimiento y la garantía de la libertad económica como un derecho de suma importancia.

El reconocimiento de la libertad económica en el marco del supuesto modelo económico social de mercado debe garantizar efectivamente los derechos económicos reconocidos en el artículo 333 de la Constitución, correspondientes al derecho a la libertad económica, entendiéndose en primer lugar la libertad empresarial y de competencia como:

aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del

mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (Sentencia C-830/10, 20 de octubre de 2010).

La libre competencia económica, por su parte,

acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante (Sentencia C-032/17, 25 de enero de 2017)

Por tanto, se establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y que el Estado debe intervenir para asegurar la libre competencia económica. Por otro lado, el postulado considera el derecho a la libre competencia como un derecho individual y destaca su aplicación y alcance en el ámbito de la contratación pública, a través del suministro de bienes y servicios a entidades estatales en el marco jurídico vigente que regula el proceso de contratación.

La importancia de este derecho en el área de los contratos estatales es, por tanto, clara, como reconoce Tirol (2017) al establecer algunas de las formas en las que se sitúa al Estado en las relaciones económicas en la economía de mercado: “[a] través de los mercados públicos, el Estado es el comprador y, por tanto, organiza la competencia entre proveedores: construcción de edificios públicos, concesiones de transportes (autopistas, transporte ferroviario, urbano), equipamientos para hospitales y otras colectividades, etcétera” (p. 379).

Pero al mismo tiempo, este también actúa “como árbitro de los mercados, vela por la competencia, es garante de la innovación y de que los productos sean accesibles al consumidor” (p. 379).

Es así como el Estado despliega una doble función respecto al derecho a la libre competencia. En primer lugar, actúa como árbitro del mercado, garantizando que los proveedores operen sin restricciones irrazonables. En esta función, regula las situaciones en las que la competencia se ve afectada y sanciona a quienes limitan el acceso al mercado. Por otro lado, el Estado también ejerce el papel de comprador y organiza la libre competencia entre proveedores. En este contexto, asegura condiciones equitativas (estatuto general de la contratación) para que los proveedores puedan ofrecer o suministrar bienes y servicios al estado en igualdad de condiciones.

Esta doble actuación del Estado busca promover y proteger la competencia en el mercado, tanto como regulador imparcial como comprador equitativo.

En este sentido, la legislación de contratación pública en Colombia reconoce y aplica una lista de principios rectores que las autoridades deben respetar en todos sus procesos de selección de contratistas, incluida la libre competencia económica.

Se observa que el principio de libre competencia en la contratación pública en Colombia guarda similitudes con la libre competencia económica. De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, el núcleo esencial de la libre competencia reside en asegurar el derecho de los individuos a ingresar al mercado sin restricciones injustificadas. De manera similar, la libre competencia en la contratación pública implica la prohibición de que las autoridades impongan condiciones restrictivas a la participación de los oferentes en el proceso de selección.

Por ende, la naturaleza jurídica del derecho a la libertad de competencia en la contratación pública en Colombia debe considerarse como un principio fundamental al que todas las entidades públicas deben adherirse y cumplir. Deben asegurar la libre participación de los oferentes en los diversos procesos de selección, evitando imponer barreras de acceso irrazonables que les resten ventajas en una economía libre y competitiva.

La función de La Superintendencia de Industria y Comercio en la protección del derecho constitucional a la libre competencia en el marco de la contratación estatal

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) desempeña un papel fundamental en la protección de la libre competencia en Colombia, particularmente en el ámbito de la contratación pública.

Los órganos de control, como la SIC, son instituciones creadas para integrar la administración nacional en sus diversas regiones, tanto centrales como descentralizadas. Sus funciones y atribuciones se establecen conforme a lo dispuesto por el legislador. En este sentido, el legislador colombiano ha establecido estas estructuras en concordancia con los principios establecidos en los artículos 66 y 82 de la Ley 489 de 1998, para ejecutar las funciones señaladas en los artículos 21, 22 y 24 del artículo 189 y el artículo 211 de la Constitución de 1991.

La SIC fue establecida como una entidad encargada de proteger la libre competencia económica y de aplicar sanciones a aquellos que violen estas disposiciones. Esto se evidencia en

las funciones establecidas en el Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, y le corresponde:

- Velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia.
- Atender demandas o quejas por presuntas violaciones a estas disposiciones.
- Ejecutar trámites significativos para garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- Aplicar sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de normativas relacionadas con actividades restrictivas comerciales y promoción de la competencia.
- La función de inspección y supervisión de la SIC implica asegurar el derecho constitucional a la libre competencia, especialmente en el acceso a los mercados y la participación en los procesos de contratación estatal. Esto se realiza mediante la verificación de información y seguimiento de las acciones de empresas o agentes económicos que incumplen esta norma.

Asimismo, la SIC cuenta con la autoridad para imponer sanciones en caso de violación de las normativas que protegen la libre competencia y las órdenes emitidas en el ejercicio de sus funciones.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) cumple un papel fundamental en la protección del derecho constitucional a la libre competencia. Sus responsabilidades incluyen la inspección y supervisión, la investigación de prácticas anticompetitivas y la imposición de sanciones por incumplimiento de normativas, todo con el objetivo de proteger los intereses de los consumidores y promover un entorno económico de competencia justa y equitativa para todos los actores involucrados.

La función de la Superintendencia de Industria y Comercio está definida en el inciso primero del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

Considerando lo mencionado, se resalta el papel esencial de la Superintendencia de Industria y Comercio en salvaguardar el derecho constitucional a la libre competencia, jugando un rol crucial tanto en las dinámicas económicas privadas como en el principio de libre competencia durante la selección de proveedores en los procesos de contratación estatal.

