

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – Especialización en Derecho
Administrativo

**LA PROBLEMÁTICA DE LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES
PÚBLICAS EN COLOMBIA Y EL PAPEL DE LAS ENTIDADES
CONTRATANTES**

**THE PROBLEM OF COLLUSION IN PUBLIC BIDDING IN COLOMBIA AND
THE ROLE OF CONTRACTING ENTITIES**

Ivonne Natalia Alvarado Cárdenas¹

Martín Alejandro Nieto Barinas²

Nathaly Julieth Vargas Mejía³

Resumen

El presente trabajo de investigación consiste en presentar las dificultades que tiene la entidad contratante a la hora de evidenciar colusión por parte de los oferentes, en especial, cuando se celebra entre ellos un contrato de cesión de derechos de carácter privado dentro del proceso de selección objetiva; se precisan además, las nociones básicas de licitación pública, agregación por demanda como modelo de contratación y colusión, a la luz de la normatividad colombiana vigente, para finalizar con el estudio de casos concretos que permiten constatar las precarias herramientas de las entidades, así como, el tratamiento real al problema de colusión en Colombia.

Palabras clave

Colusión, licitación pública, agregación por demanda, contrato de cesión de derechos

¹Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá; asesora jurídica en la Oficina de Control, Circulación y Residencia (OCCRE) en la isla de San Andrés, la cual tiene como objetivo principal el control de la densidad poblacional y como consecuencia de esto la protección de los derechos y la cultura de los raizales como minoría étnica.

²Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada, Personero municipal de Nocaima, ejerciendo las funciones establecidas en la ley 136 de 1994, actuando como Ministerio público, defensor de pueblo entre otras, resaltando el trabajo con y para la comunidad del Municipio y el control administrativo y disciplinario dentro del ámbito de las competencias emanadas de la normatividad.

³Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, con experiencia profesional vinculada al sector público en temas relacionados con laboral administrativo.

Abstract

This investigation consists to show the difficulties that the contracting entity has in the evidence of collusion by the offerors, especially when a private contract of assignment rights is celebrated in the objective selection process; as well, the basic notions of public bidding, aggregation by demand, as a model of contracting, and collusion, in the light of Colombian regulations, are also needed to conclude with the study of concrete cases that make it possible to verify the precarious tools of the entities, as well as the actual treatment of the collusion problem in Colombia.

Keywords

Collusion, public tender, aggregation by demand, contract of assignment of rights

Introducción

El problema de colusión en la contratación pública colombiana ha generado importantes avances en materia legislativa, empoderando a los entes de control como la Superintendencia de Industria y Comercio y la Fiscalía General de la Nación para adelantar los procedimientos pertinentes según su competencia que permitan castigar severamente la conducta, bien sea con una sanción de carácter administrativo y/o con la rigurosidad de las consecuencias punitivas de un delito, sin embargo, trasladado el “deber ser” a la realidad, se puede evidenciar las dificultades que se presentan a la hora de demostrar los hechos, más aún si el primer actor que podría dar cuenta de ello, como lo es la entidad contratante, no cuenta con las herramientas suficientes para detener el proceso de contratación y cuando los parámetros de conducta que permiten determinar si existió o no colusión son fijados de forma subjetiva y poco clara. Es por lo anterior, que el presente trabajo pretende desarrollar los interrogantes de ¿Cuál es el papel de las entidades contratantes en el marco de una licitación pública de agregación por demanda cuando entre los oferentes se suscribe un contrato de licenciamiento?y ¿Cuál es la relación existente entre el contrato de licenciamiento y la colusión?

El objetivo de la investigación es analizar en sujeción a dos casos reales los roles de cada uno de los actores que se presentan en una licitación cuando hay sospechas de colusión, la normatividad vigente que puede ser aplicada al tema y el pronunciamiento del Consejo de Estado, pues debe diferenciarse bien el posible tratamiento administrativo del judicial.

No se pretende entonces generar juicios de valor sobre las conductas, más bien, dejar por sentado la dificultad que se genera cuando existen sospechas de colusión, la difícil detección de la misma, y cómo, mediante un contrato de licenciamiento se derrumban los postulados propuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que permitirá a posteriori fijar criterios objetivos que le permitan a los entes de control disminuir las zonas grises en el tema.

Método y Plan

El presente trabajo se desarrolla en primer lugar haciendo un acercamiento de las definiciones en materia de contratación pública, pliego de condiciones, agregación por demanda y colusión, con el respectivo análisis en materia legal y jurisprudencial, para

poder así ajustar esos términos al estudio del caso en concreto, se utiliza para ello, la legislación vigente, los diferentes pronunciamientos de las altas cortes, la doctrina referente al tema y la referencia de un caso que se encuentra en revisión del Tribunal Administrativo, que para efectos de la presente investigación fue alterado en los datos básicos, por cuanto la decisión del Tribunal no se encuentra en firme, sin embargo, el problema jurídico se mantendrá intacto a fin de generar las consideraciones pertinentes y evidenciar los problemas que ha juicio de los autores del presente escrito existen dentro de la contratación pública.

Se indagó en los archivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en los pocos casos fallados por el Consejo de Estado con el propósito de dar claridad sobre la pregunta enunciada.

Conclusiones

Se concluye entonces que el papel de las entidades contratantes es muy limitado, toda vez que la reglamentación legal destinada a esclarecer los hechos como colusorios no se encuentran claramente delimitados, es por ello qué, la autonomía que debería tener cada entidad dentro del proceso de contratación que adelanta, se ve restringida por la inseguridad jurídica que esto representa.

Lo anterior, en razón a que no hay en Colombia una única norma que regule los elementos que debe tener una conducta para considerarse como colusoria.

Además que las disposiciones del Decreto 2153 de 1992 han sido rechazadas como fundamento para solicitar la indemnizaciones o avanzar en causas diferentes del ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que ni siquiera la OCDE, el Banco Mundial y demás organismos multilaterales están de acuerdo en qué compone una conducta colusoria, precisamente porque no hay norma que lo regule.

Así mismo, se deja en evidencia que cuando dos oferentes presentan en una misma licitación sus ofertas y celebran entre ellas un contrato de cesión de derechos para poder participar, la conducta se ajusta perfectamente en los indicios establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar colusión, sin embargo, el contrato dará base legal para deslegitimar el reproche de la conducta, mostrando que los análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio son poco objetivos, causando dificultades para probar la colusión.

La relación entre colusión y el contrato de licenciamiento lo define una línea delgada que dependerá entonces de los ojos del juzgador, sea éste un Juez Administrativo o el Superintendente Nacional de Industria y Comercio.

Ahora bien, si y solo si, de las investigaciones realizadas por esas autoridades competentes se concluye que si hubo fraude, procede entonces que la entidad contratante revoque la adjudicación, de lo contrario lo único que puede hacer es informarle a las autoridades competentes, (Superintendencia de Industria y Comercio y Fiscalía General de la Nación) y continuar con el proceso de adjudicación, lo que acarrearía a largo plazo de encontrarse probada la conducta, desgaste administrativo y pérdida del tesoro, al tener que declarar el acto administrativo de adjudicación y el contrato.

Por otro lado, si la entidad contratante decide suspender el proceso o declarar desierta la licitación, podría estar incurriendo en extralimitación de sus funciones que terminarían en repetición para el representante legal de la entidad o quien haga sus veces, aun sabiendo, que la legislación Colombiana pretende castigar el fraude entre oferentes.

