

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

**REPERCUSIONES DE LA DELIMITACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN
ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS POR OBJETO EN LICITACIONES PÚBLICAS.**

AUTOR:

ANDRÉS FELIPE FLÓREZ DURÁN

DIRECTOR DEL TRABAJO DE GRADO:

DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO

Bogotá, Colombia 2023

Tabla de contenido

1. Título	3
2. Resumen	3
3. Palabras Clave	4
4. Introducción	4
5. De la colusión en licitaciones públicas	6
5.1. Delimitación del mercado en la Etapa Precontractual:	7
5.2. Delimitación del mercado relevante en licitaciones públicas:	13
5.3. Acuerdos anticompetitivos por objeto o efecto en licitaciones públicas:	16
5.4. La delimitación del mercado de licitaciones públicas relevante implica una clasificación de los agentes del mercado:	20
5.5. Repercusiones en la tipificación de la conducta y la estrategia litigiosa:	23
6. Conclusiones	27
7. Referencias bibliográficas:	29

1. Título

Repercusiones de la delimitación del mercado relevante en escenarios de acuerdos anticompetitivos por objeto en licitaciones públicas.

2. Resumen

Este estudio jurídico se centra en la aplicación e interpretación de las normas relacionadas con los acuerdos anticompetitivos por objeto en licitaciones públicas, a través de una recopilación de información doctrinaria, normativa y jurisprudencial se procede a realizar análisis de casos aplicando conjuntamente métodos descriptivos, deductivos y comparativos para lograr estructurar una conclusión coherente que respalde la hipótesis planteada y cumpla con el objetivo general el cual consiste en establecer las repercusiones de la delimitación del mercado relevante en escenarios de acuerdos anticompetitivos por objeto en licitaciones públicas.

En el contexto de investigaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sobre conductas anticompetitivas en licitaciones públicas, resulta esencial limitar el mercado relevante. Esta delimitación implica establecer tanto el producto o grupo de productos como el área geográfica específica en la cual se examinará la efectividad e idoneidad de las conductas anticompetitivas. Así las cosas, en el caso de las licitaciones públicas, la delimitación del mercado relevante se basa en las condiciones estipuladas en los pliegos de condiciones, tales como el objeto, presupuesto, lugar y plazo de ejecución. Sin embargo, este estudio argumenta que esta delimitación también implica considerar las calidades subjetivas de los agentes del mercado involucrados, tales como su capacidad financiera, jurídica, técnica y otros requisitos habilitantes o criterios de asignación de puntaje establecidos en el proceso de selección que podría verse afectado por los acuerdos anticompetitivos.

Por lo tanto, resulta necesario analizar si al delimitar el mercado relevante en investigaciones de acuerdos anticompetitivos por objeto en licitaciones públicas podría permitirse la inclusión de las calidades y aptitudes de los agentes del mercado. Si no es admisible dicha tesis, podrían imponerse sanciones a los investigados que no podrían participar en el mercado supuestamente afectado. En este sentido, una acusación que busque demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo cuyo objeto sea la colusión en licitaciones o la distribución de adjudicaciones de contratos debe considerar las implicaciones de la limitación del mercado relevante y su relación con las calidades de los agentes del mercado.

Abstract

This legal study focuses on the application and interpretation of norms related to anti-competitive agreements by object in public tenders. Through a compilation of doctrinal information and analysis of cases, descriptive, deductive, and comparative methods are used to achieve a coherent conclusion that supports the proposed hypothesis and fulfills the general objective.

In the context of investigations conducted by the Superintendence of Industry and Commerce (SIC) regarding anti-competitive conduct in public tenders, it is essential to define the relevant market. This delimitation implies establishing both the product or group of products and the specific geographical area in which the effectiveness and suitability of anti-competitive conduct will be examined. Thus, in the case of public tenders, the delimitation of the relevant market is based on the conditions stipulated in the bidding terms, such as the object, budget, location, and execution period. However, this study argues that this delimitation also involves considering the subjective qualities of the market agents involved, such as their financial, legal, technical capacity, and other enabling requirements or scoring criteria established in the selection process, which could be affected by anti-competitive agreements.

Therefore, it is necessary to analyze whether the inclusion of the qualities and abilities of market agents is permissible when delimiting the relevant market in investigations of anti-competitive agreements by object in public tenders. If such a thesis is not admissible, sanctions could be imposed on the investigated parties, who would be barred from participating in the allegedly affected market. In this regard, an accusation demonstrating the existence of an anti-competitive agreement whose object is collusion in tenders or the distribution of contract awards must consider the implications of the limitation of the relevant market and its relationship with the qualities of market agents.

3. Palabras Clave

Colusión, mercado relevante, acuerdos anticompetitivos, licitaciones públicas, Contratación estatal. Acuerdos por objeto o efecto.

Key words

Collusion, relevant market, anticompetitive agreements, public tenders, State contracting. Agreements by object.

4. Introducción

El trabajo de investigación aquí expuesto corresponde a un estudio jurídico de la aplicación e interpretación del cuerpo normativo relacionado con los acuerdos anticompetitivos¹ por objeto en licitaciones públicas, en el cual a partir de una recopilación de información doctrinaria, normativa y jurisprudencial se procede a realizar análisis de casos aplicando conjuntamente métodos

¹ El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define el termino acuerdo como: “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.”; esta definición no resulta contradictoria a lo reseñado en el Sherman Act o Sherman Antitrust Act, que se constituyen como una de las principales fuentes del llamado Derecho de la Competencia, en dicho documento si bien no incluye expresamente la palabra acuerdo, se enfoca en prohibir todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración, que restrinja el comercio , términos que resulta afines al denominado acuerdo en la legislación nacional.

descriptivos, deductivos y comparativos que permitan estructurar y desarrollar los objetivos específicos los cuales corresponden: i. analizar y comprender el proceso de delimitación del mercado en la etapa precontractual de licitaciones públicas; ii. investigar y examinar la delimitación del mercado relevante en investigaciones de acuerdos anticompetitivos en licitaciones públicas; iii. estudiar los acuerdos anticompetitivos por objeto o efecto y sus implicaciones; iv. explorar cómo la delimitación del mercado de licitaciones públicas relevante implica la clasificación de los agentes que participan en el mercado y por último analizar como la delimitación del mercado relevante interfiere en la tipificación de la conducta anticompetitiva y en las estrategias legales utilizadas en los litigios relacionados con licitaciones públicas, para posteriormente alcanzar una conclusión coherente que soporte la hipótesis sostenida y logre satisfacer el objetivo general.

Al momento de iniciar una investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC o superintendencia) relacionada con las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992² resulta elemental que se delimite el mercado relevante; de esta forma puede establecerse un producto o grupo de productos y un área geográfica determinada en la cual se analice la efectividad e idoneidad de las conductas examinadas como anticompetitivas.

En escenarios de licitaciones públicas, la misma SIC ha sostenido que el mercado se encuentra delimitado por las condiciones que se establezcan en el pliego de condiciones, su objeto, presupuesto, lugar y plazo de ejecución. En el presente trabajo, se plantea que esta delimitación también implica una especificación de las calidades de los agentes del mercado implicados, por lo que también repercute la capacidad financiera, jurídica, técnica y cualquier otro requisito habilitante o criterio de asignación de puntaje establecido en el proceso de selección presuntamente afectado por los acuerdos anticompetitivos.

Entonces, resulta necesario analizar si al realizar la delimitación del mercado relevante en una investigación de un acuerdo por objeto contrario a la libre competencia encasillado en el precitado numeral, implica que las calidades de los miembros de dicho acuerdo pueden tener las aptitudes de ser habilitados al proceso de selección estudiado, y de esta forma poderse denominar como agentes de ese mercado ya delimitado.

Si al limitar el mercado relevante en los procesos por acuerdos anticompetitivos por objeto en licitaciones públicas no se admite esta delimitación de las calidades y aptitudes de los agentes del mercado, podrían presentarse sanciones en contra de investigados que en ningún escenario posible pueden participar del mercado presuntamente afectado; por lo que una acusación encaminada en demostrar la existencia de un acuerdo cuyo objeto consiste en la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, debe precisar las repercusiones de la delimitación del mercado relevante.

² 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

5. De la colusión en licitaciones públicas

Actualmente las convocatorias de contratación pública sufren el constante agobio de una posible colusión, por ejemplo, la SIC recientemente sancionó a cincuenta y un (51) agentes de mercado y diecinueve (19) personas naturales involucradas con la distribución de doscientos cincuenta y nueve (259) procesos de selección (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022) ; como este informe noticioso, se conocen constantemente casos similares o de peores dimensiones.

Los escándalos de corrupción, habituales en el país, dejan claro que en muchos procesos de contratación se presentan escenarios de ausencia competitiva, por lo que siempre resulta pertinente resaltar el valor que representa la competencia en igualdad de condiciones en las licitaciones públicas.

Es importante definir el concepto de mercado relevante para la SIC; en posición reiterada en varios actos administrativos se define este concepto como:

“El mercado relevante para los casos de colusión en procesos de selección contractual con el Estado, se origina de la interacción que surge de la decisión de la entidad contratante de iniciar dichos procesos y los agentes participantes en ese mercado en generación, conocidos como proponentes.” Resolución No. 97610³ (2015), p. 20

Para contextualizar sobre la importancia de esta definición, es necesario mencionar que no solo en investigaciones de colusión en licitaciones públicas se tiene en cuenta el concepto de mercado relevante, por ejemplo, en los trámites relacionados con la fusión, consolidación, adquisición del control o integración de empresas que se compartan el mismo objeto social o participen en la misma cadena de valor, la importancia de este concepto es vital, dado que será el mercado relevante el que indique la significatividad de la conducta, así lo indica la normativa en el numeral 2 del artículo cuarto de la Ley 155 de 1959⁴; coincidiendo, en el numeral 15 del artículo cuarto del Decreto 2153 de 1992, que, de igual forma establece que las sanciones se imponen contra los **agentes del mercado**.

El doctrinante Galvis Macias (2018) al respecto menciona que las convocatorias de contratación se constituyen como mercados específicos que se generan al momento de la publicación del proceso de selección por parte del Estado.