Desde esta óptica, se reconoce la trascendencia del principio de libre competencia en el proceso de selección de contratistas estatales. En este contexto, la Superintendencia de Industria y

Comercio juega un papel fundamental como garante de este principio tanto en las relaciones económicas privadas como en aquellas derivadas de los procesos de adquisiciones públicas.

En resumen, la Superintendencia de Industria y Comercio desempeña un papel crucial al asegurar el principio de libre competencia en todas las áreas económicas, abarcando tanto las relaciones privadas como las relacionadas con la contratación estatal.

En sus recomendaciones al Estado colombiano, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su informe sobre el marco jurídico y las prácticas de contratación pública de Colombia, destacó la necesidad de abordar las conductas anticompetitivas en los procesos de contratación estatal: “es esencial que los países aprueben leyes para abordar estos tipos de actividades y que establezcan autoridades de competencia con suficientes facultades y sanciones para disuadir estas acciones anticompetitivas” (2014, p. 11).

Se destaca la gran responsabilidad jurídica conferida a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como protectora del derecho constitucional a la libre competencia en Colombia. La SIC debe asegurar este derecho en todas las transacciones económicas y acuerdos en el mercado colombiano, incluyendo la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales, en coherencia con el principio de libre competencia.

Sanciones y consecuencias jurídicas por la realización de las conductas anticompetitivas

En el ámbito de la competencia económica, las prácticas restrictivas representan una preocupación constante para los reguladores y autoridades competentes. Estas acciones, que van desde acuerdos colusorios hasta abusos de posición dominante, distorsionan el funcionamiento del mercado y perjudican a los consumidores y competidores. En este contexto, resulta fundamental comprender las sanciones y consecuencias jurídicas derivadas de la realización de conductas anticompetitivas. Este estudio se adentrará en las implicaciones legales de tales prácticas, explorando las medidas punitivas y correctivas que los marcos normativos establecen para salvaguardar la libre competencia y proteger el bienestar económico.

La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, establecen consecuencias trascendentales para la violación de las normas de competencia. En primer lugar, se destaca la nulidad absoluta por objeto ilícito de los actos jurídicos relacionados con la realización de conductas anticompetitivas. Es importante señalar que la Superintendencia de

Industria y Comercio, a pesar de su función administrativa en la investigación de estas conductas, no tiene competencia para declarar esta nulidad, ya que corresponde a la jurisdicción judicial. La nulidad debe ser solicitada ante un juez mediante una demanda, ya que no se declara de pleno derecho como la ineficacia.

Además, tanto la Ley 155 de 1959 como el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 disponen la cesación de las prácticas restrictivas de la competencia como medida correctiva. Asimismo, estas normativas establecen sanciones fiduciarias para las empresas que infringen las normas de competencia.

En el caso exclusivo del Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, se prevén sanciones pecuniarias para las personas naturales que perpetren o toleren prácticas restrictivas. Es importante destacar que, según la Ley 1340 de 2009, las sanciones impuestas a personas naturales no pueden ser asumidas por personas jurídicas. Por otro lado, la Ley 155 de 1959 no contempla sanciones para personas naturales, pero sí establece medidas como el retiro de acciones de la bolsa, la prohibición de funcionamiento en caso de reincidencia y la intervención de los precios como sanciones para las empresas.

Es importante resaltar que, hasta la fecha, en Colombia el estatuto anticorrupción si tipificó la colusión en contratación estatal como delito, siendo la única práctica anticompetitiva que acarrea consecuencias penales.

En cuanto a las sanciones, en Colombia, el modelo de sanción para las prácticas colusorias en la contratación pública se divide en cuatro grandes grupos:

Derecho Administrativo Sancionador

En este ámbito, la Superintendencia de Industria y Comercio juega un papel crucial, regulado por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992, entre otros marcos legales. Las sanciones pueden incluir la caducidad del contrato, con efectos ante la Cámara de Comercio que registra la inhabilitación de los contratistas sancionados para contratar por 10 años, lo cual puede ser impuesto por la entidad contratante. También se prevé la imposición de sanciones fiscales en casos de detrimento patrimonial debido a precios inflados. Estas multas pueden ser proporcionales al tamaño de la empresa y la gravedad de la infracción.

La SIC tiene la autoridad para ordenar a las empresas que detengan de inmediato la conducta colusoria y se abstengan de participar en actividades anticompetitivas en el futuro. Además, puede tomar medidas para restaurar la competencia en el mercado afectado por la

colusión, lo que podría incluir la implementación de medidas correctivas para fomentar una competencia justa y equitativa.

Igualmente, la SIC puede ordenar la publicidad de la infracción, lo que puede implicar la divulgación pública de la conducta colusoria y las sanciones impuestas.

Derecho Penal

A partir de la expedición del Estatuto Anticorrupción. La Ley 1474 de 2011 tipificó la colusión en la contratación pública como delito. Para ello estableció en primer lugar una pena principal privativa de la libertad de seis (6) a doce (12) años para aquella persona "que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual". En segundo lugar, la ley establece la posibilidad de imponer una pena accesoria a la privativa de la libertad, consistente en una multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con el estado por ocho (8) años.

La Posibilidad de demandar

Ante el Contencioso Administrativo o la jurisdicción ordinaria por parte de terceros proponentes, en búsqueda de indemnización o restablecimiento de la legalidad.

Acciones Constitucionales de Grupo y Populares

para la protección del derecho colectivo a la libre competencia.

Las anteriores son entonces algunas de las posibles sanciones que la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer por colusión en la contratación estatal, con el objetivo de garantizar la competencia justa y proteger los intereses de los consumidores y competidores en el mercado.