Se genera entonces una ambigüedad entre el “deber ser” y el “ser”, pues claros son los pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la preocupación de la colusión en el país, sin embargo, las recomendaciones siempre que hay un proceso de contratación en curso es que se debe proceder con la firma del contrato mientras que ellos continúan adelantando las averiguaciones preliminares para determinar si hubo o no alguna conducta anticompetitiva.

En cuanto a las conductas anticompetitivas se pueden suponer entre oferentes rivales dentro del proceso licitatorio, sin embargo, cuando el modelo de la licitación es la agregación por demanda, todos los oferentes que participan para una misma licitación no siempre son rivales, tanto así, que pueden celebrar figuras jurídicas distintas a las señaladas por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2011, para conseguir el material que le permita participar, por lo que se derrumba la teoría que ha sostenido la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el juego de la competencia, pues según el análisis presentado, no se configura a la larga colusión.

Todos estos elementos dejan vislumbrar que la legislación se queda corta cuando se ajusta a la realidad, que los mecanismos previstos por la administración debe ir en concordancia con las necesidades del particular, con sus derechos y sobre todo con los intereses para poder así castigar las conductas reprochables y no cualquier situaciones que a ojos del juzgador parezca colusión.

Sería entonces más eficiente el sistema de detección de fraude si los criterios de evaluación de la conducta fueran más objetivos, si se unificaran criterios de lo que se entiende por colusión en Colombia, y si le permitieran a las entidades contratantes asumir un papel más activo en el tema, pues no basta con la suscripción del estatuto anticorrupción ni con plasmar el riesgo en la audiencia de riesgos, se debe entonces generar acciones que permitan agilizar las investigaciones, pues reversar luego los procesos de contratación tiene consecuencias más graves para el País.

Estado del arte

Licitación pública en Colombia:

La historia del estado colombiano, así como las relaciones del mismo, para con los administrados, se encuentra enmarcada en la constitución política y con clara influencia extranjera en la emisión de su normatividad interna, bajo contextos históricos de desarrollo, la cual permite satisfacer los fines propuestos por el constituyente primario en la carta política de 1991, ello sumado a las vertientes de ilegalidad que parecen aferrarse al escenario público, han dado como resultado, la emisión de normatividad rigurosa, que restringe las libertades del administrador estatal a la hora de llevar a cabo la contratación pública, adicional a lo planteado otorga a la ciudadanía una esfera de control social, con el claro fin de la protección de los recursos públicos, sin dejar atrás la necesidad vital del estado de satisfacer las necesidades del pueblo, bien sea directamente o a través de un

particular, lo cual da como resultado el origen de las formas de contratación, así como de las modalidades de selección de las mismas, que ofrecen vertientes diferentes, de acuerdo a las especificidades de la necesidad a satisfacer.

Dentro de las diversas modalidades de selección objetiva de los contratistas del estado y a efecto de la presente investigación, se tiene la licitación pública, dentro de la cual se tiene como una de sus definiciones más exactas que : *“es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal, según Enrique Sayagués Laso”*(Colombia, Consejo de Estado, 2001, pág. 1); visto lo anterior tenemos que los fines esenciales del estado, enmarcan la posibilidad de concurrencia de las personas, que dentro del mercado, consideren que cumplen los requisitos plasmados en la normatividad existente, con el fin de prestar un bien o servicio que sea requerido por parte del estado, ello en clara conexidad con los fines esenciales plasmados en la constitución política y en claro fin de garantizar la debida transparencias dentro del actuar de cada administración estatal.

Concordante con lo anterior es menester verificar las características propias de dicho procedimiento de selección, toda vez que a pesar de ser la generalidad manifestada en el articulado de la ley 80 de 1993, se deben cumplir los postulados iniciales que permitan determinar si la licitación pública es el medio de selección más idóneo para satisfacer los requerimientos del estado.

Ahora bien, para generar una definición más precisa,debemos ahondar en los principios de la Contratación Pública, desde el ámbito de la constitución política, así como bajo el entendido de que los mismo se conciben como el marco de las acciones del estado, así pues, encontramos que: *“los principios son mandatos de optimización, cuya característica especial es que pueden ser cumplidos en diferente grado”*(Alexy, 1997, págs. 86-87),

Ponderación dentro de la aplicación de los principios: si bien es cierto que en el sentido estricto, dentro de la aplicaciones de los principios fundamentales de la contratación pública, se encuentran diversas definiciones que al carecer de una total claridad, asignan a la entidad estatal, la responsabilidad de , mediante el personal idóneo, realizar cada procedimiento contractual, así como forma de selección de conformidad con la voluntad del legislador, apelando a la sana crítica y creando un nexo causal, entre el principio plasmado en la normatividad, el mecanismo de selección de los oferentes y el proceso como tal, creando lo mencionado como una unidad procesal, que permite, no solo dar garantía de la aplicación de los postulados, de transparencia, celeridad y selección objetiva, sino también que da un precedente del procedimiento que debe surtir cada entidad del estado, en sus diferentes órdenes a la hora de realizar un proceso de selección de oferentes, dentro de la contratación pública, en nuestro país.

Los principios de la contratación pública, aplican para los diversos mecanismos de selección , como para el caso presente, lo es la licitación pública, entre dichos principios,

encontramos: la libre concurrencia, la cual se evidencia como aquel derecho de los posibles oferentes a acudir en los plazos determinados por la entidad estatal a presentarse a manifestar su interés de contratar y/o presentar la oferta que considere pertinente para el proceso licitatorio; de la misma manera encontramos la igualdad de los oferentes, que no es más que la expresión del artículo 29 constitucional, en donde se debe tratar como iguales, a quienes en condiciones similares y para efectos de la contratación pública, se presenten como posibles oferentes del bien y/o servicio requerido por parte del estado, en donde en aras de garantizar no solo los principios enmarcados en la constitución, sino también aquellos de que trata la ley 80(Colombia, Senado de la Republica, 1993) en especial sus artículos 24, 29 y 30, deberá el estado obviar, cualquier tipo de preferencia o ventaja ante cualquier futuro oferente.

Pliego de condiciones:

Dentro de la definición jurídica exacta se debe tratar la definición de pliego de condiciones en donde:

“El pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato. Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato. Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato”.(Colombia, Consejo de Estado, 2001).

De conformidad con lo anterior y una vez plasmada la definición que emite el órgano competente en materia contencioso administrativa, para tratar el documento denominado pliego de condiciones, el cual, consiste básicamente en la entidad estatal, manifiesta los requisitos que considera pertinentes para que concurren los posibles oferentes, en donde se consideran diferentes ámbitos como lo son: la capacidad financiera, experiencia, cumplimiento de obligaciones fiscales y laborales, entre otros; es preciso resaltar que el documento descrito, es constantemente criticado, por no tener un marco normativo que definas las generalidades de los pliegos de condiciones, en donde los mismos, son la puerta de entrada a encaminar las condiciones exigidas a determinados oferentes, lo cual se convierte en una aparente forma de corrupción, lo que desvirtúa los principios descritos anteriormente y por ende, la forma de selección aquí descrita, por tanto y aunado a lo descrito dentro de un proceso licitatorio, deben aplicarse las reglas y principios generales, en donde, se de total aplicabilidad al marco legal dentro de la libre concurrencia de los oferentes, toda vez que los mismos cuentan con una variedad de opciones jurídicas, a fin de cumplir con los requisitos que exige el estado, para satisfacer los fines y funcionamiento del mismo, así como dentro del margen de ejecución de sus políticas públicas.