³ Corresponde a una apertura de investigación y formulación de pliego de cargos relacionado con un proceso de selección de subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la Alcaldía del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en el cual se investiga la colusión de dos proponentes Multiactiva y Fundesol a partir de indicios relacionados con semejanzas en los formatos presentados en sus ofertas.

⁴ La normativa en cita indica: “En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores, pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.”. Numeral 2 del artículo cuarto de la Ley 155 de 1959- Modificado por la Ley 1340 de 2009, artículo 9.

La delimitación del mercado relevante es un asunto de preeminencia en el desarrollo de investigaciones de competencia; al respecto la SIC en sus mismos documentos de trabajo, resalta la limitación del mercado como un insumo fundamental para cualquier análisis de competencia, veamos:

(..) La definición del mercado relevante como el **insumo fundamental para cualquier análisis de competencia**, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos propuso en 1992, los lineamientos para el análisis de integraciones, donde define el mercado relevante como:

“A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant”. Navarro (2012), p. 5 (Negrilla fuera de texto).

La doctrina económica coincide en la calificación como fundamental de la delimitación del mercado relevante, así lo dispone Urbiztondo (2007): “Como ocurre en general en la práctica antitrust internacionalmente, las autoridades de defensa de la competencia deben definir los mercados relevantes del producto y geográficos como un primer paso para analizar conductas empresariales y evaluar integraciones económicas.” (p. 23).

En este sentido, resulta prudente, analizar las condiciones que caracterizan los procesos de selección, que a su vez constituyen el mercado relevante en el cual se desarrollan las colusiones; y cómo es posible que la competencia en dichos mercados se vea mermada incluso desde momentos anteriores a su apertura.

5.1. Delimitación del mercado en la Etapa Precontractual:

Revisando los documentos orientados a prevenir las colusiones desde la planeación de los procesos, producidos por entidades oficiales como el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, relacionados con este tema, se encuentra, que por regla general se enfocan en dar a conocer indicios que pueden llevar a identificar un posible cartel en un proceso. En el escrito denominado “Guía Práctica – Combatir la colusión en las licitaciones” de la SIC, estrictamente se orienta en desarrollar herramientas para identificar una posible colusión, es decir, no previene su materialización, sino que relata varios indicios – a veces contradictorios – que ya percibidos en el proceso generan la alerta de colusión. Se debe manifestar que esta guía no persigue la disminución del riesgo que se presente una colusión en el proceso, incluso el mismo documento concluye: “si bien, las anteriores son conductas indicativas de la presencia de un acuerdo colusorio, **no son suficientes para determinar su existencia**. Probablemente, un patrón constante de conductas sospechosas que se extiendan en el tiempo sería un indicador más eficaz de la existencia de una conducta colusiva.” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2011 p. 14).

Coincidente con esta postura, enfocada en identificar los carteles ya constituidos, el doctrinante Ibarra Pardo (2023) señala que debe acudir a recursos tecnológicos para aminorar los efectos del desuso de la figura de la delación en Colombia; resaltando las innovaciones de Brasil con el

software “Cerebro”, el colombiano denominado “Sherlock” o el catalán llamado “Ericca”. Sin embargo, concluye de una forma similar a la indicada en el párrafo anterior, señalando: “no hay que olvidar que los resultados de sus búsquedas **no pasan de ser simples indicios** que no alcanzan a cumplir con el estándar y los requerimientos probatorios que exige la ley para sancionar un cartel” (...) (p.1)Negrilla fuera de texto. Por lo que ni estas aplicaciones informáticas ayudan a mitigar el riesgo de colusión en licitaciones públicas.

Ahora bien, no pretendo desclasificar el uso de las acciones y herramientas recién descritas; sin embargo, su utilización no debe ser el plan inicial; debe aplicarse después de estrategias primarias que mitiguen en una mejor manera la materialización del riesgo de colusión, por ejemplo Martínez S., Escobar, & Loyola (2011) proponen aplicar en primer lugar listas de control para los procesos, así como una lista de detección después de abierto el proceso, y por último, se sugiere acudir a métodos de detección de patrones (p. 2).

Por otro lado, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], en el año 2014, publicó informe enfocado en la lucha contra la Colusión en los Procedimientos de Adquisición Gubernamental en Colombia, el cual cuenta con proposiciones fiables a tener en cuenta en la etapa precontractual, sin embargo, según el precitado informe, muchos de los elementos fundamentales de este, son ignorados por las entidades públicas (p. 46, 53, 54, 57, entre otras), lo que en algunas ocasiones, no solo limita, sino que anula por completo la competencia que se espera dentro de los procesos de contratación.

A su turno, la Delegatura para la protección de la competencia de la SIC, enfoca toda su atención en desarrollo de las investigaciones de colusiones en demostrar la comisión de una presunta colusión, sin embargo, descarta por completo, sin ninguna motivación, la posibilidad de que los procesos investigados **son anticompetitivos** en sí mismos, debido al actuar improvisado, incoherente y negligente de las entidades públicas.

La OCDE (2014) en el estudio adelantado, señala que los funcionarios responsables de la contratación pública en Colombia no tienen la capacitación suficiente para emplear procedimientos efectivos y competitivos; razón por la cual indica que es de vital importancia que la SIC y la ANCP, es decir, la Agencia Nacional de Contratación Pública, colaboren estrechamente para garantizar la implementación de las recomendaciones y sugerencias planteadas en el informe precitado. Incluso se ha llegado a afirmar que en procesos de selección en sentido contrario a convocar una selección con pluralidad de oferentes, se presentan licitaciones públicas en donde se marginan sectores empresariales, así lo menciona Gomez Patiño (2014) señalando estos procesos como de “selección adversa”; y puntualizando como causas de este fenómeno:

- i. La competencia injusta.
- ii. La complejidad en el proceso licitatorio.
- iii. Tener contactos personales dentro de la entidad contratante.

Un análisis minucioso permitiría que la SIC considerara, como lo señala la OCDE, que existen leyes y prácticas de adquisiciones públicas que *per se* socavan la competencia. Por ejemplo, en una investigación en donde se analiza la conducta de un agente del mercado que omitió la presentación de una oferta en un proceso en el cual habitualmente participa; la SIC nubla su visor

exclusivamente en la conducta del investigado de no presentar oferta; y omite dentro de su análisis la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de los deberes de los contratistas de “**abstenerse de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación**” (Sentencia Radicado No. 27.315 -2013 p. 12)⁵. Es decir, la resolución que defina el caso, puede concluir que efectivamente se presentó una colusión – si así se prueba - , no obstante, nada impide a la autoridad administrativa a emitir sugerencias, recomendaciones e incluso órdenes a las entidades públicas para que efectivamente mitiguen el riesgo que conllevan las colusiones en licitaciones mediante una correcta planeación de las características que componen el mercado relevante.

Uno de los principales casos señalados por la OCDE (2014) que aumenta la materialización del riesgo de colusiones, consiste en que: “los grupos de adquisiciones del gobierno colombiano no emprenden estudios de mercado consistentemente y cuando sí se dispone de este tipo de estudios, éstos no son lo bastante minuciosos como para ser de gran utilidad.” (p.24) Este yerro se materializa así:

- i. Al momento de seleccionar los productos a adquirir no se tiene en cuenta su disponibilidad en el mercado.
- ii. Con base en la errónea selección de productos, se prosigue con el análisis económico del proyecto; partiendo automáticamente de premisas erróneas.

Recordemos, mientras la estructura precontractual sea disfuncional, la competencia también será disfuncional, como se puede extraer del informe presentado por la OCDE (2014), veamos: “Ciertas reglas que rigen la contratación pública, el modo en que se lleva a cabo la licitación y el diseño de las propias licitaciones pueden obstaculizar la competencia (...)” (p. 22)

También es importante resaltar algunas circunstancias ignoradas en la planeación que afectan la competencia, el doctrinante San Miguel- Giralt (2017) menciona que elevadas barreras de entrada, escasos oferentes o situación consentida de monopolio, asociación institucionalizada con intensa actividad de los proveedores o activismo gremial, fácil constitución de uniones temporales de empresas, corresponden a condiciones que favorecen la colusión.

En este tipo de contextos anticompetitivos creados por las entidades estatales, pueden presentarse comportamientos independientes de varios competidores que parezcan concordantes, indicio que según las guías mencionadas se consideran como la existencia de un acuerdo anticompetitivo, sin embargo, no depende de los competidores el estímulo al cual reaccionan; el doctrinante Kaplow (citado en Artaza Varela, Santelices Ríos, & Belmonte Parra, 2020 p.76), define esta situación como: “Cuando comienza a llover, dos individuos pueden simultáneamente abrir sus respectivos paraguas, y en tal reacción es completamente indiferente —para cada uno— qué es lo que hace el otro” .

En este sentido, la correcta elaboración del estudio de mercado constituye un instrumento indispensable para mitigar la colusión en licitaciones públicas, el cual debe realizarse

⁵ Decisión reiterada en sentencia de la misma entidad con número: 66001-23-31-000-1998-00685-01 (26.637) Sentencia del 13 de junio del 2013, con el mismo ponente.

indistintamente de su exigencia legislativa, los siguientes deben ser algunos de los elementos que deben atenderse en el estudio de mercado:

- Identificación de las características y especificaciones de los bienes y servicios que se van a adquirir.
- Determinar oferentes existentes y potenciales.
- Determinar productos alternativos, las tendencias de los precios en el transcurso del tiempo, las diferencias en precios entre los mercados privados y los de contratación pública.
- Determinar los costos y otras variables competitivas. (OCDE, 2014)

Para ejemplificar lo hasta aquí desarrollado, a continuación se expone una matriz de riesgos que habitualmente usan algunas entidades públicas para mitigar el riesgo de colusión: ⁶

Fuente	Etapas	Tipo	Descripción	Consecuencia de la ocurrencia del evento	Probabilidad Impacto Valoración	¿A quién se le asigna?	Tratamiento/Control a ser implementado	¿Afecta la ejecución del contrato?
Externo	Selección	Evento	Riesgo de colusión entre proponentes, es decir, pactos o acuerdos entre dos partes (persona natural o jurídica) con el fin de perjudicar a una tercera parte (otro proponente o al ICBFH)	Corrupción en procesos públicos. Asignación equivocada del contrato. Declaratoria de desierta o revocatoria	1 3 2	Entidad Pública.	Realizar audiencias para establecer las condiciones y el análisis del sector en los procesos contractuales en los que el producto o servicio a contratar sea alta especialización, en concursos y licitaciones.	(NO) al estar el proceso en la etapa de selección.