Análisis del tratamiento jurídico actual para prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas

Siguiendo el tema anterior, es importante mencionar uno de los modelos empleados en Colombia para imponer sanciones a las prácticas anticompetitivas. Es el modelo propuesto por Motchenkova & Kort (2006), el cual presenta dos escenarios distintos. El primero consiste en un sistema de multa fija, mientras que el segundo implica un sistema de multa proporcional a la ganancia obtenida por la fijación de precios. Este modelo guarda relación en cuanto a la estimación de la sanción, dentro de los diferentes enfoques adoptados por el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, no se puede catalogar estrictamente a cada uno como un sistema de multa

fija en el primer caso o de multa proporcional en el segundo, ya que existe un grado de mixtura en ambos casos.

En general, la Superintendencia de Industria y Comercio puede iniciar investigaciones sobre prácticas anticompetitivas de varias maneras: por iniciativa propia, al recibir una queja de un tercero o mediante referencia de otra autoridad.

Posteriormente, se evalúa la conveniencia de iniciar una investigación formal, considerando los hallazgos de la etapa preliminar. En caso afirmativo, se notifica a los implicados, brindándoles la oportunidad de presentar pruebas o argumentos pertinentes.

Durante la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) realiza las pruebas que considera necesarias y pertinentes. La SIC también está facultada para efectuar pruebas de oficio, que pueden incluir pruebas documentales, visitas de inspección, solicitudes de suministro de datos o libros de comercio a personas naturales o jurídicas, y interrogatorios a las partes involucradas.

Durante el proceso, pueden intervenir como terceros los competidores, los consumidores, las ligas y las asociaciones de consumidores acreditadas, o cualquier persona que demuestre un interés directo e individual en las investigaciones sobre este tipo de prácticas restrictivas. Estos terceros tienen la oportunidad de aportar sus consideraciones y pruebas dentro de los 15 días hábiles siguientes a la publicación del proceso en la página web de la SIC.

Una vez concluida la investigación, el superintendente delegado presenta un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio. Este informe, aunque no es vinculante, contiene los resultados de la investigación y recomienda la imposición de una sanción o el archivo de la actuación. Dicho informe se traslada a los investigados y a los terceros interesados, si los hubiera, quienes tienen la oportunidad de presentar sus observaciones.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) tiene la facultad de imponer medidas cautelares cuando considere que la no adopción de estas medidas podría comprometer la efectividad de una eventual decisión sancionatoria. En este sentido, la SIC puede ordenar la suspensión inmediata de aquellas conductas que puedan estar contraviniendo las disposiciones legales sobre competencia.

En la fase resolutoria del proceso, el superintendente emite la resolución que pone fin al mismo, la cual puede ser objeto de recurso de reposición. Además de la resolución, solo el acto de negación de pruebas es susceptible de recurso, mientras que los demás se consideran de trámite.

Ahora bien, bajo los preceptos de la ley 1340 de 2009, la facultad sancionatoria de la SIC caduca a los 5 años desde el momento en el que se ejecuta la conducta o el último hecho constitutivo de la misma. El tope de las multas impuestas por infracciones a las disposiciones de protección de la competencia y prácticas restrictivas es de 100.000 SMMLV o, si resultare ser mayor la ganancia de la empresa por el ilícito podría llegar hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor (Art. 25).

Presentado lo anterior, se puede concretar que el derecho de la competencia es una herramienta fundamental para el desarrollo del mercado, y la Superintendencia de Industria y Comercio desempeña un papel crucial en garantizar la estabilidad económica nacional. Las facultades conferidas por el Decreto 2153 de 1992, modificado posteriormente por la Ley 1340 de 2009, reflejan la creciente importancia de regular las prácticas anticompetitivas en Colombia.

La Ley 1340 de 2009 introdujo cambios significativos al Decreto 2153 de 1992, como parte de un esfuerzo por reestructurar y ajustar la política antimonopolio del Estado. Uno de los cambios más destacados se refiere a los modelos sancionatorios, que pasaron de enfocarse principalmente en multas fijas a dar mayor peso a las multas proporcionales. Este cambio tiene como objetivo generar un efecto disuasorio más fuerte entre los infractores, pretendiendo con ello r y pretendiendo garantizar la participación de todos actores del mercado en igualdad de condiciones.

Es claro que en Colombia se protegen los derechos constitucionales a la libre competencia y al acceso equitativo al mercado para todas las empresas y personas naturales. La imposición de sanciones es la máxima expresión del poder sancionador del Estado, además de corregir y prevenir la colusión y otras prácticas anticompetitivas en el mercado nacional.

Ahora bien, desde la sanción de la Ley 1340 en 2009 existe la posibilidad de solicitar acceso a programas de clemencia, no fue hasta 2014 que se realizó la primera solicitud de acceso a un programa de clemencia. y Comercio. Desde entonces, hasta actualidad, el número de casos que requieren acceso al programa de clemencia alcanza un total de 10 investigaciones. (Gómez, 2014)

Para establecer la efectividad de estos programas de indulgencia en Colombia, se tendrán en cuenta todas las resoluciones que abran investigaciones en las que se pueda solicitar el acceso a programas de beneficios cooperativos. Eso significa que todos los casos tienen como, por ejemplo:

i) un acuerdo restrictivo de la competencia -como sucedió, por ejemplo, en el caso de PAE Frutas (Rad. 17-29298159) ii) una infracción de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 195960 -como ocurrió en los casos de Boletería (Rad. 17-32721561) y Vigilancia (Rad. 11-7159062)-; iii) una imputación en la que concurren ambas conductas -como ocurrió en los casos de Cloro Soda (Rad. 17-288979)⁶³, Tubería (Rad. 16-453444)⁶⁴, Mineros (Rad. 14-130744)⁶⁵, Cuadernos (Rad. 14-151036)⁶⁶, Pañales (Rad.13-266923)⁶⁷, Papeles Suaves (Rad.14-151027)⁶⁸ y Ruta del Sol (Rad.17-14777) (Gomez, 2021, pp. 51 - 52).