Agregación por demanda:

Dentro del mecanismo de selección de la licitación pública, el estado no es ajeno a utilizar diversas formas de contratación, así como mecanismos para cumplir sus fines esenciales, es allí donde se encuentra la agregación por demanda, en donde las entidades de todo orden, tanto territorial (alcaldías, contralorías, Gobernación) como nacional (ministerios, departamentos administrativos) realicen a través de un operador la suma de sus necesidades, con el fin de acceder a mejores precios para un producto, en donde es prudente precisar, que el mismo debe tener características uniformes, ya que esa es la esencia de dicha figura.

Un ejemplo claro de dicha forma de contratación es traído a colación por la entidad Colombia compra eficiente en donde “(...)a demanda de bienes, obras o servicios de un Proveedor único, puede ser agregada a través de un contrato suscrito bajo la modalidad de contratación directa, tanto en la Operación Principal como en la Operación Secundaria. Lo que busca este mecanismo es estandarizar las condiciones de adquisición, mejorar la posición de negociación y el precio final, y hacer más eficiente el Proceso de Contratación que deben adelantar las Entidades Estatales”(Colombia Compra Eficiente, 2015)

Colombia Compra Eficiente:

El legislador colombiano contemporáneo ha entendido la necesidad de modernizar los procesos contractuales de las entidades estatales, atendiendo a los conceptos de globalización, modernización y la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación como herramienta de acceso y divulgación de los procedimientos realizados por las entidades de diversos ordenes materializado de dicha forma el principio de publicidad, que desde el año 1993 se había plasmado en la ley 80 (Colombia, Senado de la Republica, 1993), y que prácticamente se implementó en el año 2011, por las diferentes entidades, dando desde dicho año, la facilidad no solo a los posibles oferentes, sino a la ciudadanía en general un mecanismo de control social, así como creando diferentes mecanismos y entidades que permitieren materializar el principio anteriormente mencionado, dentro de la contratación estatal.

Adicional a lo anterior y dentro del marco de la garantía del principio de transparencia, efectividad y celeridad de las acciones y funcionamiento del estado, se materializo la necesidad de crear una entidad de orden nacional, que se encargara de facilitar el acceso a la contratación pública, no solo por parte de los posibles oferentes, sino de la ciudadanía en general; el papel que desempeña dicha entidad, cobra importancia dentro del proceso de la agregación por demanda, si se tiene en cuenta que las necesidades deben ser recopiladas por una sola entidad, toda vez que de no ser de dicha manera, existiría un desorden administrativo que aparte de impedir el cumplimiento de los fines de la contratación ya abarcados, convertiría la figura de la agregación por demanda en algo poco útil.

Tratado lo anterior es viable deducir que los preceptos de agregación por demanda, permiten que el estado acceda a bienes de características generales, que permiten satisfacer necesidades de entidades de diferente orden, a precios bajos y con características de calidad, lo que conlleva a un correcto funcionamiento de dichas entidades, sumado a la garantía de los principios constitucionales y legales de la contratación pública, dentro de los cuales se resalta la celeridad, la transparencia, la eficacia y la eficiencia dentro del marco de la contratación pública, específicamente en el mecanismo de selección de la licitación pública, toda vez que debido a la magnitud del requerimiento de bienes y servicios, se debe realizar por dicho mecanismo de acuerdo a la ley 80 (Colombia, Senado de la Republica, 1993)

Contrato de licencia de uso de marca:

Con el fin de abordar el tema de contrato de uso de licencia, es de cardinal importancia, en principio manifestar que dicho contrato cuenta con una disposición legal endeble, como lo es el artículo 162 de la decisión 482 de 2000, emitida por la Comunidad Andina de Naciones, la cual pese a ser parte del ordenamiento jurídico colombiano, atendiendo al artículo 93 de la constitución política de 1991 no posee un desarrollo interno legislativo, que la defina en concreto, sino que su definición y tratamiento ha sido a través de la doctrina y la jurisprudencia, atendiendo al ámbito de propiedad industrial y la falta de disposiciones normativas en este aspecto, razón por la cual, es necesario acudir a lo plasmado mediante concepto emitido por parte de la superintendencia de industria y comercio, entidad competente en materia comercial en el país, dotada de jurisdicción para determinados casos en el ámbito comercial, dicho organismo del estado del orden nacional ha sugerido el contrato mencionado como:

“La licencia es uno de los contratos que puede realizar el titular de un derecho subjetivo sobre la marca, el que junto a la cesión son las figuras principales dentro del campo de las negociaciones comerciales que suelen presentarse. Las negociaciones sobre licencia serán documentadas a través de un convenio o contrato celebrado entre el licenciante y el licenciatario, acto contractual que se regirá además por las normas internas de cada país miembro que regulen la contratación privada”(Superintendencia de Industria y Comercio, 2010)

Abordado lo anterior, es acorde resaltar que pese a no existir regulación específica en la material, el desarrollo comercial, no se ha visto afectado, toda vez que a diario se realizan operaciones comerciales bajo esta modalidad, así mismo abriendo la brecha a las controversias, frente a diferentes propietarios de marca entre sí, toda vez que se puede desviar la subjetiva apreciación a lado y lado de la balanza, dando como resultado que en un proceso contractual de determinada persona natural o jurídica, en calidad de posible oferente, interprete una afectación de sus derechos, en cuanto a la licencia de uso de marca, que su competencia realice a un tercero, ofreciendo un sinfín de posibilidades de contención dentro del trasegar de la actividad contractual tanto del estado, como de los particulares.

Contrato de cesión de derechos

Otro contrato atípico que debe ser analizado es la cesión de derechos, la cual es frecuente dentro del ejercicio comercial de los particulares, frente al Estado, para el caso de estudio, es necesario plantear, si la cesión de derechos, mantiene en el cedente la disposición del derecho cedido, ya que al no haber una definición exacta, su interpretación es difusa, por lo cual es nuevamente válido interpretarlo de conformidad con la doctrina, así como las decisiones emitidas por la Comunidad andina de naciones, en donde en un principio, quien tiene el uso del derecho, puede cederlo a un tercero, para que a cambio de una retribución, use dicho derecho y genere del mismo una utilidad; como bien se puede determinar, la cesión del derecho lleva consigo la transferencia del uso de dicho derecho, por cuanto, salvo las disposiciones contractuales, no podrá por voluntad unilateral, revertirse dicha cesión, ya que se afectaría el derecho de quien actúa como cesionario.

Para el caso en concreto, debe entenderse que la cesión de derechos, priva de la órbita del uso a quien actúa como cedente para determinado negocio jurídico, es decir, no se debe interpretar que dentro del marco de la contratación pública, un tercero, que desea ofertar un bien y/o servicio al estado, que mediante contrato, previamente ha adquirido un derecho a fin de ser explotado y generar utilidad, actúa en representación del cedente o propietario inicial de dicho derecho, ya que dentro del marco de la cesión de derechos es abiertamente legal realizar este tipo de negocio, así mismo, garantiza la libre competencia, por cuanto en un principio la cesión, no afectaría a terceros, ya que da la posibilidad de que los mismos se presenten en condiciones de igualdad frente a un proceso de selección contractual de cualquier entidad del estado.