Nótese que varias de las críticas que se esbozan en el mentado informe, según la OCDE se materializan en la mitigación del riesgo que se incluye en el proceso de selección analizado. A continuación procedo a mencionar varios yerros identificados:

- **Fuente:** Sobre la clasificación del riesgo como externo, puede decirse que en principio depende de los terceros que suscriban el presunto acuerdo; sin embargo debe incluirse también la posibilidad de que hagan parte del acuerdo funcionarios públicos. De igual forma es posible que la entidad pública provoque una disminución de la competencia en el proceso mediante la imposición de requisitos ilógicos que no corresponden al mercado.
- **Tipo:** Sobre la tipología dispuesta, es evidente que la colusión tiene consecuencias económicas, sin embargo también ostenta dimensiones técnicas (calidad de los productos) y operacionales (experiencia de los oferentes seleccionados).
- **Descripción:** Considero que la descripción concuerda, únicamente sería necesario incluir al beneficiario del bien o el servicio público contratado como un posible afectado.
- **Tratamiento:** Sobre el tratamiento propuesto considero que el control implementado no resulta de ninguna utilidad para la mitigación del riesgo identificado. Las audiencias dispuestas en este apartado se realizan en todos los procesos sin que esto permita disminuir la materialización de los carteles.

⁶ El gráfico que se expone fue extraído de un proceso adelantado por Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), el cual puede ser consultado en el siguiente [link](#). La estructura y distribución de riesgos dispuesta allí puede encontrarse en varias entidades públicas.

- **Afecta la etapa de ejecución:** Frente al interrogante planteado, la entidad indica un no rotundo, ignorando que su materialización, si quiera el indicio de existencia de una colusión, afecta gravemente la ejecución del contrato.

Así las cosas, puede decirse que la estimación, tipificación y asignación del riesgo de colusión en la contratación verificada, presenta deficiencias evidentes que no permiten una mitigación adecuada y por ende afectan el **mercado relevante** en un proceso de selección; esta circunstancia puede observarse en los procesos de selección analizados, en los cuales se repiten los yerros recién expuestos al tratar el riesgo mencionado, o incluso no incluyen la colusión como un riesgo. Desde un escenario propositivo me permito exponer algunas alternativas que de aplicarse en la etapa precontractual permitirían disminuir la cartelización en la contratación estatal atacando específicamente supuestos que pueden llegar a originarse en la falta de planeación de las entidades contratantes:

Indicios que se atacan mediante la implementación de la medida. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2011)	Actividad	Fundamentación y consecuencia.
Un mismo proveedor es el que frecuentemente presenta la mejor oferta.	Realizar una convocatoria a todos los agentes del mercado posibles en dos momentos, el primero en la etapa de estudio y análisis del sector, y una segunda convocatoria en la publicación del proceso.	<p>Por lo general los estudios de mercado se realizan con invitaciones directas a oferentes que habitualmente participan en el mercado de compras públicas; es razonable que sean estos mismos oferentes consultados quienes se presenten al proceso de selección.</p> <p>De igual forma, considero que no basta con las ventajas de transparencia que otorga el SECOP 2, para garantizar una real convocatoria del mercado relevante de los productos a adquirir. Las entidades se limitan a publicar el proceso en la plataforma, que habitualmente es usada por los mismos oferentes de siempre.</p> <p>Al realizar una correcta difusión de la necesidad a contratar, es probable que aumente el número de proponentes y de esta forma se tenga una mayor participación y por ende más competencia.</p>
Parece existir un reparto del proceso entre los oferentes (algunas empresas solamente presentan ofertas en cierta parte del territorio o zona delimitada en el proceso aunque estarían en capacidad	<p>Si se requiere la segmentación de la necesidad a contratar y lotes, grupos, zonas o segmentos, se recomienda:</p> <p>-No limitar el número de segmentaciones a las que los proponentes</p>	<p>La problemática se centra en indicar que los oferentes a pesar de tener la capacidad de presentarse a más segmentos y competir por todos ellos, decide quedarse con unos específicos para que otros oferentes puedan participar en este mercado, sin la necesidad de competir.</p> <p>La solución brindada consiste en verificar la verdadera capacidad del oferente, para calcular</p>

<p>de presentarse en otra región).</p>	<p>puedan presentar oferta. (Únicamente por su capacidad operativa).</p> <p>-Verificar la capacidad real del oferente para cumplir con su oferta.</p> <p>-Premiar mediante asignación de puntaje a los oferentes que comprometan el 100% de su capacidad de contratación para el proceso.</p> <p>-Incluir un procedimiento de descuentos por calidad de los servicios y bienes suministrados; y una regla de adjudicación que indique que a mayor número de segmentos adjudicados menor el porcentaje de descuentos.</p>	<p>con total certeza a que le es posible presentarse y a que no le es posible presentarse.</p> <p>De esta forma es posible otorgarle puntaje a los proponentes que ofrezcan exclusividad de su capacidad de producción para determinado proyecto, comprometiéndolo al 100%; por lo que los oferentes estarían incentivados a obtener el mayor beneficio posible de sus capacidades.</p> <p>Sobre el último tratamiento dispuesto, relacionado con los descuentos contractuales por calidad de los bienes y servicios entregados; (aplica para contratos de suministro), resulta viable incentivar la presentación a más grupos mediante la disminución de descuentos por calidad; sin que se afecte las condiciones técnicas establecidas en el proceso. Ejemplo de esta condición en el pliego:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Descuento para proponentes que resulten adjudicatarios de un solo grupo: La primera vez que ocurra el evento corresponderá al 5% del lote entregado. - Descuento para proponentes que resulten adjudicatarios de más de un grupo: La primera vez que ocurra el evento corresponderá al 2.5% del lote entregado.
<p>Barreras a la entrada de los procesos de selección.</p>	<p>Establecimiento de requisitos habilitantes y criterios de asignación de puntaje coherentes con la necesidad a satisfacer, que no resulten irracionales pero tampoco excesivamente flexibles.</p>	<p>Es frecuente que se establezcan requisitos que imposibilitan una concurrencia suficiente a los procesos de selección.</p> <p>Las entidades públicas deben establecer requisitos habilitantes y criterios de asignación de puntaje direccionados a garantizar que las condiciones técnicas requeridas de la necesidad a contratar se satisfagan; no deben establecerse requisitos para favorecer a determinados oferentes por su antigüedad.</p> <p>De igual forma estos requisitos, deben ser informados con suficiente antelación al mercado relevante; incluso desde el análisis del sector, o antes de la publicación del proceso; de forma informativa para que los oferentes nuevos puedan preparar su oferta y participar.</p>
<p>Como una solución general, a la contratación de las modalidades de selección para presupuestos de mayor cuantía, las entidades públicas pueden exigir como requisito habilitante o criterio de asignación puntuable el establecimiento de programas internos de gobernabilidad empresarial; que incluyan estrategias de administración eficientes, éticas e integrales que garanticen y respalden la reputación e intereses de los accionistas. Los programas de cumplimiento normativo (<i>compliance</i>) pueden reducir el</p>		

fenómeno de la colusión. (Gomez Patiño, 2014); así Cetina Garzón & Betancur Parra (2017) lo reiteran al indicar que un importante beneficio de la implementación de la Norma I.S.O. 26.000 de responsabilidad social implica: “ Mejorar la fiabilidad y equidad de las transacciones, a través de la participación política responsable, la competencia justa y la ausencia de corrupción.” (p. 15).

El anterior análisis, únicamente contempla actividades a realizar en la etapa precontractual por parte de las entidades públicas para mitigar la materialización del riesgo de una colusión y de esta forma, permitir que exista verdadera competencia en el mercado relevante ; considero que también resulta enriquecedor para el debate profundizar en las medidas a tomar cuando existen alertas tempranas de un cartel en un proceso ya publicado, tales como suspensión de proceso, rechazo de la oferta, entre otras alternativas. Incluso, el autor Serrano Pinilla (2011) plantea que la SIC debe intervenir no solo desde un rol sancionatorio posterior, sino desde la etapa precontractual puede participar en los procesos que lo ameriten en calidad de acompañante de la entidad pública contratante, esta actuación dice el autor: otorgará un enfoque más preventivo al rol de la autoridad de competencia colombiana.

Entonces, el correcto diseño del mercado relevante que permita competencia en su interior, es una responsabilidad de los encargados de planificar y adelantar los procesos de selección de contratación estatal, en la búsqueda de blindar el mercado más importante del país, convirtiéndolo en un escenario de verdadera competencia, dejando de contribuir a la consolidación de carteles y escenarios adversos para los agentes del mercado involucrados.

5.2. Delimitación del mercado relevante en licitaciones públicas:

Como ya se dijo, la delimitación del mercado relevante es un asunto vital en el curso de procedimientos administrativos sancionatorios adelantados por la SIC por la existencia de acuerdos colusorios; el doctrinante Gabriel Ibarra Pardo (2018) ha sostenido que él no delimitarlo puede acarrear afecciones graves a las garantías procesales:

“(…)

En efecto, si no se delimita “a priori” el producto y el ámbito geográfico en el que la conducta se produce, **las imputaciones pueden resultar bastante vagas**, y máxime cuando se trata de conductas como el paralelismo consciente. No es lo mismo imputar una conducta de concertación o fijación de precios en los licores en general que formular pliego de cargos de una conducta de esa naturaleza en el mercado del whisky, de los anisados, de los vinos etc. Se trata de un asunto que debe definirse de antemano caso por caso.” (p.1) (Negrilla fuera de Texto).