Los esquemas de beneficios cooperativos se aplican a conductas en las que al menos dos agentes económicos acuerdan limitar la libre competencia económica. Por esta razón, se podría argumentar que en todo proceso de investigación al menos un investigador tiene la oportunidad de solicitar acceso a programas de beneficios cooperativos. Lo anterior porque, si bien este número aplica a actos que contengan acuerdos anticompetitivos o violen el principio de prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1992,⁷⁰ habrá al menos un investigador. quien tiene capacidad para denunciar, ya que su cómplice será el instigador del hecho, quien difícilmente, una vez acreditada su condición, acceda a programas de bienestar cooperativo.

La asignación del mercado y la determinación de las condiciones de venta en el mercado generalmente radica en el hecho de que, si bien la colusión es un delito penal, los acuerdos restrictivos otros sólo se castigan con medidas administrativas. Es decir, en los casos en los que no haya riesgo de pena privativa de libertad, habrá más solicitudes para acceder a programas de amnistía. Por el contrario, la necesidad de acceder a programas de clemencia será menor cuando, después de aceptar una conducta anticompetitiva y proporcionar a los reguladores pruebas suficientes para procesar a un cártel empresarial, tengan que someterse a sanciones penales, incluso si son reducidas, como prevé el párrafo 410. A del Código Penal, disuaden a los posibles informantes de aprovechar el programa de beneficios para la cooperación lanzado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La razón por la que se tipificó la colusión es por la lucha contra la corrupción y no por la lucha contra la cartelización empresarial. De allí que, es el único país de América que penaliza las prácticas anticompetitivas; en donde se relaciona sólo la colusión en la contratación pública se considera un delito y, además, es el único país en el que este acto de colusión no disminuye. Las sanciones penales para las personas que firmen una cooperación están completamente exentas de sanciones administrativas.

Enfoque específico en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica

Como parte de los procesos de control, nos referiremos al enfoque desarrollado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), respecto de las prácticas de colusión entre los investigados que participaron en el proceso de subasta inversa N. 6179 de 2016 de la Gobernación de Antioquia.

En la Resolución 12992 de 2019, la SIC confirma que las empresas que se presentaron al citado proceso de selección, con excepción de dos de los oferentes, actuaron en contravención del numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Para llegar a esta conclusión, la SIC adoptó un enfoque centrado en la proporcionalidad de las sanciones, lo que significa que las multas impuestas debían guardar relación con la gravedad de la infracción y el impacto en el mercado y los consumidores. Este enfoque estaba reflejando la necesidad de garantizar una aplicación justa y equitativa de las medidas correctivas, evitando sanciones excesivas que pudieran obstaculizar la actividad económica de las empresas infractoras.

Para determinar la proporcionalidad de las sanciones, la SIC llevó a cabo una evaluación exhaustiva de cada caso, teniendo en cuenta una serie de factores. Entre estos factores se incluyen:

Gravedad de la infracción: Se consideró la naturaleza y el alcance de la conducta anticompetitiva, así como su impacto en la competencia en el mercado relevante. Por ejemplo, se evaluó si la práctica colusoria afectó los precios, la calidad de los productos o la libre entrada de nuevos competidores al mercado.

Participación del infractor: Se examinó el grado de participación del infractor en la conducta anticompetitiva. Aquellos que desempeñaron un papel más activo o lideraron la práctica ilícita enfrentaron sanciones más severas que aquellos que participaron de manera menos significativa.

Capacidad económica del infractor: Se tuvo en cuenta la capacidad financiera del infractor para determinar la cuantía de la multa. Las empresas con mayores recursos económicos podrían enfrentar sanciones más altas para asegurar que la multa tenga un impacto efectivo y disuasorio.

Daño al mercado y a los consumidores: Se evaluó el impacto de la conducta anticompetitiva en el mercado y en los consumidores. Se consideraron aspectos como la afectación a la libre competencia, la restricción de opciones para los consumidores y el aumento injustificado de los precios.

Al tener en cuenta estos y otros factores relevantes, la SIC buscó asegurar que las sanciones impuestas en la Resolución 12992 de 2019 fueran proporcionales y efectivas en la prevención y disuasión de prácticas anticompetitivas en el mercado colombiano.

Lo anterior, representa un paso significativo en la lucha contra las prácticas anticompetitivas en el mercado colombiano y a su vez se refleja el compromiso de la SIC en promover la competencia leal y garantizar un mercado transparente y eficiente en Colombia.

Sin embargo, también destaca la necesidad continua de vigilancia y aplicación rigurosa de las normas antimonopolio para proteger los intereses de los consumidores y promover un entorno empresarial justo y competitivo.

Enfoque específico en la modalidad de selección abreviada a través de subasta inversa electrónica en Colombia

Las entidades estatales, en el ejercicio de sus actividades administrativas, deben, de acuerdo con el artículo 269 de la Constitución Política, desarrollar y aplicar métodos y procedimientos de control interno, en concordancia con la legislación vigente. Esto puede contemplar excepciones y permitir la contratación de servicios con empresas privadas colombianas.

Parte de esos controles en la contratación estatal se ejerce a través de todas las modalidades de selección del régimen contractual (Ley 80 de 1993, 28 de octubre de 1993; Ley 1150 de 2007, 16 de julio de 2007). De manera puntual nos referiremos al método de contratación de selección abreviada mediante Subasta Inversa, ya sea presencial o electrónica, que ha creado un mecanismo de gran influencia en la contratación pública, caracterizado por ser una herramienta ideal para optimizar los recursos administrativos en la compra de bienes servicios comunes a precios bajos razonable.

En este sentido, cuando las entidades públicas proceden a utilizar la modalidad de Selección Abreviada por Subasta Inversa, el objetivo que se busca es analizar cuál es la oferta económica más rentable entre los proponentes, por lo que se puede inferir que, en ausencia de un número significativo de oferentes, minimizar la probabilidad de que la entidad reciba una oferta razonable permite a la entidad optimizar sus recursos, consiguiéndose el principal objetivo mediante este tipo de modalidad.