Colusión

La Colusión ha sido definida por la Superintendencia de Industria y Comercio como *“el acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, practica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De manera tal, que un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada”*(Superintendencia de Industria y Comercio, 2007, pág. 10)

Bajo esta premisa, puede entenderse entonces que la colusión supone una actividad contraria a la libre competencia, la cual ha sido protegida en la Constitución Política de Colombia en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 333: (...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidad (...). El Estado por mandato de la Ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (...).”(Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

En este sentido, la libre competencia se predica de aquella situación donde los competidores, bajo los límites del marco normativo y en igualdad de condiciones, buscan

conquistar un mercado y obtener rentabilidad sobre sus actividades. Así las cosas, la libre competencia tiene como objetivo último, que los actores del mercado alcancen una utilidad deseable y a la vez que genere beneficios para el consumidor con el ofrecimiento de bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.

Al amparo de la norma constitucional la Ley 1340 de 2009 en su artículo 2° dispone:

“ARTÍCULO 2°: (...) Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.(Colombia, Congreso de la República, 2009)

Por lo que, una de las prácticas que con mayor impacto afectan y restringen la competencia, es la colusión de agentes del mercado, al respecto, la normatividad colombiana se ha referido al tema en los siguientes términos:

El Decreto 2153 de 1992, artículo 45 numeral 1°, consagra:

“ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.”(Colombia, Presidente de la República, 1992)

En el mismo sentido, el artículo 47 numeral 9° del mencionado Decreto señala:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”(Colombia, Presidente de la República, 1992)

De lo anterior, se desglosa que la Colusión en Colombia ha sido en principio desarrollada por la Superintendencia de Industria y Comercio⁴, la cual tiene como objetivo y función: “Administrar la propiedad industrial”, “generar políticas de protección al consumidor”, “controlar y verificar reglamentos técnicos y metrología legal”, “proteger a la

⁴ La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal.(Colombia, Presidente de la República, 1992)

competencia”, “vigilar a las Cámaras de Comercio”, “proteger los datos personales” y “ejercer funciones jurisdiccionales de protección al consumidor”(Superintendencia de Industria y Comercio), lo cual se encuentra en completa armonía con lo contemplado en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, sin embargo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado, razonadamente que la disposición contemplada en el Artículo 47, tiene limitada su aplicación al cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio estableciendo que: *“(…) de los cánones 47 numeral 7 y 50 numeral 3 del Decreto 2153 de 1992, que establecen simultáneamente como acuerdos contrarios a la libre competencia (...), pero restringido al cumplimiento de las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas mercantiles restrictivas, a ser consideradas por las autoridades competentes en ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía, como desarrollo del artículo 334 de la Constitución, sin que logren configurar en su conjunto el componente sustancial pretendido (...)*(Colombia, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Se desprende entonces, que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, serán independientes de las que se puedan adelantar en el ámbito de su competencia, otras autoridades.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 la colusión se elevó a la categoría de delito, de la siguiente manera:

“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.(Colombia, Congreso de la República, 2011)

(...)

Lo que significa que el Estado Colombiano a combinado múltiples esfuerzos en combatir la libre competencia, más exactamente el fenómeno de la Colusión, lo cual se encuentra perfectamente alineado con los esfuerzos de lucha contra la corrupción⁵, cáncer que ha permeado todos los ámbitos de nuestra Nación.

⁵ “Corrupción es el abuso del poder para el beneficio propio. En ese sentido, la corrupción puede presentarse tanto en organizaciones públicas como privadas y los casos pueden darse en diferentes proporciones de acuerdo a la magnitud de los recursos en riesgo y al perfil de las personas implicadas.

Dada su importancia para la sociedad, Transparencia Internacional define como “gran corrupción” aquellos actos cometidos en altos niveles de gobierno que distorsionan las políticas públicas o el funcionamiento del Estado para el beneficio propio de los responsables a costa del bien público.

No obstante, existen también casos de corrupción de menor escala, como los que se realizan por

Sin embargo, en materia de contratación pública, en el ordenamiento jurídico colombiano no hay definición unívoca de qué es colusión; tampoco existe unanimidad de conceptos en los organismos multilaterales.

Prueba de ello es el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), quienes han desarrollado instrumentos para la prevención e identificación eficaz de las conductas colusorias en los procesos de contratación. Uno de esos instrumentos es la estructuración de pliegos de condiciones modelo, para ser usados en las obras que son financiadas a través de dichos organismos.

Así, a modo de ejemplo el BID contempla en sus Pliegos para “obras menores” lo siguiente:

*“El Banco exige que todos los Oferentes están obligados a seguir las políticas para la Adquisición de Obras y Bienes financiados por el Banco. En particular, el Banco exige a todos los prestatarios, al igual que todas las firmas, entidades o personas oferentes por participar o participando en proyectos financiados por el Banco incluyendo, entre otros, solicitantes, oferentes, contratistas, consultores (incluyendo sus respectivos funcionarios, empleados y representantes), observar los más altos niveles de éticos y denunciar al Banco todo acto sospechoso de fraude o corrupción del cual tenga conocimiento o sea informado durante el proceso de adquisición y las negociaciones o la ejecución de un contrato. Los actos de fraude y corrupción están prohibidos. Fraude y corrupción comprenden actos de: (a) soborno; (b) extorsión o coerción; (c) fraude; y (d) **colusión**. (...)*

Colusión, que significa un acuerdo secreto entre dos o más partes realizado con la intención de defraudar o causar daño a una persona o entidad o de obtener un fin ilícito” (Negrilla fuera del texto)(Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial, 2006, pág. 13).

Por su parte, el BIF (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – Banco Mundial) contempla:

“El banco exige que todos los Prestatarios (incluyendo los beneficiarios de préstamos concedidos por el Banco), así como los Licitantes, proveedores, contratistas y consultores que participen en proyectos financiados por el Banco, observen las más estrictas normas de ética durante el proceso de licitación y de ejecución de dichos contratos. Para dar cumplimiento a esta política, el Banco:

(...)

“Prácticas colusorias” significa la confabulación o arreglo entre dos o más Licitantes con o sin el conocimiento del Prestatario, con el fin de establecer precios de ofertas a niveles artificiales no competitivos”(Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial, 2006, págs. 17-18).

parte de funcionarios medios y altos en su interacción con los ciudadanos que buscan obtener beneficios o privilegios a cambio de alguna dádiva”. (Colombia, Secretaría de transparencia, 2016)

Como se puede observar las nociones de colusión entre el BID y el BIRF difieren en algunos elementos.

Así mismo, al momento de expedir el “*documento estándar de licitación pública internacional (LPI) para Colombia*” en febrero de 2007, tampoco conciliaron estas dos definiciones y mantuvieron cada uno (BID y Banco Mundial) los elementos y sanciones que cada cual quiso definir.

Para Colombia, el BID definió que “*Una práctica colusoria es un acuerdo entre dos o más partes realizado con la intención de alcanzar un propósito inapropiado, incluyendo influenciar en forma inapropiada las acciones de otra parte*” (Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, 2013, pág. 16)

Nótese como la definición para México no es así para Colombia, se exige que el acuerdo colusorio sea secreto frente a terceros y frente a la Entidad que podría resultar perjudicada (las personas de derecho público en principio no serían sujetos activos de esta conducta). Por otra parte, no limita la colusión al precio, sino a cualquier elemento que vaya en perjuicio de otros.