El mismo defecto que resalta el doctrinante, que afecta el debido proceso y derecho de defensa, puede presentarse cuando se realiza una indebida delimitación del mercado relevante; por cuanto se acumulan conductas que no deben ser analizadas en conjunto sino de manera independiente. Ahora bien, la SIC en consonancia con los preceptos recién citados ha señalado al respecto de la delimitación de mercado relevante en casos de posibles colusiones en licitaciones públicas:

“Para este despacho es claro que, en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de personas naturales o jurídicas que estén

en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, **solo se limita aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto (...)**. De acuerdo con lo anterior, el mercado afectado en el presente caso se circunscribe **al proceso de Subasta (...)** (Negrilla y subrayado fuera de texto). (Resolución No. 53914 " Por la cual se imponen unas sanciones"., 2013, págs. Página 24- Numeral 8.4.1.)⁷

A su vez, el doctrinante Carlos Esguerra Cifuentes (2018), al analizar la significatividad de la conducta en el proceso adelantado con el radicado No. 13-198976⁸, sostuvo postura idéntica a la antes descrita, indicando que el mercado relevante se encuentra en el proceso de selección, haciendo referencia la convocatoria No. 50025407.

La anterior cita permite vislumbrar, que, una vez delimitado el mercado en casos de licitaciones públicas, deberá analizarse por separado cada una de ellas por cuanto, como ya se dijo, tienen requisitos y características distintas. En el mismo sentido, en otras decisiones de igual orden; se han tomado posturas en similar dirección; pero incluyendo una mayor delimitación del mercado relevante, véase:

“Dadas las características de la Licitación LP-001-2011, en la que cada **proponente podía presentar oferta para uno o más de los 146 ítems** correspondientes a los centros penitenciarios y carcelarios del país, **se debe entender que cada uno de los ítems es individual y está comprendido por características económicas y geográficas diferentes**, así como por proponentes diferentes.

Por esta razón, el mercado relevante en la presente investigación se circunscribe a la Licitación LP-001-2011 abierta por el INPEC y **concretamente a los ítems investigados, es decir los ítems 19,20,25,30, 35,42,80,81,83,95,98,100,101,114 y 125.**(...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto). (Resolución No. 40901 (Por la cual se imponen unas sanciones), 2012, págs. Página 14- Numeral 6.4.1-)⁹

⁷ Corresponde a una imposición de sanciones a investigados que en el proceso de selección de subasta inversa No.SAS-08-2011 adelantado por el IDIPRON, indicando que los oferentes Héctor Alberto Hernández y Orlando Ramírez Gómez, presentaron oferta aparentando competencia, a pesar de que – según lo aseverado por la SIC – existen pruebas suficientes para establecer coincidencias en las propuestas presentadas, por lo que se sanciona la colusión evidenciada.

⁸ Esta investigación se centró en el comportamiento del grupo denominado GRUPO BUREAU VERITAS controlante de las compañías BUREAU VERITAS COLOMBIA y TECNICONTRON falsearon la competencia al interior de proceso No. 50025407 adelantado por ECOPETROL en el 2013; los investigados perseguían fines comunes por ser parte del mismo grupo empresarial, sin embargo lo negaron en desarrollo del proceso.

⁹ Corresponde a una imposición de sanciones a investigados que en el proceso de selección No.001-2011 adelantado por el INPEC, indicando que los oferentes Jairo Maya Salazar, Calixto de Jesus Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez Bohórquez, incluyeron en sus ofertas una fórmula para calcular el puntaje de la oferta económica, que en este caso corresponde a la media aritmética, y de esta forma asegurarse ofertar los valores acordes a este pronóstico en sus ofertas económicas para varios segmentaciones del proceso.

En la precitada decisión, se denota la verificación de las capacidades de los proponentes investigados; coincidiendo con la postura del presente trabajo investigativo, que efectivamente la delimitación del mercado relevante genera una clasificación de los agentes. De igual forma, ya desde la presentación del informe motivado del caso Bureau Veritas-Tecnicontrol, la Delegatura para la protección de la competencia taxativamente dispuso:

“Como se indicó mediante resolución de apertura de la investigación y formulación de pliego de cargos, el mercado que habría resultado afectado por la ejecución del comportamiento analizado correspondió al **proceso de selección No. 50025407**, pues un proceso de selección como el que interesa en este caso está caracterizado por una serie de aspectos **–relacionados con los agentes participantes, los precios, los productos o servicios, su temporalidad, las barreras legales de entrada y su carácter independiente–** que generan el surgimiento de un mercado particular.

En consecuencia, la participación que los proponentes pudieran tener en el marco de otro mercado, como lo sería el que los investigados denominaron el “mercado de la consultoría, interventoría e inspección para la industria en general” no es algo relevante para la determinación de la significatividad del comportamiento analizado”. (Informe motivado del caso “Bureau Veritas-Tecnicontrol”, 2017, pág. Pagina 50 No. 6.1)¹⁰

Con la finalidad de brindar mayor claridad sobre como la Superintendencia ha reiterado su postura frente a la delimitación del mercado relevante me permito citar distintos pronunciamientos que corroboran lo antedicho:

- **Radicación 12-219725. Página 62.** (Resolución No. 58691 , 2018):

En este proceso sancionatorio se analizó la competencia dentro de la convocatoria de contratación No. SDM-LP-008-2007 adelantado por la Secretaria Distrital de Movilidad de Bogotá; en donde la SIC determino que los oferentes PONCE DE LEÓN, JV INVERSIONES, JV PARKING, DIMACOR y L&L acordaron no competir para garantizar la adjudicación más costosa para la entidad pública, a cambio de una compensación para todos los participantes del acuerdo anticompetitivo, sobre la delimitación del mercado relevante la SIC al momento de tasar el monto de las sanciones a imponer establece:

“Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección contractual SDM-LP-008-2007, pues su actuar colusorio afecto la dinámica competitiva que se espera en este de procesos.”

De nuevo, haciendo énfasis en que el mercado hace referencia al proceso de selección investigado.

¹⁰ Verificar nota pie de página No. 9.

- **Radicado No. 11-71590 Página 22 y 140.** (Resolución No. 2065, 2015)

En este proceso sancionatorio se investigó varias convocatorias de contratación (exactamente ciento ochenta y ocho (188)) adelantados por diferentes entidades públicas a nivel nacional; en donde la SIC determino que los oferentes COBASEC, GUARDIANES, STARCOOP, EXPERTOS, CENTINEL e INSEVIG ejecutaron una estrategia colusoria que obtuvo resultados benéficos para sus intereses ilícitos en por lo menos quince (15) procesos , sobre la delimitación del mercado relevante la SIC al momento de tasar el monto de las sanciones a imponer establece:

“(…) resulta importante enfatizar que cada proceso de selección que se mencione, sin importar la modalidad bajo la cual haya sido adelantado por parte de la entidad pública responsable, configura un mercado relevante específico, pues tanto los requerimientos públicos particulares que configuran la necesidad (y por tanto el fundamento de la apertura del proceso), así como los requerimientos geográficos, de producto, entrega y factores regulatorios de obligatorio cumplimiento, son sustancialmente distintos entre diferentes procesos, esto a pesar de que todos los objetos puedan ser agrupados en un servicio de vigilancia”.

Con lo hasta aquí mencionado, se puede concluir que la delimitación del mercado relevante según las mismas posturas de la SIC implican un enfoque en el objeto, temporalidad y demás factores que convergen en el proceso de selección investigado, como también los agentes que pueden participar en él.

5.3. Acuerdos anticompetitivos por objeto o efecto en licitaciones públicas:

Continuando con el estudio de las repercusiones de la limitación al mercado relevante, es necesario remitirnos de nuevo al Decreto 2153 de 1992; la SIC ha sostenido, que dicha normativa establece que los acuerdos anticompetitivos en licitaciones públicas pueden sancionarse estrictamente por el objeto de los convenios ilícitos, aplicando el sistema conocido de la regla de la ilegalidad *per*

*se*¹¹, probando únicamente la existencia del acuerdo; dejando de lado la regla de la razón¹² que se enfoca en el estudio del propósito y efectos de la conducta investigada (acuerdos por efecto).

En sentencia del H. Consejo de Estado (Sentencia No. 2000870 CP.: Maria Claudia Rojas Lasso, 2010) ; al analizar el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 dispuso que, para acreditar la correcta tipificación de la conducta investigada, no basta solo comprobar la existencia del acuerdo; el tribunal de cierre de lo contencioso mencionó:

(...)“No basta sólo con la existencia del acuerdo. Ciertamente es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor. Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contenido de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.” (p. 31).

Postura que se observa incompleta, por cuanto no se detuvo a delimitar los conceptos por objeto o como efecto, tampoco desarrolló criterios que permitan diferenciarlos, según el doctrinante Tamayo Álvarez (2010) esta falta de precisión en la sentencia ocasionó que el **análisis del caso conduzca al campo de la responsabilidad objetiva**, por cuanto en la sentencia precitada los conceptos por objeto o por efecto corresponde al análisis de los motivos y no con el análisis detallado de las incidencias del acuerdo en el mercado.

En decisión actual del caso denominado “Boletería Eliminatorias Rusia 2018” en donde la Federación Colombiana de Fútbol, Comercializadora de Franquicias S.A.S, Tu Ticket Ya.com S.A.S y otras personas naturales involucradas, estructuraron un acuerdo anticompetitivo para favorecer la oferta de TICKETSHOP, y que este a su vez desviara de forma masiva las boletas de los partidos de la Selección Colombia en condición de local en Barranquilla hacia la reventa que sería gestionada por la empresa Ticket Ya a precios superiores a los fijados oficialmente, al respecto de la responsabilidad objetiva la SIC en dicha resolución, dispuso:

¹¹ De conformidad con los doctrinantes **Londoño & Gutierrez Rodriguez, (2007), pág. 224**, esta regla fue creada por la Corte Suprema de Justicia Estadounidense indicando que se trata de una “presunción de derecho, en virtud de la cual, si una conducta se ajusta al supuesto fáctico de una norma o regla, entonces será considerada como restrictiva de la competencia y por lo tanto siempre ilegal”. De igual forma, ubica temporalmente su origen en la tercera etapa del desarrollo del derecho de la competencia en EEUU, durante los años 1936-1972. A la normativa colombiana, según mencionan **Sossa & Esguerra Cifuentes (2022)** las expresiones “por objeto” y “por efecto” fueron importadas del sistema de derecho de la competencia europea (TFUE).

¹² El doctrinante **Miranda Londoño, en el texto La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano (2017)** menciona que este sistema tiene su origen en la Sección Primera de la Ley Sherman (1890), la cual contiene una prohibición general contra todas las prácticas restrictivas de la competencia y fue objeto de los operadores jurídicos establecer los elementos particulares para cada caso analizado individualmente.