En este tipo de modalidad, existe el riesgo de que se presente un único oferente, lo que limita la competencia y permite la presentación de propuestas con el mismo precio máximo o de reserva que el Estado está dispuesto a pagar. Esto aumenta la probabilidad de colusión o cartelización entre los oferentes.

Respecto de la colusión, esta puede configurarse tanto por objeto como por efecto, es decir, es ilegal la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar el proceso de licitación o adjudicación como el efecto producido, en el mercado, en la libre competencia y en el desarrollo del proceso contractual, de acuerdo con Serrano (2011, p. 150).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la libre competencia ha sido definida doctrinalmente por la Corte Constitucional como un proceso en el cual un grupo de empresarios, dentro de un marco normativo que garantiza igualdad de condiciones, dedica sus esfuerzos y recursos a conquistar un mercado específico. Este proceso se lleva a cabo bajo la premisa de que no existen barreras de entrada ni otras prácticas restrictivas que obstaculicen la participación de los oferentes en la contratación pública. Esto vulnera la libertad de competencia, la cual garantiza no solo la libre competencia, sino también la posibilidad de seleccionar al mejor oferente para llevar a cabo y cumplir con los objetivos del Estado. (Sentencia C-992/06, 29 de noviembre de 2006).

Sin embargo, esta forma de corrupción se convierte en una práctica común entre los oferentes que participan en los procesos de selección, lo cual vulnera la libertad de competencia. Esta libertad no solo asegura la libre competencia, sino también la posibilidad de seleccionar al mejor oferente para llevar a cabo y cumplir con los objetivos del Estado.

En estos términos, se reconoce la importancia de fomentar la actividad empresarial; sin embargo, se resalta la imperiosa necesidad de que el Estado utilice los instrumentos apropiados para intervenir en la economía. Esto se hace con el fin de evitar y controlar los abusos que puedan surgir en el mercado, así como para incentivar la competencia, proteger los bienes y valores constitucionales, conciliar los intereses particulares y generales presentes en la libre competencia, y salvaguardar los derechos de los consumidores (Galvis, 2016).

De igual forma, es necesario señalar lo que la Corte Constitucional, dentro de sus numerosos conceptos jurisprudenciales, deja en claro respecto a la libre competencia económica. Esta debe estar regida por lo siguiente: 'consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas', cuya efectiva garantía depende del equilibrio entre las

acciones individuales de las empresas e individuos participantes en el mercado. Por tal motivo, la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia, o una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley (Sentencia C-228/10, 24 de marzo de 2010).

Aunque es inevitable que participen actores propios de la administración en los procesos de contratación, es fundamental realizar un seguimiento riguroso de dichos procesos. Esto incluye la participación de los funcionarios públicos involucrados, así como de los órganos de control y las veedurías. Además, se debe ejercer un control efectivo durante los procesos para identificar los actos que puedan afectar la subasta, entre otros aspectos relevantes. (Sentencia C-992/06, 29 de noviembre de 2006).

Cada acto de corrupción muestra claramente que podemos estar ante acciones progresivas, iterativas y preparadas, cuya implementación se lleva a cabo de tal manera que los procesos no necesariamente deben ser recompensados, pero el impacto en la libre competencia económica no deja ninguna oportunidad, a otros oferentes, que deseen participar en el proceso de adjudicación, mediante subasta inversa, estas prácticas colusorias ponen en peligro los límites presupuestarios, el cumplimiento de los objetivos del contrato y la garantía mínima de entrega de productos de mejor calidad.

Por tanto, es evidente que la colusión en los procesos de selección de contratistas distorsiona la competencia y obliga a la Administración a elegir al proponente impuesto por este comportamiento anticompetitivo. En la mayoría de los casos, este proponente resulta ser el menos calificado y el más dispuesto a generar sobrecostos en el contrato para cumplir con las retribuciones económicas pactadas con los demás participantes del acuerdo colusorio.

Recomendaciones

El proceso de contratación en Colombia se encuentra sujeto a un amplio conjunto de normativas y regulaciones, que cada vez se quedan cortas frente al sinnúmero de actos de corrupción que alteran el buen desarrollo del proceso contractual.

Por tanto, reconocer la importancia de incorporar las recomendaciones proporcionadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en relación con la prevención de la colusión en la contratación estatal, puede conducir a una mayor competencia en la contratación pública, lo que a su vez puede resultar en una asignación más eficiente de los recursos y en la reducción de la corrupción.

La OCDE, como organismo internacional especializado, ofrece una perspectiva amplia y experta sobre las mejores prácticas en materia de contratación pública. Sus recomendaciones no solo están respaldadas por investigaciones exhaustivas, sino que también representan estándares internacionales reconocidos para promover la integridad, la transparencia y la competencia en los procesos de selección.

A continuación, se presentan las recomendaciones del Consejo Instrumentos Jurídicos de la OCDE (2012) para combatir la colusión en la contratación pública:

- que los miembros evalúen las distintas características de sus legislaciones y prácticas sobre contratación pública y el impacto que tienen sobre la probabilidad de colusión entre licitantes. Los miembros deberán esforzarse para que las licitaciones públicas, en todos los niveles de gobierno, se diseñen para fomentar una competencia más efectiva y también para reducir los riesgos de la colusión en la contratación pública, a la vez que garantizan una mejor relación calidad-precio (p. 2).
- que los miembros se aseguren de que los funcionarios responsables de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, conozcan los indicios, los comportamientos sospechosos y los patrones de presentación de ofertas inusuales que puedan ser señal de colusión; de este modo, los organismos públicos pertinentes podrán identificar e investigar mejor las actividades sospechosas (p. 3).
- que los miembros animen a los funcionarios responsables de la contratación pública, en todos los niveles de gobierno, a seguir los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, que Figuran en el anexo a esta recomendación, de la que forman parte integrante (p. 4).
- que los miembros desarrollen herramientas para evaluar, medir y supervisar el impacto en la competencia respecto de las leyes y reglamentos sobre contratación pública (p. 4).