Tan complicada resulta la definición del fenómeno de la colusión, que es uno de los elementos que no pudieron estandarizar en sus pliegos-modelo estos dos organismos de financiamiento.

Por otra parte, se encuentra que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha generado sus propios instrumentos de lucha contra la colusión, así como también ha apoyado a varios países en la elaboración de herramientas con el mismo fin.

En los “*lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*” se indica que: “*la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaría que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación*”. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2009, pág. 1).

En el caso de la Fiscalía Nacional Económica de Chile –con apoyo de la OCDE- se elaboró la “*Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público*”. Se definió lo siguiente: “*La colusión entre oferentes en licitaciones se produce cuando empresas, que en ausencia de dicha colusión habrían competido sin compartir información entre si, se ponen de acuerdo para elevar los precios o disminuir la calidad de los productos o servicios a ser proveídos a adquirentes interesados en obtener dichos productos o servicios mediante un proceso competitivo*” (Fiscalía Nacional Económica, 2009, pág. 1).

Nótese como en el caso de OCDE tampoco se obtienen definiciones unívocas, pues en sus guías relieves el carácter secreto de la colusión, mientras que en la guía OCDE para Chile se hace énfasis en el intercambio de información, lo limita a los factores de precio o calidad, y no exige la secrecía como elemento estructural de la conducta.

Marco teórico

Análisis de Casos Concretos

En éste acápite se tratará un caso concreto que se encuentra en revisión del alto tribunal administrativo, por lo que se hará necesario cambiar algunos datos de identificación, sin embargo, el problema jurídico se mantendrá intacto a fin de realizar académicamente el análisis del mismo y evidenciar las dificultades a las que la jurisdicción se enfrenta cuando debe resolver temas de colusión en el marco de la contratación estatal.

En este sentido, se hará un breve resumen de los hechos y se pondrá en evidencia el problema jurídico a resolver, para luego, generar las conclusiones pertinentes. Se hace necesario además aclarar que no se pretende resolver de fondo el problema, ni proferir un dictamen definitivo, el objetivo es entonces, generar interrogantes y evidenciar problemáticas que permitan a posteriori ser resueltos.

El 28 de junio de 2000, la Entidad Colombia Compra Eficiente, (en adelante “CCE”), encargada de organizar, administrar, consolidar y llevar a feliz término la contratación pública en el País, convocó a todos los interesados a participar en el proceso de contratación N° LP-808-AG-2000, a través de la licitación pública por agregación de demanda tendiente a establecer: “a) Los proveedores que realizan la Edición y Distribución de Material Pedagógico; b) Las condiciones en las cuales las Entidades compradoras se vinculan al Instrumento de Agregación de Demanda; y c) Las condiciones de pago de la Edición y distribución de Material Pedagógico por parte de las Entidades compradoras y a favor de los Proveedores”.

En este sentido, el proceso licitatorio se dividió en segmentos (del 1 al 6), permitiendo que los oferentes interesados presentaran propuestas para uno o varios segmentos dependiendo de su capacidad técnica, su capacidad financiera, su experiencia y su respectivo interés, por lo que varias empresas editoriales del País decidieron participar de la siguiente manera:

Segmento 1	Segmento 2	Segmento 3	Segmento 4	Segmento 5	Segmento 6
MJ1	MJ2	R	MJ2	MJ1	MJ2
I&I			I&I		
S			S		

*MJ1 se presenta como consorcio entre MJ Colombia y MJ Puerto Rico.

*MJ2 se presenta como consorcio entre MJ Colombia y MJ España

En varios de los segmentos a adjudicar, se presenta un único oferente como lo es en el segmento 2, 3, 5 y 6, sin embargo, se resalta que para el segmento 3, el único oferente (R) no se presenta a más segmentos sino al tres.

Las características de cada segmento consistían en:

Para que el oferente R pudiera presentarse al segmento 3, suscribió contrato de cesión de derechos con la Editorial Colombiana MJ, (quien también estaba participando en el proceso licitatorio como socio en dos consorcios para los segmentos 1, 2, 4, 5, 6), el día 01 de agosto de 2000, a través del cual se cedieron los derechos sobre la obra literaria con la que R ofertó en el segmento 3.

El día 11 de agosto de 2000, fueron registrados ante la CCL⁶ los ISBN del material entregado por SM, en cumplimiento de la Ley 98 de 1993, que en su artículo 11 consagra:

“Todo libro editado e impreso en el país deberá llevar registrado el número estándar de identificación internacional del libro (ISBN), otorgado por la Cámara Colombiana del Libro, sin el cual el editor no podrá invocar los beneficios de esta ley”(Colombia, Congreso de la República, 1993)

En consecuencia, y después de las evaluaciones de cada proyecto, el día 29 de septiembre de 2000 los oferentes adjudicados para cada segmento fueron:

Segmento 1	Segmento 2	Segmento 3	Segmento 4	Segmento 5	Segmento 6
MJ1	MJ2	R	MJ2	MJ1	MJ2

El Contrato de Adjudicación con Colombia Compra Eficiente se celebró el día 04 de octubre de 2000 y el día 14 de marzo de 2001, la Editorial S, proponente para los segmentos 1 y 4 de la licitación, quien resultó vencida por JM1 y JM2, presentó demanda en contra de CCE y el Ministerio de Educación, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, órgano competente para conocer del caso, solicitando la Nulidad de los Actos Administrativos que adjudicaron los segmentos a JM y R (Contrato y Acta de adjudicación) y solicitando el pago de los perjuicios.

Los motivos que fundan la demanda presentada por S se pueden resumir entre otras cosas que, entre los oferentes JM y R existieron Actos de Colusión que restringen la Competencia.

El día 04 de abril R y JM fueron notificados de la demanda y el auto que admite la demanda, y por disposición del Magistrado que conoce del caso, se decidió que R y JM fueran vinculados al proceso como litisconsortes necesarios, figura utilizada en la legislación Colombiana para hacer parte de los procesos a los actores que no fueron demandados, pero que con la decisión se verán afectados.

De lo anterior, se hará el siguiente análisis:

1. ¿La cesión de derechos de la obra literaria afecta la libre competencia?

En principio, dos competidores dentro de una licitación están para competir buscando como fin último ser el adjudicatario del proceso de contratación al que participan, sin embargo, cuando una licitación es segmentada, no todos los oferentes serán competidores directos, por lo tanto, no podría predicarse la falta de libre competencia, cuando los actores no son rivales en el mercado.

⁶ Cámara Colombiana del Libro

En el presente caso “S” como oferente, se siente vulnerado en sus derechos al encontrarse vencido dentro de la licitación evidenciando que los adjudicatarios del proceso fueron dos empresas, las cuales celebraron un contrato de cesión de derechos entre ellas para una adquiera el material con el participaría en la contratación.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha fijado una serie de parámetros para determinar indicios que conduzcan a determinar si existe o no colusión, teniendo en cuenta la brecha delgada para determinarla.