“(…) El régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva, En los mimos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención – dolo o culpa – de los infractores (…)” Resolución No. 35072 del 2020 (p.295)

Frente a esta apreciación, los doctrinantes Jaeckel Kovacs & Ibarra Pardo (2022) consideran que existe una evidente confusión entre los conceptos de responsabilidad objetiva y subjetiva; materializando un contrasentido al indicar que la responsabilidad no es objetiva, aunque, para la imposición de sanciones no deben analizarse criterios subjetivos del investigado.

La confusión recién esbozada, ha llevado a la SIC a incluir racionios encaminados a materializar una aplicación de responsabilidad objetiva en investigaciones de acuerdos por objeto contrarios a la libre competencia, se destaca la (Resolución No. 71584, 2019)¹³

“Es preciso anotar en este punto que el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables “por objeto” quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace **innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad.** En otras palabras, **la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley,** por lo cual no le es exigible a la Autoridad Verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción”(p. 28).

En la anterior cita, queda soportada la postura contraria a derecho que fundamenta varias decisiones de la SIC, sostiene que únicamente con la existencia del acuerdo es suficiente para emitir sanciones; esto implica -según la misma SIC- que se está ante una presunción legal inquebrantable, por cuanto “la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley”.

A pesar de lo imparcial que resultaría sancionar un acuerdo contrario a la libre competencia por el objeto, en el cual no es necesario, según la SIC, validar las intenciones subjetivas de quienes incurren en la conducta sancionada (regla *per se*) ni la idoneidad de la conducta, se considera que, una vez delimitado el mercado relevante, debe establecerse con total certidumbre las calidades que

¹³ Corresponde a una imposición de sanciones contra las sociedades Industria de Alimentos Daza S.A.S, Comercializadora Disfruver S.A.S, Alimentos Spress S.A.S, Best Colombian Fruits S.A.S, Namaste Food S.A.S y otras personas naturales involucradas, según la SIC los investigados, se coludieron para la no presentación de ofertas al proceso LP-AMP-129-2016 (segmento de frutas y hortalizas) y de esta forma presionar a la Secretaria de Educación de Bogotá, para que en otra convocatoria aumentara los precios oficiales. Es menester mencionar varias de las empresas investigados, por intermedio de su apoderado, Dr. Alexis Perea en esta investigación expuso como la falta de capacidad jurídica para participar en el proceso de selección impedía una declaratoria de responsabilidad por no se parte del mercado relevante; en todo caso dicho argumento fue rechazado por la SIC sin mayor detenimiento, al enfocarse en la presunción sobre la intención de presentación de ofertas en el proceso investigado.

cada uno de los miembros coludidos ostentan, para poder determinar si esta figura asociativa eventualmente tiene la suficiente entidad como para afectar alguna de las prerrogativas garantizadas desde la Constitución Política al proteger la libre competencia económica, es decir: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. (Sentencia C- 032, 2017); por lo que considero que, el análisis debe establecer la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto desfavorable al mercado relevante delimitado a partir de su capacidad para participar y cumplir con las condiciones del proceso de selección.

Al respecto de estas garantías, el doctrinante Miranda Londoño (1993), indica que el sistema económico del país, implica para el Estado, garantizar varios preceptos, dentro de los cuales se destaca el referido derecho de la libertad de competencia económica, el cual se debe entender como: “(...) la posibilidad efectiva que tienen **los participantes** en un mercado, de concurrir a él **en contienda con los demás**, con el objeto de **ofrecer y vender** bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela” (p.3); derecho que debe perseguir una función social en el marco del Estado Social de Derecho, según lo menciona Galvis Quintero (2016) en cabeza no solo del mismo Estado, sino de los particulares al ser un derecho individual y colectivo.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-254, 2019), el derecho a la libre competencia tiene alcances particulares y generales; pero siempre buscan garantizar como mínimo: que cualquier persona **pueda ofertar** sus productos libremente; y que el consumidor o usuario adquiera lo ofertado **con mejores condiciones**. De igual forma, el ejercicio mencionado conlleva excepciones y restricciones a quienes concurren al mercado a ejercer su derecho.

Lo anterior, permite reseñar, que el acceso a determinados mercados no siempre es completamente libre, dependiendo de las regulaciones específicas que buscan proteger valores constitucionales superiores; en este supuesto, encaja la participación en una convocatoria pública que requiere que los agentes del mercado que pretendan participar, superen las restricciones que la misma entidad convocante impone con la finalidad de seleccionar a los oferentes que puedan ofertar sus productos en condiciones de calidad y precio adecuado, esto se debe a que las características del mercado de licitaciones públicas pueden señalarse como:

- Los agentes que concurren al mercado público ostentan condiciones excepcionales que han adquirido mediante un proceso de adherencia a requisitos preestablecidos por las entidades convocantes, lo que implica que no cualquiera puede participar como oferente en estos procesos de selección, por lo que se requiere cumplir con requisitos habilitantes (de naturaleza jurídica, financiera y técnica) y satisfacer criterios de asignación de puntaje; elementos que una vez definidos en el pliego de condiciones definitivo, materializan una barrera excluyente, barrera que delimita el mercado relevante.

Concordante con lo antedicho, debe resaltarse que los preceptos del ordenamiento jurídico colombiano que protege los mercados, buscan que el derecho a la igualdad de oportunidades se materialice en la contratación de la administración pública; el cual se plasma en estos procedimientos en el derecho **a la libre concurrencia u oposición**. Este derecho consiste, según

el precedente judicial en garantizar: “la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan **la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.**”. (Sentencia C-713, 2009); así lo establece la Corte Constitucional.

5.4. La delimitación del mercado de licitaciones públicas relevante implica una clasificación de los agentes del mercado:

Teniendo en cuenta las numerosas decisiones precitadas de la SIC¹⁴, se limita el mercado relevante y por ende sus agentes a quienes puedan cumplir con el objeto de la convocatoria; por ejemplo, en la Resolución No. 42216 (2019)¹⁵, se clasifica como censurable que dos o más **proponentes** – refiriéndose a los investigados- realicen un acuerdo o cualquier practica que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación.

En la Resolución No. 52770 (2019)¹⁶, la SIC, reiterando la postura recién descrita, y fundamentándola incluso en decisiones de agencias de competencia foráneas indica que en los procesos de selección públicos:

“(…)la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección” (p. 14).

¹⁴ La inobservancia de los preceptos establecidos por parte de la SIC, puede vulnerar los principios de confianza legítima y la seguridad jurídica concordante con la figura de doctrina probable de carácter administrativo. Es disposición fue materializada en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009.- El alcance e interpretación de este artículo fue regulado por el Tribunal de cierre constitucional; el cual lo limito en los siguientes términos: “*En ese orden de ideas, la Corte concluyó que, siguiendo una interpretación sistemática relacionada con el concepto de la libre competencia que ha dado su jurisprudencia (sentencias C-624/98, C-815/01 y C-228/10), como “aquella posibilidad de libre acceso al mercado por parte de los oferentes” que garantiza la “ausencia de barreras o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”, la doctrina probable del artículo 24 sólo se hace extensiva a las atribuciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la regulación y vigilancia de la competencia desleal y la publicidad contraria a la libre competencia” - Corte Constitucional.- Sentencia C-537-10 de 30 de junio de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.*

¹⁵ En esta decisión se impone sanción contra Cosequin Limitada y Seguridad San Martin Limitada, por cuanto, según lo determino la SIC, estas sociedades y las personas naturales controlantes, gestionaron un acuerdo anticompetitivo en el cual identificaban procesos de selección en los cuales ambas personas jurídicas cumplieran los requisitos, para participar de forma individual, aparentando competencia, incrementando la probabilidad de que terminaran siendo adjudicatarias; este esquema fue usado en ocho (8) procesos de selección durante el periodo comprendido entre el 2013 y el 2015.

¹⁶ En esta resolución la SIC establece que en catorce (14) procesos de selección adelantados por la Alcaldía de Bucaramanga, los investigados Construcciones, montajes y diseños – CMD LTDA, TECHMOR LTDA, H&M Constructora S.A.S y SYPROC S.A.S, a partir de sus relaciones familiares, de amistad y de cercanía empresarial, acordaron participar de manera continua y sistemática en estos procesos mediante la coordinación de sus ofertas, aumentando la probabilidad de Adjudicación.

No obstante, considero que no es necesario que se acredite la presentación de oferta en el mercado delimitado; por cuanto puede presentarse un acuerdo anticompetitivo que consista en la no presentación de ofertas; sin embargo, esto no disminuye la validez del argumento que aquí se expone; y es que si lo que se quiere es sancionar un acuerdo anticompetitivo por objeto en licitaciones públicas, debe verificarse la calidad de los investigados, comprobando que efectivamente ostenten la posibilidad de participar en este mercado; cualquier otra conducta cometida por quien no cumple con este criterio, debe enjuiciarse a la luz de otra norma específica o en su defecto frente a la prohibición general.

En relación con eso, puede afirmarse que si un investigado no puede participar en el proceso delimitado, esto es, no puede ser proponente ni competidor en la licitación pública, si llegare a considerarse por significativa la conducta – erróneamente a mi juicio- se estaría frente a la configuración de un acuerdo anticompetitivo entre investigados que no pueden ser competidores (oferentes) en el proceso de selección delimitado.

No puede aceptarse como válida una aplicación mecánica de la tipificación incluida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 al establecer la existencia de acuerdos que *per se* son contrarios a la competencia. La doctrina también señala en posición coincidente a la aquí expuesta:

“Su utilización disminuye la posibilidad de eximir de responsabilidad a quienes participaron del acuerdo; libera al juez de acudir al análisis económico que justifique la decisión de sancionarlos; y aporta simpleza y rapidez, lo cual hace posible una sanción cierta, sin importar la concreción y comprobación del elemento teleológico. Así planteado, **parece excluyente e inconveniente pensar la colusión de manera aislada, solo fundada en el acuerdo y omitiéndose referencias a factores anexos**, pues ello lesiona bases del debido proceso, la autonomía de la voluntad y el principio constitucional de la libertad económica⁵⁷, haciendo restrictivo su ejercicio.” Negrilla Fuera de Texto. (Santibañez Orellana, 2020 p.18)

En consecuencia, omitir en el curso de una investigación sancionatoria estos factores anexos que señala el precitado doctrinante – dentro de los cuales se clasifica las aptitudes de los agentes del mercado relevante delimitado – restringiendo el análisis a la existencia del acuerdo, imposibilita la atribución de una colusión en licitaciones públicas; postura sostenida por Valdés (2008).