Con unos anexos, dentro del cual se destaca la lista de verificación para detectar colusión en licitaciones para adquisiciones públicas, que desarrolla los siguientes aspectos:

- Buscar patrones y señales de advertencia cuando las empresas presentan ofertas (p. 14).

- Buscar señales de advertencia en todos los documentos que se presenten (p. 15).
- Buscar señales de advertencia y patrones relacionados con el establecimiento de precios (p. 15).
- Siempre buscar afirmaciones sospechosas (p. 16).
- Siempre buscar conductas sospechosas (p. 17).
- Advertencia acerca de los indicadores de colusión en procesos de adquisición (p. 17)
- Medidas que deberán aplicar los funcionarios encargados de las adquisiciones si se sospecha colusión (p. 17).

Para finalizar, es prudente advertir que, al adoptar y aplicar las recomendaciones de la OCDE, Colombia puede fortalecer aún más su marco legal y sus prácticas en materia de contratación pública. Esto no solo ayudaría a prevenir la colusión y otras formas de corrupción, sino que también promovería la eficiencia, la eficacia y la confianza en el uso de los recursos públicos, en beneficio de las comunidades.

La adopción de las recomendaciones de la OCDE sobre la colusión en la contratación estatal asegura que un país esté alineado con los estándares internacionales, promoviendo de esta manera la transparencia, la competencia y el desarrollo económico.

Conclusiones

Erradicar la colusión en la contratación estatal requiere de un enfoque integral y coordinado que involucre a todos los actores del proceso. Solo mediante el compromiso conjunto, se puede garantizar que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente y en beneficio del interés general. Por tanto, se presentan unas conclusiones que resumen el uso de las prácticas de la colusión en la contratación estatal y de algunas recomendaciones para abordar dicha situación.

La colusión se define como acuerdos entre carteles, donde las empresas que compiten por contratos públicos ajustan su comportamiento al de sus rivales, en lo que se conoce como colusión tácita. Esto ocurre debido a las condiciones del mercado que les permiten detectar oportunamente cualquier desviación del comportamiento esperado. La colusión, al distorsionar el mercado, se considera una forma de corrupción (Gómez, 2014).

En Colombia, las principales prácticas colusorias desarrolladas por los oferentes en procesos de contratación estatal incluyen la celebración de acuerdos entre oferentes para decidir su participación en procesos licitatorios o concursos, así como acuerdos entre oferentes y

funcionarios de entidades del Estado para direccionar la adjudicación de contratos en los procesos de selección. Además, se observa una presentación coordinada de ofertas por parte de distintos oferentes para asegurar la adjudicación del contrato en alguno de los participantes del acuerdo. Este tipo de conductas, entre otras, han sido investigadas y sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Frente a las prácticas mencionadas, el Estado se enfrenta a la necesidad imperativa de diseñar e implementar soluciones eficientes, así como de reforzar las medidas existentes. Esto es esencial para asegurar que las condiciones del mercado sean favorables para los competidores interesados en proveer bienes y servicios para satisfacer las necesidades públicas. Cada proceso de contratación pública debe llevarse a cabo de manera objetiva y transparente, adjudicándose a la propuesta más beneficiosa según lo establecido por Genovesi en 2021.

En el caso de colusión revisado en este trabajo, y fundamentados en la resolución 12992 de 2019, La Superintendencia de Industria y Comercio identificó que los acuerdos colusorios entre oferentes, en violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se desarrollaron en dos fases. Primero, los proponentes determinaban el beneficiario del acuerdo y la compensación para los demás oferentes. Luego, se ejecutaban las compensaciones acordadas a través de consignaciones o entregas de dinero disfrazadas como prestación de servicios.

En línea con lo anterior, se puede afirmar que la colusión en la contratación pública se manifiesta de manera individual o simultánea durante los procesos públicos. Este fenómeno cobra una relevancia significativa debido a la creciente diversidad e ingenio en las tipologías de estos acuerdos anticompetitivos, situación que cada vez se vuelve más desafiante.

Corresponde al Estado detectar precozmente las modalidades de colusión para prevenir las consecuencias económicas y el perjuicio público que estas conductas generan en etapas avanzadas. Es crucial procurar preservar los principios de transparencia y selección objetiva en la contratación pública, así como mantener la confianza de la población en las instituciones públicas. Es urgente y necesario que las autoridades competentes fortalezcan las labores de prevención y detección, así como el trabajo coordinado entre estas, organismos de control y entidades contratantes. Esta cooperación es crucial para ser mucho más eficaces en la lucha contra este flagelo, ya que las medidas implementadas de manera independiente no parecen ser tan efectivas como se requiere.

Bibliografía citada

Aguirre, J. (2012). *El procedimiento de subasta inversa ecuatoriano en comparación con otros procedimientos de contratación pública; y, con la legislación peruana y argentina* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar].

Repositorio Institucional del Organismo de la Comunidad Andina, CAN
<https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2992>

Álvarez, M. (2005). *La ética en la función pública. Una propuesta para abatir la corrupción institucional en México*. Instituto Nacional de las Mujeres.
http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100869.pdf

Benavides, J. (2004), *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia.

Cañón, M. (2016). *Revisión de la subasta inversa respecto al sector público en Suramérica* [Tesis de especialización, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional UMNG
<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15644>

Carbonell, M. (2009). *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción: una mirada constitucional*. UNAM. <file:///C:/Users/User/Downloads/texto-completo-en-pdf.pdf>

Castro, C. (2009). *Corrupción y delitos contra la administración pública. Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Universidad del Rosario.