Se ha dicho entonces, que las siguientes serán señales de advertencia en la documentación presentada:

- *“Las propuestas presentadas contienen los mismos errores de ortografía, correcciones o tachaduras*
- *Los fondos con los cuales se pagan los pliegos de condiciones o las pólizas de seguros provienen de una cuenta conjunta de los oferentes.*
- *Las propuestas presentadas por distintos oferentes se redactan de manera semejante, con similar papelería, tipografía o formatos.*
- *Los documentos presentados por uno de los proponentes hacen referencia expresa a las ofertas de otros competidores, utilizan el membrete, dirección o fax de otro de los participantes.*

Se presentan coincidencias en la relación de personal que presentan distintos oferentes.

Ofertas de distintas empresas contienen errores de cálculo similares, o valores coincidentes o equivalentes”.(Superintendencia de Industria y Comercio, 2007, pág. 15)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no se predicaba competencia directa entre quienes celebraron el contrato de cesión de derechos, lo cual va disminuyendo la presunción de mala fe, así mismo, se deben tener en cuenta que los indicios que señala la SIC, carecen de sustento cuando se analizan a la luz de un contrato de cesión de derechos, pues, éste debe en primer lugar respetar el contenido de la obra adquirida, su diagramación, colores y texto.

Lo importante es entonces, que se reconozcan los derechos morales de quienes elaboraron la obra, por lo tanto, se hace evidente la poca solides en los criterios que fueron fijados por el medio de control para determinar la colusión.

Los indicios que se proponen por la Superintendencia de Industria y Comercio y la facilidad para desvirtuarlos, solo demuestra la dificultad que se tiene para juzgar una conducta anti colusoria y el criterio de subjetividad que impera en este tema. Si bien el Estado Colombiano ha hecho un esfuerzo grande para regular la conducta y poder atacarla, carece de criterios claros para quienes deben juzgarla.

2. ¿Existe derecho o deber que obligue a participar en todas las licitaciones públicas?

Ahora bien, JM y R no participan en todos los segmentos al igual que no lo hace el demandante S, sin embargo, se sustenta la demanda en decir que si JM participa en 5 de 6 segmentos y vende su obra para que otro participe, en el único segmento donde el no, su

actuación se encuadra en la mala fe y la colusión, por lo que solicita la nulidad de los actos administrativos.

Al respecto, en varios pronunciamientos del Consejo de Estado se ha dicho, que la selección objetiva no implica que todas las empresas tengan un derecho absoluto a participar de todas las licitaciones

En efecto, el Consejo de Estado en sala de lo contencioso administrativo, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, se ha pronunciado sobre casos en los que se incluyen requisitos que solo pueden cumplir los proponentes extranjeros, y ha concluido que no hay vulneración alguna a la libre competencia, si en los términos de referencia se exigen condiciones técnicas y financieras que descartan a todos los proponentes los nacionales por considerar que no son idóneos o capaces de competir, así:

“La libre competencia implica que los agentes (oferentes y demandantes) tengan la posibilidad de acceder y/o participar en el intercambio de bienes y servicios en el mercado, sin restricciones o ataduras que beneficien a alguno o algunos de aquellos que participan en el mismo mercado afectando los derechos de otros agentes (...) En el presente asunto el objeto del proceso de invitación N° 004 de 2004 fue la contratación de una empresa de software de facturación, reduciendo en la medida que sea conveniente la fragmentación geográfica de su operación e incluyendo todo el espectro de funcionalidades y negocios de la empresa COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, proveer una capa liviana y básica del servicio al cliente que registre peticiones y estado de cuentas, proveer información para la gestión del negocio, entre otros servicios. (...)

Es decir, que como usuario solo se pueda restringir a la oferta nacional que no llena la necesidad de minimizar el riesgo. Sino por el contrario, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., podría buscar una persona natural o jurídica que solucione su problema de facturación en los estándares que se requiere a nivel mundial, si su capacidad financiera así se lo permite.

Para la sala es evidente que mal podría entenderse que la empresa demandada restringió la libre competencia, pues no se encontró que las condiciones de capacidad técnica generaran necesariamente la participación exclusiva de oferentes internacionales. Es así entonces que por el hecho que algunas empresas nacionales no cumplieran las condiciones exigidas por la empresa demandada en los términos de referencia, no puede concluirse que existió restricción a la libre competencia en el proceso N° 004 de 2004, como lo estima el actor. Pues incluso, los mismos términos de referencia permiten que los interesados presenten sus propuestas como asociaciones. Por lo cual, es claro que las empresas nacionales interesadas hubieran podido asociarse para cumplir las exigencias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A.E.S.P” (Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 1)

Se desprende de lo anterior que, si un proponente tiene la capacidad para participar en varias licitaciones, lo puede hacer, sólo o como proponente plural. Pero, si no cuenta con la capacidad para ofertar en los términos exigidos por los pliegos de condiciones, no puede culpar a la Entidad, ni a los términos fijados en los pliegos.

3. ¿Cuáles son las limitaciones de la Entidad Contratante?

De forma ligada al deber de selección objetiva, aparece una limitación a la potestad de rechazar propuestas o declarar desierto el proceso de selección, pues en ambas actividades la Entidad está calificando si las ofertas cumplen con lo exigido por los pliegos.

Al respecto, en la ley 80 de 1993 se evitó listar las causales taxativas para la declaratoria desierta de un proceso:

“ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio: (...)

18. La declaratoria de desierta de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión”.(Colombia, Congreso de la República, 1993)

La exposición de motivos da cuenta de la razón para dejar esta norma tan abierta:

“La declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formulado a ese imperativo en cuanto a que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, esta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio o de concurso, que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas”.

Lo que significa entonces que, hay principios que deben sobreponerse a la mera especulación para declarar desierta una licitación, por lo que prevalece la eficiencia y la oportunidad, lo cual es completamente coherente, teniendo en cuenta que el tiempo perdido representa recursos y ausencia de planeación que en términos económicos afecta a todo el País.

Continúa la exposición de motivos en los siguientes términos:

“Por estas razones y como un desarrollo específico de la economía, el artículo 25 numeral 17 del proyecto, establece claramente que la declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causales constitutivos de impedimentos para la escogencia objetiva, como cuando ninguno de los proponentes cumple los requisitos y exigencias contemplados en el respectivo pliego de condiciones, de tal manera que si la administración se ve en el caso de hacer tal declaración, tiene el deber ineludible de sustentar en forma precisa y

detallada las razones o móviles determinantes de la decisión adoptada en ese sentido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en orden a evitar que se presente la necesidad de tal declaración, y dentro del propósito de asegurar una selección objetiva y garantizar la igualdad de oportunidades, el numeral 5 del artículo 24 impone una regla de conducta a las autoridades en virtud de la cual en la elaboración de los pliegos de condiciones, términos de referencia, o cualquier otra clase de cuadernos de requisitos, deben quedar definidas en forma clara y completa las reglas de juego del concurso de tal manera que se dé cabal cumplimiento a los mencionados objetivos, todo lo cual implica que en la ejecución de dicha tarea las autoridades deben obrar con la máxima diligencia”(Bendeck Olivella, 1992, pág. 28)

En la ley 1150 de 2007, se mantuvo esa previsión, de forma que cuando sea imposible obtener una selección objetiva, según los parámetros definidos por la Ley y los pliegos de condiciones, la Entidad deberá declarar desierto el proceso.