Siendo consecuente con los antecedentes casuísticos recién citados de la SIC, los hechos objeto de investigación deberían de limitarse a los agentes del mercado que presuntamente participaron en acuerdos anticompetitivos en las licitaciones públicas analizadas. En este orden de ideas queda claro que este tipo de mercados se diferencian por las singulares aptitudes y capacidades que ostentan los agentes que lo componen.¹⁷; en este sentido señala el doctrinante Santibañez Orellana

¹⁷Como ya se dijo en la hipótesis, el ingreso a mercados de licitaciones públicas no es completamente libre, según la Corte Constitucional existen excepciones y restricciones se ha señalado en decisiones recientes lo siguiente: “La Corte Constitucional ha sido clara en señalar, que la libre competencia es un derecho cuyo ejercicio conlleva limitaciones, relacionadas entre otros elementos, con la introducción de excepciones y restricciones a quienes concurren al mercado a ejercer su derecho. Así en la Sentencia C-616 de 2001 señaló: “La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el

(2020): “La libre competencia supone **agentes de mercado, dotados de atributos ad hoc a sus funciones**, receptores de los efectos anticompetitivos de la colusión, **siendo perjudicial que un estándar probatorio, por abstracta que sea su configuración, omita tales circunstancias.**” (p. 12) Negrilla fuera de texto.

En postura concordante con la recién citada, considero que en los casos en los cuales la delimitación del mercado relevante determine que se está investigando a personas (naturales o jurídicas) que **no ostentan las calidades y aptitudes** para afectar la libre competencia en una licitación pública, no debe aplicarse una regla de ilegalidad automática por el objeto del acuerdo (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), sino ha de analizarse detalladamente las circunstancias subjetivas de la conducta; y tipificarlas en otro cuerpo normativo más general.

Resulta menester manifestar que, la disquisición que se expone no radica en la determinación legal que el investigado tenga, es decir, si se trata de persona jurídica, persona natural, o funcionario público, discusión en la que se enfoca Serrano Pinilla (2011) indicando a partir de la definición de acuerdo del Decreto 2153 de 1992 – todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas- , la norma prohíbe la colusión en licitaciones únicamente en los acuerdos de no competencia realizados entre empresas, y no los acuerdos entre funcionarios públicos, empresas privadas o asociaciones.

En desarrollo de la postura recién mencionada, Sossa & Esguerra Cifuentes (2022) señalan que existen varios casos que en desarrollo de esta estricta postura la SIC no le fue posible aplicar la norma contra acuerdos anticompetitivos entre asociaciones; posición de la que me aparto – el mismo autor coincide en mi postura en el texto citado a partir de la página 168- en atención a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que delimita en sentido amplio la destinación de la normativa de competencia a “(...) todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica”. Incluso, contrario a lo dicho por el doctrinante recién citado, la misma SIC ha incluido como investigados, y sancionados a funcionarios públicos en conjunto con empresas privadas; se resalta el caso Odebrecht (Resolución No. 82510 , 2020)¹⁸.

Con la única intención de hacer énfasis en la doctrina probable establecida por la SIC, se puede observar específicamente la (Resolución No. 40875 (2013))¹⁹, en la que se dispuso que la

legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.”

18 Mediante esta resolución, se resolvió el famoso caso conocido como la ruta del sol, en el cual la SIC determino que ODEBRECHT S.A, Corficolombiana S.A , Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol S.A y otras personas naturales involucradas, participaron en un acuerdo anticompetitivo que implicó el pago de sobornos para garantizar la adjudicación del contrato derivado del proceso de selección No. SEA-LP-001-2009.

19 Mediante este acto administrativo, la SIC sanciono a Valme Limitada y a los integrantes del consorcio H&F, por haberse coludido en el proceso No. SA-03-06-2010 adelantado por la Gobernación de Arauca; la estrategia pudo evidenciarse en las coincidencias verificadas en las ofertas presentadas.

competencia al interior de un proceso de selección celebrado por una entidad de Estado no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que **se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto**. Así también lo establecen Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez (2006) al mencionar que son los agentes del mercado quienes: “pueden restringir la competencia de tres maneras: mediante el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas y la competencia desleal.”(p.66).

5.5. Repercusiones en la tipificación de la conducta y la estrategia litigiosa:

Hasta aquí, se puede distinguir los dos caminos procesales y de interpretación que se tienen, por un lado, el establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual prohíbe en términos generales cualquier acuerdo anticompetitivo (regla de la razón); y por otro, se tiene el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que persigue acuerdos por objeto o efecto que impliquen la colusión en las licitaciones públicas. Ambos presupuestos conllevan una carga probatoria distinta, al igual que una estrategia jurídica diferente:

Aplicación de la regla <i>per se</i> mecánicamente (numeral 9 (Objeto) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992)	Regla de la razón (artículo 1 de la Ley 155 de 1959) o por efecto.
Estrategia Litigiosa del Investigado	
Probar que el acuerdo anticompetitivo no existió. Miranda Londoño y Gutiérrez Rodríguez (2006)	Realizar una argumentación a partir del análisis de la delimitación del mercado relevante, determinando la naturaleza de la conducta, las intenciones y finalidades perseguidas como su efecto en el mercado segmentado. (Idoneidad de la conducta para afectar la Libre Competencia. (Significatividad) (Individualización de los Investigados y su responsabilidad en cada proceso de selección analizado.)

Clasificar la conducta de un investigado que no se puede tildar como agente de mercado - por no ostentar mínimas posibilidades de ser proponente habilitado o adjudicatario - como actor de la conducta por objeto descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, resultaría contradictorio con los preceptos hasta aquí estudiados; es decir, si el mercado relevante se ha delimitado en una licitación pública específica, de manera automática debe realizarse una verificación de las aptitudes técnicas, jurídicas y financieras de los investigados; si como resultado de este estudio se determina que el investigado no ostenta la posibilidad de fungir como agente del mercado delimitado; su conducta no debe encasillarse en la descrita en la precitada norma.

Este análisis, resulta concordante que el realizado por la SIC en Resolución No. 83037 (2014)²⁰ en donde señalo los siguientes preceptos sobre el estudio que representa la conducta investigada:

²⁰ Es mediante esta resolución, que la SIC dispuso imponer unas sanciones a INCOEQUIPOS, PAVIGAS y otros, por contravención a la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y por incurrir en acuerdos colusorios en el proceso LP-

- La conducta conocida como acuerdo colusivo en procesos de selección se define desde el objeto y el efecto, o, en otras palabras, desde la potencialidad de ocasionar el daño - tipo de peligro -.
- Se sugiere sancionar una conducta que la normatividad del régimen de protección de la competencia considera contraria al comportamiento esperado de un agente en competencia.
- La amenaza que el comportamiento del agente representó al proceso competitivo protegido resulta más que suficiente para evidenciar la proporcionalidad constitucional exigida al momento de sancionar una conducta. (Lo que es igual a la antijuridicidad).

Al aplicar estas disposiciones en el caso en concreto de la resolución de la SIC; estableció que la conducta examinada tuvo un efecto sustancial en el transcurso competitivo de la licitación en la que se llevaron a cabo las acciones cuestionadas, no solamente resultó en la declaración de la licitación como fracasada, lo que supuso un perjuicio total, sino que los participantes implicados representaban la totalidad de las propuestas válidas y consideradas en términos de elegibilidad. Entonces, si se aplicara como regla el último de los preceptos mencionados (la antijuridicidad) en la totalidad de los casos en donde se investiguen acuerdos por objeto en licitaciones públicas, todas las conductas cometidas por investigados que no ostentan la calidad de agentes del mercado delimitado, resultarían atípicas frente al tipo estudiado.

En este aspecto, la SIC ha tratado de configurar distintas figuras que no encajan en la ya conocida, a mi juicio ha sostenido erróneamente que el numeral 9 del artículo 47 le permite castigar cualquier otra conducta que no se enmarque en las prohibiciones específicas reguladas en el Decreto 2153 de 1992, incluso ha optado por perseguir, lo que llama “acuerdos generales”:

“Así, dado que la legislación aplicable en Colombia prohíbe **cualquier tipo de acuerdo anticompetitivo**, sea cual sea su forma o naturaleza, en atención a que la investigación y cargos que en este caso se imputan deben corresponder a una descripción adecuada de la realidad y complejidad del mercado y conductas analizadas, y en línea con los desarrollos jurisprudenciales que otros sistemas de competencia han hecho en esta materia, la Delegatura presentará las evidencias que indican que entre los INVESTIGADOS **operó un Acuerdo general** para evadir la competencia que se manifestó en una serie de actos, acuerdos y conductas que hacen parte de **una conspiración contra la libre competencia económica en el PREB durante**, al menos, la última década.” Página 75 - Resolución 46587 de 2018²¹. Negrilla Fuera de Texto.

En desarrollo de la intensión de la SIC, se observa la inclusión de acusaciones tanto generales como particulares; si bien es cierto puede decirse que toda comisión de conductas enmarcadas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es también una trasgresión a las normas genéricas que prohíben los acuerdos anticompetitivos; opuesto a esto, es incorrecto afirmar que una infracción a los acuerdos generales, debe tenerse como trasgresión de los particulares. Esto se debe a que la

SGT-GPD-042-2009 adelantado por INVIAS; de nuevo la SIC acude a la prueba indiciaria para concluir que las coincidencias entre ambas ofertas solo encuentran explicación en la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

21 Corresponde al pliego de cargos de la investigación relacionada con el Programa de Alimentación Escolar (PAE) de la ciudad de Bogotá, en donde según la SIC, existió desde 2007, un acuerdo anticompetitivo de los competidores habituales de este mercado, el cual consistió en diversas actividades y omisiones que permitieron la distribución de los mercados.

prohibición general no hace referencia específica a esta calificación de la conducta, y cada caso debe analizarse individualmente para determinar si se ha cometido una infracción tanto a los acuerdos generales como a los particulares. Cada una de las conductas descritas en el artículo 47 del ya citado decreto, incluyen la descripción “*Los que tengan por objeto o tengan como efecto*”, mientras que la prohibición general no hace referencia alguna a esta calificación de la conducta.