Cepeda, F. (1994). *La corrupción administrativa en Colombia, Diagnóstico y recomendaciones para combatirla*. Contraloría General de la República

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia 31447, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; 3 de diciembre de 2007.

Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-616/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil; 13 de junio de 2001.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>

Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-516/04, M.P. Jaime Córdoba Triviño; 25 de mayo de 2004.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-516-04.htm>

- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-830/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 20 de octubre de 2010.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-032/17, M.P. Alberto Rojas Ríos; 25 de enero de 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-830-10.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-228/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; 24 de marzo de 2010.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-992/06, M.P. Álvaro Tafur Galvis; 29 de noviembre de 2006.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-992-06.htm>
- Cortina, A. (1998). *Hasta un pueblo de demonios: ética pública y sociedad*. Taurus.
- DAFP. (s.f.). *La subasta inversa de la contratación estatal en Colombia*. Departamento Administrativo de la Función Pública
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imagenes/631/La%20subasta%20inversa%20de%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf>.
- Decreto 2153 de 1992 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. D.O. No. 40704.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html
- Decreto 734 de 2012 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. 13 de abril de 2012.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=46940>
- Dussan, J. & Herrera, F. (2012). *Las modalidades de la contratación estatal* [Tesis de grado, Universidad Militar Nueva Granada]. Repositorio Institucional UMNG
<https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/9898>
- Fondo de Adaptación. (s.f.). *Normativa legal y reglamentaria selección abreviada de menor cuantía*.

[https://www.fondoadaptacion.gov.co/phocadownload/NormatividadLegalReglamentaria/Matriz Normas Principales Seleccion Abreviada Menor Cuantia.pdf](https://www.fondoadaptacion.gov.co/phocadownload/NormatividadLegalReglamentaria/Matriz%20Normas%20Principales%20Seleccion%20Abreviada%20Menor%20Cuantia.pdf)

- Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Vniversitas*, (133), 133-196. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/16568/13669>
- Galvis, I. (2018). *Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del estado* [Tesis de especialización]. Craiusta: Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/18532>
- Gobierno de Colombia. (2022). *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final-12-07-2022v0-5.pdf>
- Gómez, D. (2021). Lo incierto de los programas de beneficios por colaboración. *Díkaion*, 30(1), 27-67. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.1.2>
- González, J. (1992). *La ética pública*. Cívitas. Madrid.
- Infante, D. 2013. *Conceptos básicos de teoría de juegos y teoría de subastas* [Tesis de especialización, Universidad de la Sabana]. Intellectum, Repositorio Institucional de La Sabana <https://intellectum.unisabana.edu.co/handle/10818/5906?show=full>
- Jara, M. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación estatal*. Universidad Católica de Colombia.
- Lafaurie, J. (2002). *SICE- Sistema de información para la Vigilancia de la contratación Estatal, Respuesta Institucional Contra la Corrupción*. Contraloría General de la República.
- Laporta, F. & Álvarez, S. (Coord.). (1997). *La corrupción política*. Alianza
- Lemos, S. (2009). *Subastas inversas electrónicas y su aplicación en las compras gubernamentales: La experiencia de Latinoamérica*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- 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. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46691. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

- Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. 12 de julio de 2011. D.O. No. 48128.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html
- Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. 24 de diciembre de 1959.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38169>
- Ley 2195 de 2022. Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones. 18 de enero de 2022. D.O. No. 51921.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2195_2022.html
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41094.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- López, J. (1998). *Corrupción y cambio*. Fondo de Cultura Económica
- Luna, M. (2016). Mecanismo de subasta inversa electrónica para la disminución del gasto público, en la gobernación de norte de santander. *Hipótesis Libre*, (13), 61-74.
https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/view/3752
- Mantilla, C. (2014). Importancia del principio de selección objetiva del contratista en el proceso de Licitación Pública en Colombia. *Principia Iuris*, (22), 141-161.
<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/946/916>
- Mantilla, M. (2021). *Libre competencia en materia de contratación estatal en el marco de los pliegos tipo* [Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional Externadista
<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/97b7277a-354a-40a6-8b90-d66f5d953ffd>
- Mexía, P. (2001). *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Aranzadi.
- Ministerio del Gobierno de Colombia. (1994). *La corrupción al descubierto*. Grupo Editorial 87
- Miranda, A. & Deik C. (2018). *La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales*. Colección profesores

- OCDE. (2019). *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*.
<https://www.oecd.org/daf/competition/42761715.pdf>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*.
https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Organización Mundial del Comercio. (s.f.). *La OMC y la contratación pública*.
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm
- Pérez, J. (2004). *Derecho constitucional colombiano*. Temis.
- Pichardo, I. (2004). Modernización administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable. *Foro Internacional* 45(179), 146-150.
<https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/1770/1760>
- Prada, I. (2005). *Como disminuir el gasto público utilizando tecnología: las subastas electrónicas*. Departamento Nacional de Planeación.
- Concepto Radicación No. 17-310455 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Atendiendo a la solicitud por usted radicada de fecha 31 de agosto de 2018. 27 de septiembre de 2017. Jazmín Rocío Soacha Pedraza, jefe Oficina Asesora Jurídica
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Boletin-juridico/2017/17310455Colusion.PDF>
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (TIII, 22ª ed.).
- Resolución 1055 de 2009 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se impone una sanción. 19 de enero de 2009. Radicación No. 06-061146
https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2009/RESOLUCION_1_055_DE_19_DE_ENERO_DE_2009_SANCION_INTERSYSTEM.pdf
- Resolución 12992 de 2019 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones. 10 de mayo de 2019. Radicado No. 16-434574
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/032020/RESOLUCI%C3%93N%20No.%2012992%20-%2010%20DE%20MAYO%20DE%202019%20-%20IMPONE%20SANCI%C3%93N%20-%20SUMINISTROS%20-%20P%C3%A9BLICA.pdf>