Así, la simple sospecha de colusión no hace imposible elegir objetivamente: sigue siendo posible elegir la oferta más favorable entre las que se presentaron al proceso y, de hecho, la Entidad tiene el mandato de adjudicar al que hizo la mejor propuesta salvo que esté debidamente probada la causal que imposibilita elegir.

Lo anterior ha sido explicado por el honorable Consejo de Estado: “(...) *Los procedimientos administrativos de licitación están llamados, en principio, a culminar normalmente con el acto de adjudicación al participante que hizo la mejor propuesta; no obstante, de manera excepcional, pueden presentarse hechos que impiden la selección objetiva del contratista*”.(Colombia, Consejo de Estado, 2003)

Al respecto la sala precisa que “*no todos los hechos impeditivos conducen a la declaratoria desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador. La administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objetivo de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista*”.(Colombia, Consejo de Estado, 2003)

Por lo anterior, la Entidad se encuentra entonces limitada para rechazar la propuesta o declarar desierto el proceso, a menos que se pruebe que es imposible elegir la oferta más favorable.

¿Que recomienda el Consejo de Estado?

Sobre éste punto, vale la pena mencionar lo dicho mediante concepto expedido por el Consejo de Estado – Sala de consulta y servicio civil, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos, el día 03 de diciembre de 2008:

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Fabio Valencia Cossio, formula a la sala una consulta acerca de (...) *“la conducta a seguir por la entidad contratante al advertir los casos de posible conflicto interno o presunta mala fe de alguno de los proponentes.*

(...) revisada tanto la Ley 1150 de 2007 como la Ley 80 de 1993, estatuto de la contratación pública, se constata que ni el artículo 4° de éste, que enumera los derechos y deberes de las entidades estatales, ni el artículo 29, sobre el principio de responsabilidad, y las demás normas de dicho estatuto que otorgan atribuciones a las entidades contratantes, les confieren competencia para dirimir conflictos expresos o tácitos entre proponentes en un proceso de contratación”.(Colombia, Consejo de Estado, 2008, pág. 1)

“Este mandato delimita claramente el quehacer del funcionario responsable del proceso quien debe centrarse en evitar las desviaciones y abusos de poder, lo cual impide involucrarse en los eventuales conflictos que se susciten entre los proponentes”.(Colombia, Consejo de Estado, 2008, pág. 4)

“(…) es oportuno señalar que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política, la buena fe se presume en todas las gestiones que adelanten los particulares ante las autoridades públicas, y el artículo 5° numeral 2° de la ley 80 de 1993 dispone que es deber de los contratistas, de manera general, obrar con lealtad y buena fe en la distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramientos”.(Colombia, Consejo de Estado, 2008, pág. 7)

“(…) si el responsable del proceso advierte que existe un indicio que haga sospechar intenciones fraudulentas, es su deber legar comunicarlo a las autoridades competentes (Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación o Contraloría General de la República) a fin de que éstas, en cumplimiento del respectivo mandato constitucional y legal, realicen las investigaciones pertinentes. Si de estas investigaciones «se demuestra que el acto (de adjudicación) se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado» de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1150 de 2007”.(Colombia, Consejo de Estado, 2008, pág. 1).

Así pues, se puede concluir que las entidades contratantes deben presumir la buena fe de los proponentes, y si llegaren a existir indicios de fraude por parte de los proponentes, se debe comunicar a las autoridades competentes para que se adelanten las investigaciones pertinentes, de lo cual, si se concluye que efectivamente hubo fraude, procede entonces que la Entidad Contratante revoque la adjudicación.

Segundo caso

Pocos son los casos que han llegado al Consejo de Estado sobre Colusión, por lo cual se referenciará el caso más emblemático haciendo un breve recuento sobre los hechos y las consideraciones que este alto tribunal realizó sobre la materia, además, se dejarán evidenciadas las actuaciones de la Superintendencia sobre la materia.

La sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, conoció sobre el caso entre Augusto Moreno Murcia y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo consejero ponente fue el Doctor Ricardo Hoyos Duque y cuyos hechos se relatan así:

En el mes de septiembre de 1993 el IDU abrió la licitación pública N° 5, grupos 1 y 2

Dentro de dicha licitación, después del cierre y la evaluación, el comité asesor del IDU recomendó adjudicar el contrato luego de haber hecho la evaluación de las propuestas.

En octubre de 1993, uno de los tres proponentes (el perdedor) denunció en la audiencia pública de adjudicación, que los otros proponentes lo habían invitado a elevar los precios de las propuestas.

El IDU suspendió esa audiencia

Con resolución N° 425 del 8 de noviembre de 1993, el director del IDU declaró desierto la licitación, teniendo como sustento principal la denuncia de dicho proponente. Lo anterior, alegando inconveniencia para la entidad adjudicar con la sospecha de colusión.

En marzo de 1994 los otros dos proponentes demandaron (por separado) la resolución del IDU que declaraba desierto el proceso, solicitando la nulidad y el restablecimiento del derecho (a ser adjudicatario del contrato estatal).

El Ministerio Público consideró en su intervención que *“la decisión de las autoridades Distritales fue precipitada y careció de fundamento objetivo”* (Colombia, Consejo de Estado, 2003, pág. 7)

En febrero de 2003, consistente con la intervención del Ministerio Público, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la resolución que declaró desierto el proceso bajo sospecha de colusión, y condenó al IDU a indemnizar al demandante que mostró ser la mejor propuesta en ese proceso (para cada grupo), alegando que había habido una arbitrariedad de la Entidad al apartarse de la recomendación del comité evaluador y, en su lugar declarar desierto el proceso, sin un fundamento suficientemente fuerte para adoptar esa decisión: *“(…) ese fue el error en el que incurrió la entidad demandada, como quiera que debió agotar ese procedimiento a fin de justificar de manera razonada y objetiva la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio (...) no existían pruebas ni se había oído a las otras partes”* (Colombia, Consejo de Estado, 2003, pág. 18)

El 16 de diciembre de 2003, el IDU demandó en uso de la acción de repetición, a quien entonces era Director General del IDU y tomó la decisión cuestionada.

El 7 de diciembre de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones del IDU en relación con la repetición del valor pagado a los proponentes, y condenó al ex director general del IDU – Luis Fernando de Guzmán Mora- a pagar el valor que el IDU había pagado como indemnización a los proponentes afectados.

En febrero de 2009, el Consejo de Estado en el proceso de Acción de Repetición en contra del señor Luis Fernando de Guzman Mora, confirmó la decisión del Tribunal, indicando lo siguiente:

“En la oportunidad para que los proponentes realizaran observaciones, el señor Rafael Jimenez Urrego, participante cuya oferta se descartó durante el proceso de evaluación, afirmó que antes de la apertura del proceso licitatorio, los otros dos proponentes le propusieron hacer una rifa para que dos de los participantes presentaran sus ofertas con los precios considerablemente elevados con el objeto de

que se eligiera aquella que tuviera los menores precios, y que se repartirían un porcentaje para que todos salieran ganando. Dijo además que rechazó dicha proposición y destacó que la propuesta por él presentada se ajustó a los precios establecidos en el SISE”.(Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 44).

“(…) La sala no se explica por qué el Director del IDU no le exigió al señor Jimenez constancia de la denuncia de tales hechos, si los conocía con anterioridad. Se cuestiona igualmente el hecho de que el demandado no le pidiera explicaciones al señor Jimenez, sobre las razones que lo llevaron a realizar tales afirmaciones en la audiencia pública de adjudicación, luego de conocer los resultados de la evaluación de las propuestas, cuando sabía de los mismos desde antes de que presentaran las propuestas.”(Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 45).