Además de lo antedicho, la doctrina en reiteradas ocasiones ha sostenido la misma tesis, tradicionalmente, se ha señalado que existe una diferencia entre las cláusulas generales y las prohibiciones específicas en cuanto a los acuerdos. En el caso de acusaciones relacionadas con la violación de una cláusula general, el investigado puede argumentar que, a pesar de la existencia del acuerdo, este no afecta la libre competencia en los mercados, basándose en una especie de regla de la razón similar a la practicada en Estados Unidos, el artículo 1 de la ley 155 de 1959, que prohíbe en términos generales cualquier acuerdo; como mínimo debe identificarse:

- a) Idoneidad de la conducta para afectar la Libre Competencia.
- b) Significatividad de la Conducta.
- c) Individualización de los Investigados y su responsabilidad en cada proceso de selección analizado.
- d) Subsidiariamente la eficiencia económica de las circunstancias que se comprueben.

Por otro lado, cuando se enfrenta a una acusación de violación de una norma específica, la única defensa posible para el investigado sería demostrar que el acuerdo o la conducta en cuestión nunca existió; así lo sostiene Serrano Pinilla (2015).²²

La anterior diferenciación no resulta trivial; por cuanto puede generar afectaciones a derechos fundamentales de los investigados, y más aún cuando se observa que en algunas investigaciones la SIC se incluye ambas de una manera confusa, veamos:

Estudio del caso enfocado en la (Resolución No. 46587, 2018)	
Conductas Particulares indilgadas	Conductas Generales indilgadas
<ul style="list-style-type: none"> • SEXTO: Que con base en los elementos de convicción recaudados durante la averiguación preliminar se puede acreditar, con el rigor propio de esta etapa de la actuación, que algunos de los participantes de los procesos de selección del PREB habrían concurrido a varios de esos procesos mediante un esquema de coordinación desarrollado con el objeto y/o el efecto de restringir la competencia en el mercado. (Página 2). 	<ul style="list-style-type: none"> • (...) no puede pretenderse que la Delegatura encasille las conductas investigadas dentro de una categoría específica de Acuerdo y que le atribuya, entonces, un solo tipo de objeto o efecto anticompetitivo. • Así, dado que la legislación aplicable en Colombia prohíbe cualquier tipo de acuerdo anticompetitivo, sea cual sea su forma o naturaleza, en atención a que la investigación y cargos que en este caso se imputan deben

²²En esta cita doctrinal es importante resaltar que también se incluyen posturas relevantes de (Miranda, 2012) disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699>)

<ul style="list-style-type: none"> • Por el contrario, lo que en estos casos debe acreditarse es que, de una u otra forma, los INVESTIGADOS coordinaron su participación en los procesos de selección analizados mediante la implementación de una o varias de las categorías de acuerdo dispuestas en la Ley, con el objeto y/o el efecto de evitar la competencia en tales procesos. (Página 75). • ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas relacionadas en la tabla que se presenta a continuación para determinar si, en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, incurrieron en el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, (...) Pagina 235. 	<p>corresponder a una descripción adecuada de la realidad y complejidad del mercado y conductas analizadas, y en línea con los desarrollos jurisprudenciales que otros sistemas de competencia han hecho en esta materia, la Delegatura presentará las evidencias que indican que entre los INVESTIGADOS operó un Acuerdo general para evadir la competencia que se manifestó en una serie de actos, acuerdos y conductas que hacen parte de una conspiración contra la libre competencia económica en el PREB durante, al menos, la última década.</p> <p>(Página 75)</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

En la precitada resolución, **se argumenta que no es necesario comprobar las conductas anticompetitivas en cada proceso de selección para cada uno de los investigados**, por cuanto pretende comprobar la existencia de un acuerdo general, sin embargo, se contradice al momento de formular pliego de cargos, limitando la acusación a las conductas contenidas en el numeral noveno del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Por consiguiente, la SIC no solo contempla la ilegalidad natural de la conducta, sin pretender precisar la potencialidad de ocasionar daño, aplicando preceptos ya no de la aplicación mecánica de la regla *per se* para una sola licitación pública; sino que pretende aplicar esta presunción a un presunto acuerdo que afecto a más de una licitación; lo que conlleva una evidente vulneración al debido proceso. Ha debido, en vez de formular cargos por el acuerdo por objeto anticompetitivo, virar hacia una clasificación de la conducta enfocada en la regla de la razón; modificando la tipificación de la conducta investigada, y no continuar sancionando bajo la presunción en derecho que contempla el acuerdo anticompetitivo por objeto en licitaciones públicas en la normativa vigente. Es decir, desechar una acusación por la aplicación del numeral 9 (por objeto) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y proseguir con una fundamentada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; lo que conlleva un cambio significativo de la estrategia litigiosa en el interior del proceso sancionatorio administrativo.

Bajo la misma argumentación, se considera en la totalidad de los casos en donde se investiguen acuerdos por objeto en licitaciones públicas, todas las conductas cometidas por investigados que no ostentan la calidad de agentes del mercado delimitado, resultarían atípicas frente al tipo descrito en el del numeral 9 (por objeto) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto el mismo implica una clasificación de sus agentes de mercado delimitado.

6. Conclusiones

Lo primero que debe dejarse por sentado es que el análisis de los documentos relacionados con la prevención de colusiones en los procesos de contratación revela ciertas deficiencias en las estrategias implementadas, dado que, existe una mayor atención en la identificación de indicios de posibles carteles cuando ya se han formado, en lugar de centrarse en medidas preventivas.

Se destaca la importancia de implementar estrategias primarias que mitiguen el riesgo de colusión desde etapas tempranas, como la aplicación de listas de control y métodos de detección de patrones. No obstante, se observa una falta de aplicación efectiva de estas estrategias en las prácticas de contratación pública. Aún más, se evidencia una falta de atención hacia el comportamiento anticompetitivo de las propias entidades públicas por parte de los organismos encargados de la protección de la competencia, porque se centran en investigar las colusiones entre agentes del mercado, sin considerar la posible responsabilidad de las entidades en la generación de escenarios anticompetitivos.

Asimismo, es necesario promover la implementación de medidas preventivas sólidas en los procesos de contratación pública para evitar la formación de carteles y garantizar una competencia justa. Lo anterior con el fin de fomentar una mayor conciencia sobre la responsabilidad de las entidades públicas en la generación de prácticas anticompetitivas y promover su cumplimiento normativo.

Con esto no quiero indicar que, se exonere de responsabilidad a los agentes del mercado que hacen parte del acuerdo investigado por que las entidades públicas generan escenarios anticompetitivos; de modo opuesto, considero que como resultado de estas minuciosas revisiones a los procesos de selección que realiza la SIC, pueden expedirse, adicional a las sanciones de los particulares, ordenes inmediatas a las entidades contratantes para que verifiquen sus trámites contractuales.

En segundo lugar, es evidente que la delimitación del mercado relevante es crucial en procedimientos administrativos sancionatorios por acuerdos colusorios en licitaciones públicas, puesto que, la falta de delimitación previa o una limitación errónea puede afectar las garantías procesales y el derecho de defensa. La SIC ha señalado que el mercado afectado se circunscribe al proceso de selección en casos de posibles colusiones en licitaciones públicas; indicando que deben analizar por separado cada licitación, ya que tienen requisitos y características distintas; incluso llegando a delimitar con la precisión el mercado relevante, considerando cada ítem de la licitación como individual; entonces como principal consecuencia de la delimitación del mercado relevante se resalta la clasificación de los agentes y la generación de un mercado particular.

En tercer lugar, puede concluirse que el mercado relevante delimitado en las licitaciones públicas limita a sus agentes a quienes puedan cumplir con el objeto de la convocatoria; en otras palabras, la competencia que se garantiza se limita a quienes pueden cumplir con el objeto del contrato independiente si han decidido participar como proponentes. Por lo tanto, si un investigado no puede participar en el proceso delimitado, se estaría frente a un acuerdo anticompetitivo entre investigados que no pueden ser competidores en la licitación pública; por lo que la tipificación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no debe aplicarse mecánicamente, sino que se deben analizar detalladamente las circunstancias subjetivas del sujeto y la conducta.

Reitero, es importante considerar las aptitudes y capacidades de los agentes del mercado relevante delimitado en el curso de una investigación sancionatoria, dado que, en casos donde la delimitación del mercado relevante determine que se investiga a personas que no pueden afectar la libre competencia en una licitación pública, sería incorrecto aplicar una regla de ilegalidad automática por el objeto del acuerdo, por contrario se deberían tipificar las circunstancias en otro cuerpo normativo más general, enfocado al artículo 1 de la Ley 155 de 1959; en este orden de ideas, una vez acotado el mercado relevante, y verificadas las condiciones de las persona naturales o jurídicas investigadas, se llegaría a la conclusión que no ostentan alguna posibilidad de fungir como adjudicatarios o por los menos oferentes del proceso de selección referenciado, es decir, la tipificación de la conducta debe enfocarse en la prohibición general.

En cuarto lugar, es necesario exponer que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha tratado de establecer figuras que no encajan en las prohibiciones específicas del Decreto 2153 de 1992, persiguiendo incluso "acuerdos generales". Empero, es incorrecto considerar una infracción a los acuerdos generales como una transgresión a los acuerdos específicos, cada caso debe analizarse individualmente para determinar si se ha violado tanto los acuerdos generales como los particulares.

La doctrina también ha señalado que existe una diferencia entre las cláusulas generales y las prohibiciones específicas en los acuerdos. En casos de violación de cláusulas generales, se puede argumentar que el acuerdo no afecta la libre competencia en los mercados, basándose en una especie de regla de la razón. En cambio, en casos de violación de normas específicas, la única defensa posible es demostrar que el acuerdo o la conducta en cuestión nunca existió.