- Resolución 40875 de 2013 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 9 de julio de 2013. Radicación No. 10-164566
https://www.sic.gov.co/recursos_user//documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2013/RESOLUCION_40875_DE_09_DE_JULIO_DE_2013_SANCION_VALME.pdf
- Resolución 53991 de 2012 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se imponen unas sanciones. 14 de septiembre de 2012. Radicación No. 08-126301
https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2012/RESOLUCION_53991_DE_14_DE_SEPTIEMBRE_DE_2012_SANCION_CARCELES.pdf
- Rezzoagli, B. (2005). *Análisis jurídico, económico y político de la corrupción*. Porrúa.
- Safar, M. (2014). *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el Derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Universidad externado de Colombia.
- Serrano, F. (2011). El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *International Law*, (19), 147-181.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-81562011000200006&script=sci_arttext
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Prácticas restrictivas de la competencia*.
<https://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2009). *Guía práctica: Combatir la colusión en las licitaciones*. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf
- Superintendencia de Industria y Comercio. (octubre de 2017). *¿Qué es la colusión?*
<https://www.sic.gov.co/boletin-juridico-octubre-2017/que-es-la-colusion>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Definiciones sobre competencia*.
<https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>

Bibliografía consultada

- Agencia Nacional de Contratación Pública. (septiembre de 2023). *Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los procesos de contratación*. Colombia compra eficiente https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce-eicp-ma-04_manual_requisitos_habilitantes_v3_29-09-2023.pdf
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de la República de Colombia 1991 (2^a edición). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Barbosa et al. (2019). *Análisis de pliegos tipo para la transparencia en la adjudicación de proyectos de infraestructura de transporte en Colombia, en comparación con países como Argentina y República Dominicana* [Tesis de grado, Universidad Piloto de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Piloto de Colombia <https://repository.unipiloto.edu.co/handle/20.500.12277/6535>
- Bresciani, J. (2009). *Subasta inversa electrónica* [Tesina, Universidad de Belgrano]. Repositorio Universidad de Belgrano http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/325/280_Bresciani.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Carrillo, Y. (2018). *Filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección primera. Sentencia 2013-00205, Dr. Hernando Sánchez Sánchez; 17 de marzo de 2022. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_5aaedd2fd5c9473d908d5a08bb6689af
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-080-23, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar; 23 de marzo de 2023. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-080-23.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-164/23, M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo; 18 de mayo de 2023. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-164-23.htm>
- Corte Constitucional República de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-713/09, M.P. María Victoria Calle Correa; 7 de octubre de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm>

De la Calle, J. (2022). *Tratado general de libre competencia. Análisis jurídico y económico*. Tirant lo Blanch.

Decreto 1082 de 2015. Presidencia de la Republica. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. 26 de mayo de 2015

Decreto 1510 de 2013 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública. 17 de julio de 2013. N-D15102013-01.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>

Decreto 2153 de 1992. [Ministerio de Desarrollo Económico]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

Decreto 3523 de 2009 [Presidencia de la República de Colombia]. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias. 15 de septiembre de 2009.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=75636>

Departamento Administrativo de Función Pública. (2018). *Manual de Contratación Estatal* (Versión 13).
<https://www1.funcionpublica.gov.co/documents/418537/1035318/Manual+de+Contrataci%C3%B3n+V12.pdf/bd03b7b9-b76b-49c0-a762-bda48c6f5a59>

Genovesi, M. (2021). *Principios Generales del Derecho Privado*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Gómez D. (2014). Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia. *Prolegómenos*, 17(33), 43-56.
<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/782>

González, J. (2014). *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*. Thomson Reuters-Civitas.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 24 de julio de 2009. D.O. No. 47420.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. D.O. No. 44097.

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Motchenkova, E., & Kort, P. (2006). Analysis of current penalty schemes for violations of antitrust laws. *Journal of optimization theory and applications*, 128, 431-451.

<https://link.springer.com/article/10.1007/s10957-006-9024-9>

OCDE (2014). *Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia.*

http://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

OCDE. (2012). *Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública.*

<https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>

Organización Mundial del Comercio (2020). *Informe anual de la red interamericana de compras gubernamentales.*

<https://ricg.org/es/publicaciones/mas-alla-de-las-fronteras-nacionales-la-dimension-internacional-de-las-compras-publicas/>

Pedrerros, S. (2015). *La subasta inversa como mecanismo de contratación : ¿maximiza los recursos del Estado? Caso: Computadores para Educar* [Tesis de Maestría, Universidad Externado de Colombia]. Repositorio Institucional Externadista

<https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/40fc61d5-ba4a-4bc0-8273-66b3a7f1c1c1>

Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial N. 12. Lucha contra la corrupción en la contratación estatal. Álvaro Uribe Vélez.

<https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=DirectivasP/30021435>

Vergara, C. & Castrillón, I. (2021). *Anexos de la monografía jurídica “La colusión en la contratación pública: estudio sobre las tipologías de acuerdos anticompetitivos en la contratación pública desde el precedente administrativo y penal colombiano”.* Repositorio Institucional Javeriano

<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/54073>

Secretaría Jurídica Distrital. (s.f.). *¿Cómo identificar la colusión?* [Infografía]. Alcaldía Mayor de Bogotá <https://www.secretariajuridica.gov.co/sites/default/files/Colusi%C3%B3n.pdf>

Resolución 5216 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se decreta medida cautelar. 16 de febrero de 2017. Radicado No. 17-14777
https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/052017/Resolucion_5216.pdf

Resolución 18645 de 2017 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 19 de abril de 2017. Radicado No. 15-81775
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062017/Resolucion18645de19Abril2017AperturaVigilancia.pdf>

Superintendencia de Industria y Comercio (2023). *Actualización Cartilla Colusiones*.
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2023/Cartilla%20colusiones-7-12-23-1110am.pdf>

Tirole, J. (2017). *La economía del bien común*. Taurus.