“(…) Se observa además que, durante ese lapso, los proponentes denunciados rechazaron categóricamente la denuncia del señor Jimenez, con fundamento en la comparación de las tres propuestas presentadas y los precios establecidos en el SISE⁷, ejercicio del cual se advierte claramente que los precios por ellos ofrecidos se enmarcaban dentro del rango permitido, mientras que los propuestos por el señor Jimenez se encontraban por debajo del marco establecido”.(Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 45)

“(…) el director del IDU, sin adelantar investigación alguna, sin reunir con el Comité Asesor y sin ni siquiera revisar las ofertas para compararlas con los precios SISE, expidió la Resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, por la cual declaró desierto el proceso licitatorio” (Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 46)

“La Sala advierte que la conducta del demandado no solamente vulneró el principio de buena fe, sino que trasgredió además otros principios que rigen la función pública, puesto que no tuvo en cuenta el derecho fundamental al debido proceso que gobierna las actuaciones administrativas, pues hizo caso omiso de las afirmaciones de los proponentes denunciados que encontraron sustento en pruebas que hicieron llegar al Director oportunamente, ni investigó si la denuncia correspondía a la realidad, y mucho menos comparó los precios de las propuestas con aquellos contenidos en la relación de precios del SISE, desvalorando el trabajo efectuado por el Comité Asesor que se encargó de evaluar las propuestas desde el punto de vista legal y técnico – económico”.(Colombia, Consejo de Estado, 2009, págs. 47-48). *“La Sala no se explica cómo el Director del IDU le dio credibilidad a la denuncia formulada sin pruebas que respaldaran tal afirmación, y tampoco entiende que de ese hecho el demandado hubiera deducido la inconveniencia de TODAS las propuestas, sin revisar si quiera los precios”*(Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 49).

“La Sala considera que las anteriores razones son suficientes para deducir que el demandado incurrió en un error inexcusable frente al desconocimiento total de las normas y principios Constitucionales y legales que regían el procedimiento de selección, y especialmente frente a la falta de estudio, sustento probatorio y

⁷ Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos (SISE)

motivación durante dicho procedimiento. El material probatorio muestra que el demandado no atendió las peticiones de los proponentes denunciados ni verificó la veracidad de la denuncia, conducta imprudente y descuidada que configura en este caso la culpa grave”.(Colombia, Consejo de Estado, 2009, pág. 52).

Analizado lo anterior, se puede afirmar que los pronunciamientos proferidos alrededor de dicha licitación, por parte del Ministerio Público, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, son consistentes en exigir lo siguiente para que una Entidad pueda rechazar una oferta o declarar desierto un proceso por sospecha de colusión:

De una parte, es esperable que quien conoce la ilicitud coloque la denuncia correspondiente ante las autoridades encargadas de investigar la conducta (Superintendencia de Industria y Comercio o Fiscalía General de la Nación)

De otra parte, el director del proceso de escuchar a su comité evaluador, para asesorarse desde el punto de vista legal y técnico.

Así mismo, debe escuchar a los acusados. Y, si los acusados refutan la denuncia del perdedor, no hay motivos para darle más credibilidad a la denuncia del perdedor que a la defensa de los acusados.

Finalmente, para poder tomar una decisión como la de rechazar una oferta o declarar desierto el proceso, la decisión no puede ser precipitada y carente de fundamento, por lo tanto, deberá contar con suficientes pruebas de la colusión para tomar esa medida, so pena de violar el derecho de los acusados a participar y a ser adjudicatarios, como ocurrió en el caso antes reseñado.

En ausencia de esas pruebas contundentes, que excedan los indicios, la Entidad debe adjudicar el contrato.

Trabajos citados

- Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. (2013). *Documentos Estándar de Licitación Pública Nacional (LPN) para Colombia*. Bogotá D.C.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (6 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C: Gaceta Constitucional No. 116.
- Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial. (2006). *Documentos estandar de licitación pública internacional (ICB) para México*. México: Secretaría de la Función Pública.
- Bendeck Olivella, J. (21 de septiembre de 1992). Gaceta 075/92. *Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993*. Bogotá D.C: Colombia, Congreso de la República.

- Colombia Compra Eficiente. (11 de 09 de 2015). <https://colombiacompra.gov.co>. Obtenido de ¿Que es agregar demanda?: <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-agregar-demanda>
- Colombia, Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 41.094.
- Colombia, Congreso de la República. (22 de Diciembre de 1993). Ley 98. *Por medio de la cual se dictan normas sobre democratización y fomento del libro colombiano*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 41.151.
- Colombia, Congreso de la República. (24 de julio de 2009). Ley 1340. *Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 47.420.
- Colombia, Congreso de la República. (12 de Julio de 2011). Ley 1474. *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*. Bogotá D.C.: Diario Oficial No. 48.128.
- Colombia, Consejo de Estado. (19 de julio de 2001). *Sentencia 12037*. Bogota D.C.: C.P. Eduardo Hernández.
- Colombia, Consejo de Estado. (20 de Febrero de 2003). *Sentencia N° 25000-23-26-000-1994-9729-01*. Bogotá D.C.: M.P Ricardo Hoyos Duque.
- Colombia, Consejo de Estado. (20 de Febrero de 2003). *Sentencia N° 25000-23-26-000-1994-9729-01(14107)*. Bogotá D.C.: M.P Ricardo Hoyos Duque.
- Colombia, Consejo de Estado. (03 de Diciembre de 2008). *11001-03-06-000-2008-00085-00(1932)*. Bogotá D.C.: Sala de Consulta Civil.
- Colombia, Consejo de Estado. (26 de Noviembre de 2009). *Sentencia N° 25000-23-27-000-2004-02049-01*. Bogotá D.C.: M.P Rafael E. Osteau de Lafont Pianeta.
- Colombia, Consejo de Estado. (26 de Febrero de 2009). *Sentencia N° 25000-23-26-000-2003-02608-01(30329)*. Bogotá D.C.: M.P Ramiro Saavedra Becerra.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. (13 de octubre de 2011). *Ref: Exp. 6800131030082007-00209-01*. Bogotá D.C: M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.
- Colombia, Presidente de la República. (30 de Diciembre de 1992). Decreto 2153. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial N° 40.704.
- Colombia, Secretaría de transparencia. (2016). Recuperado el 22 de Septiembre de 2017, de Colombia contra la corrupción:

<http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20160511-colombia-contra-corrupcion/colombia-contra-la-corrupcion.html>

Colombia, Senado de la Republica. (1993). *ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogota D.C.: Diario Oficial No. 41.094.

Fiscalia Nacional Económica. (2009). *La colusión entre oferentes entre licitaciones de abastecimiento público*. Chile.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2009). *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. Bogotá D.C.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2007). Guía practica. *Combatir la colusión en las licitaciones*. Bogotá D.C.: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Superintendencia de Industria y Comercio. (27 de octubre de 2010). Concepto Of. Jurídica. No. 10-124716 . *Inscripción de la licencia de uso de marca*. Bogotá D.C: Superintendencia de Industria y Comercio.

Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Portal Superintendencia de Industria y Comercio*. Recuperado el 22 de septiembre de 2017, de <http://www.sic.gov.co>