Lastimosamente, la SIC ha incluido acusaciones tanto generales como particulares en sus investigaciones, lo cual puede afectar los derechos fundamentales de los investigados. En algunas ocasiones, intenta probar la existencia de un acuerdo general, pero al formular cargos, se limita a las conductas del numeral noveno del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto contradice la idea de un acuerdo general y vulnera el debido proceso. Por ello, sería necesario modificar la tipificación de la conducta investigada y fundamentar la acusación en la regla de la razón (artículo 1 de la Ley 155 de 1959) en lugar del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así las cosas, es crucial distinguir entre los enfoques legales y de interpretación para cada tipo de acuerdo. Igualmente, se deben considerar adecuadamente las acusaciones tanto generales como particulares y garantizar el respeto al debido proceso en las investigaciones, porque no tendría sentido, calificar como una conducta que afecte la libre competencia en los términos del numeral 9, la no participación de un oferente que no cuenta con la posibilidad de resultar adjudicatario de un proceso.

Colofón, si el proponente no hace parte de este mercado relevante, en nada se afecta el principio de libre competencia, o la libre competencia su presentación de oferta. Se debe destacar que la participación en los procesos puede ser restringida por las entidades públicas, siempre y cuando se ajusten a parámetros proporcionales y razonables, como los requisitos habilitantes y los criterios de asignación de puntaje.; por lo que si un investigado acuerda la no presentación de oferta en un

proceso en el cual nunca ha podido clasificarse como agente de mercado, no se estaría ante un escenario de acuerdo por objeto anticompetitivo.

Finalmente, resulta pertinente mencionar, que no se sostienen posturas que busquen disminuir los efectos disuasivos de la norma convirtiéndolos en irrelevantes; la posición no implica que entonces muchas conductas que puedan afectar la libre competencia queden impunes; en sentido contrario, lo que se dice es que algunas circunstancias investigadas por la SIC, no se encuentran clasificadas como acuerdos por objeto anticompetitivos por la misma naturaleza de los agentes; por lo que deben analizarse a la luz de la regla de la razón con la intención de verificar si constituyen una transgresión a las prohibiciones generales.²³

7. Referencias bibliográficas:

Alarcón Lora, A., Quintero Lyons, J., & Llamas Bobadilla, L. (2019). Régimen sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio por acuerdos anticompetitivos en Colombia. *SABER, CIENCIA Y LIBERTAD*, 14(1), 80-98.

Artaza Varela, O., Santelices Ríos, V., & Belmonte Parra, M. (2020). *El Delito de Colusión*. Santiago de Chile: Tirant lo Blanch.

Cifuentes, C. E. (2018). *Grupo Elite contra Colusiones*, 1 año después por Carlos Esguerra. Grupo Elite contra Colusiones. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (1960). Ley 155 de 1959.- (Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas). *Diario Oficial* 30138 de enero 22 de 1960.

Congreso de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Congreso de la República de Colombia. (2009) Ley 1340 de 2009.- (Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.). *Diario Oficial* No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

Congreso de los Estados Unidos. (2 de 7 de 1890). *Sherman Anti-Trust Act*. Washington D.C, EEUU.

Cetina Garzón, K. T., & Betancur Parra, A. L. (2017). *Razones para implementar la Norma I.S.O. 26.000 de responsabilidad social*. Bogotá: Ciencia Unisalle.

²³ En similar sentido, el doctrinante Miranda Londoño (2017) sostiene que en algunos casos no estén tipificados por el legislador, citando a la SIC textualmente, indica que una restricción que se reprocha por objeto no siempre es necesaria e irremediamente ilegal; conclusión semejante a la aquí expuesta.

Gómez Patiño, D. P. (2014). Corrupción y Colusión: Asuntos del Sector Empresarial en Colombia. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, XVII (33), 43-56.

Galvis Quintero, D. (2016). La Colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Vniversitas* (132), 133-196.

Galvis Macias, I. H. (2018). Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado. *Revista VIEI*, 13(2), 11-52.

Informe motivado del caso “Bureau Veritas-Tecnicontrol”, Radicado No. 13-198976 (Delegatura para la Protección de la Competencia (SIC) 2017).

Ibarra Pardo, G. (16 de 01 de 2023). Los programas para detectar carteles. *Asuntos Legales*, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/los-programas-para-detectar-carteles-3522710>.

Jaeckel Kovacs, J., & Ibarra Pardo, G. (2022). La prohibición General. En G. Ibarra Pardo, A. Miranda Londoño, & C. Uribe Piedrahita, *Derecho de la Competencia* (págs. 67-83). Bogotá: Legis.

Londoño, M. A., & Gutiérrez Rodríguez, J. D. (2007). Historia del Derecho de la Competencia (Orígenes y Evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina 1ra Parte). *Revista Boliviana de Derecho* (3), 215-267.

Martínez S., J. F., Escobar, D., & Loyola, C. (2011). Sobre los determinantes de la colusión en las compras públicas: el caso de Chile. *Derecho PUCP*, 385-417.

Miranda Londoño, A. (1993). Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Bogotá: CEDEC.

Miranda Londoño, A., & Gutiérrez Rodríguez, J. D. (2006). Fundamentos económicos del Derecho de la Competencia: Los beneficios del Monopolio Vs Los Beneficios de la Competencia. *Revista Derecho Competencia*, 2(2), 269-400.

Miranda, A. (2012). Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados. *Revista Contexto*, Núm. 3 Universidad Externado de Colombia, 21-32.

Miranda Londoño, A. (2017). La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC).

Navarro, D. S. (28 de diciembre de 2012). Una propuesta metodológica para la definición de mercados geográficos relevantes. Grupo de Estudios Económicos - Superintendencia de Industria y Comercio, 7(MPRA Paper No. 44498), https://mpr.ub.uni-muenchen.de/44498/1/MPRA_paper_44498.pdf.

Naranjo Mesa, V. (2003). Teoría Constitucional e Instituciones Políticas (Novena Edición). Bogotá: Editorial Temis S.A.

OCDE. (2014). Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Bogotá: Comité de Competencia.

Ossa Bocanegra, C. E. (2014). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano. Revista de Derecho Universidad del Norte, 233-263.

Pardo, G. I. (28 de 05 de 2018). La definición del mercado relevante en los casos de prácticas restrictivas: no es irrelevante. Asuntos Legales, págs. Consultado en Línea <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/la-definicion-del-mercado-relevante-en-los-casos-de-practic-as-restrictivas-no-es-irrelevante-2728750>.

Presidencia de la República de Colombia. (1992). Decreto 2153 de 1992.- Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

Resolución No. 40901 Radicación: 11-26754 (28 de junio de 2012).

Resolución No. 40875 Radicación: 10-164566 (9 de Julio de 2013).

Resolución No. 53914 Radicación: 11-89514. (9 de septiembre de 2013).

Resolución No. 83037 Radicación: 12-174085 (29 de diciembre de 2014).

Resolución No. 2065 Radicación: 11-71590 (28 de enero de 2015).

Resolución No. 97610, Radicación: 12-191859 (16 de diciembre de 2015).

Resolución No. 58691 Radicación: 12-219725 (16 de agosto de 2018).

Resolución No. 52770 Radicación: 17-229681 (08 de octubre de 2019).

Resolución No. 42216 Radicación: 15-81775 (03 de septiembre de 2019).

Resolución No. 71584 Radicación: 17-292981 (9 de diciembre de 2019).

Resolución No. 35072 del 2020 Radicación: 17-327215 (6 de julio de 2020).

Resolución No. 82510, Radicación: 17-14777 (28 de diciembre de 2020).

Santibañez Orellana, J. M. (2020). Colusión, contrariedades de su tipificación con relación al estándar de prueba y los fines del derecho de la competencia. Opinión Jurídica, 251-288.

San Miguel- Giralt, J. (2017). Contratación Pública y Colusión. Derecho de Competencia Frente al Derecho Administrativo. Vniversitas. (Bogotá Colombia) (135), 377-420.

Serrano Pinilla, F. (2011). El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 147-182.

Serrano Pinilla, F. (2015). ¿Existe en Colombia una Excepción de eficiencia para las investigaciones por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia? *Derecho Competencia.*, 221-247.

Sentencia C- 032, Expediente D-11430 (Corte Constitucional - Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos 25 de enero de 2017).

Sentencia C-713, D-7663 (Corte Constitucional M. P: Dra. María Victoria Calle Correa. 07 de octubre de 2009).

Sentencia C-254, Expediente LAT-446 (Corte Constitucional (M.P José Fernando Reyes) 06 de junio de 2019).

Sentencia No. 2000870 CP.: María Claudia Rojas Lasso, 25000-23-24-000-2001-00364-01 (Consejo de Estado 28 de enero de 2010).

Sentencia No. 27315 CP.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 68001-23-15-000-1998-01743-01 (Consejo de Estado 24 de abril de 2013.)

Sentencia No. 31447. C.P Ruth Stella Correa Palacios Consejo de Estado – 03 de diciembre de 2007)

Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia). (21 de Septiembre de 2022). Superindustria sanciona colusión en procesos de selección adelantados por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique. Consumidor Empresarial General Gobierno, págs. <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-sanciona-colusion-en-procesos-de-seleccion-adelantados-por-la-corporación-autonoma-regional-del-canal-del-dique>.

Superintendencia de Industria y Comercio. (21 de Septiembre de 2022). SIC. Obtenido de SIC: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-sanciona-colusion-en-procesos-de-seleccion-adelantados-por-la-corporación-autonoma-regional-del-canal-del-dique>

Superintendencia de Industria y Comercio. (13 de marzo de 2011). Guía Práctica - Combatir la colusión en las licitaciones.. Guía Práctica - Combatir la colusión en las licitaciones.. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf.

Sossa, G., & Esguerra Cifuentes, C. (2022). Acuerdos Anticompetitivos - Capitulo V. En G. Ibarra Pardo, & C. A. Uribe Piedrahita, *Derecho de la Competencia* (págs. 85-100). Bogotá: Legis.

Tamayo Álvarez, R. (2010). Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso ANDEVIP y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia. *Derecho Competencia*, 145-172.

Urbiztondo, S. (2007). La utilización de estudios econométricos para la determinación del mercado relevante del producto: El caso BIMBO - FARGO en la Argentina. *Derecho Competencia*, 3(3), 21-42.

Valdés, D. (2008). Tipicidad y regla per se en las colusiones monopólicas horizontales. *Anales de Derecho UC Temas de libre Competencia*, 81-126.