

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

En su informe sobre tendencias en materia de derecho de la competencia de 2020, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) reveló que la colusión en las compras públicas es un fenómeno que afecta América Latina y el Caribe más que a ninguna otra región en el mundo². Preocupa el resultado si se tiene en cuenta que el *bid rigging* o las prácticas o acuerdos colusorios en un proceso de selección convocado por una entidad compradora persiguen restringir o distorsionar la competencia en detrimento del interés patrimonial del Estado –quien concurre al mercado como un consumidor más en búsqueda de bienes y servicios–, y en provecho de los intereses de los particulares oferentes que hacen parte del acuerdo. De ahí que podamos catalogar la colusión como una de las formas de la corrupción en las compras públicas³.

Entre las razones que permitirían explicar por qué los carteles colusorios en la contratación pública tienen en América Latina una prevalencia de alrededor del 50%, muy por encima de su participación en otras latitudes⁴, encontramos los incentivos que representan, del lado de la oferta, la gran cantidad de recursos que están en juego. Pero esto no es exclusivo a nuestra región y, de hecho, se estima que los gobiernos alrededor del planeta destinan cada año en promedio entre el 10% y el 15% de su producto interno bruto (PIB) para adquirir los bienes y servicios necesarios el logro de sus fines⁵. En la medida

1 Doctor en derecho, Universidad Panthéon - Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: ZÁRATE, ANÍBAL, "Editorial", *Revista digital de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2021, pp. 3-8. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n25.01>.

2 OCDE, *OCDE Competition Trends 2020*, 26 de febrero de 2020, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/OECD-Competition-Trends-2020.pdf> [consultado el 10 de septiembre de 2020].

3 Para una definición de la corrupción como conductas que son contrarias al interés general, véase CAROLINA ISAZA, "El fracaso de la lucha anticorrupción en Colombia", *Revista Ópera*, n.º 11, 2011, p. 221.

4 En África, esa prevalencia es de un 42%; en Europa, del 36,6%; en Asia, del 34,6%; en Oceanía, del 29,6%; y en Norteamérica, de un 26,5%. Informe OCDE, óp. cit., p. 46, gráfica 2.19.

5 OCDE, *The Size of Government Procurement Markets*, 2011, disponible en: <http://www.oecd.org/newsroom/archives/1845927.pdf>; OCDE, *Competition and Procurement*, 2011, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48315205.pdf> [consultados el 10 de septiembre de 2020]. Sin embargo, otros estudios revelan que "entre los países miembros de

en que las compras públicas son un instrumento para el funcionamiento del aparato estatal y la prestación de servicios que son vitales para el crecimiento económico y el bienestar social, las distorsiones creadas por la colusión en estos mercados incrementan los costos y reducen la calidad y la cantidad de servicios, infraestructuras y equipamientos públicos, castigando a quienes dependen de estos, en particular a las personas de menores ingresos. De ese modo, la colusión participa al deterioro de la legitimidad y eficacia de los gobiernos.

Como ocurre en general con otros *hardcore cartels*, la detección y sanción de la colusión en materia de compras públicas no es una tarea fácil. A su carácter oculto, es posible añadir que la colusión se manifiesta a través de elaborados esquemas, como ocurre con la presentación de ofertas simbólicas o complementarias, que buscan simular un escenario de puja entre proponentes, de modo que será, por lo general, a través de pruebas indiciarias que deberán ser consideradas en conjunto, que las autoridades competentes podrán sancionar a sus partícipes. Esto contribuye a mermar el poder de disuasión de los regímenes de competencia, en la medida en que quienes coluden tomarán en consideración tanto el monto de la sanción como la probabilidad de ser detectado y efectivamente sancionado. Conscientes de esta situación, algunos gobiernos han optado por fortalecer los equipos encargados de detectar estas conductas al interior de autoridades de competencia⁶. Aunque existe un grupo de trabajo dedicado a la detección de acuerdos y prácticas colusorias, en Colombia aún persiste una fuerte debilidad institucional que afecta la aplicación y capacidad de disuasión de las normas de competencia. La ausencia de una independencia técnica y de especialización en asuntos de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) son factores que inciden sobre su capacidad de respuesta⁷.

la OCDE las compras públicas tienen un promedio del 30,47% del total de los gastos de sus gobiernos, y en el caso de Colombia, la participación ha mostrado un alza al constituirse en un 32,8% del PIB en 2008 y alcanzar un 35,67% en 2015 (OCDE, 2015), alcanzando para 2019 una cifra aproximada de 87 billones de pesos". ÉDGAR GÁLVEZ y ÉDGAR QUIÑO-NEZ, *Mipymes y compras públicas en Colombia*, Bogotá: ACOPI - FAEDPYME, disponible en: <https://acopi.org.co/Mipymes-y-compras-p%C3%BAblicas-en-colombia.pdf> [consultado el 1.º de septiembre de 2020].

- 6 Es el caso en Estados Unidos, donde luego de que se descubriera que cinco compañías surcoreanas coludieron en la contratación de suministro de gasolina a bases militares estadounidenses, se creó el pasado 18 de noviembre de 2019 una fuerza especial anticolusión en compras públicas dentro de la División de competencia del Departamento de Justicia.
- 7 Es algo en lo que hemos insistido y que además se pone de presente en múltiples documentos de la OCDE: "Colombia: Assessment of Competition Law and Policy", 2016, p. 65; "Colombia: políticas prioritarias para un desarrollo inclusivo", enero de 2015, pp. 7 y 48, disponible en: <https://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>. Cfr. GABRIEL IBARRA PARDO, "Crónica de una nulidad anunciada", *Asuntos Legales*, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/>

En 2011 se buscó disuadir la colusión a través de la tipificación de los acuerdos restrictivos que se presenten en los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso de méritos, con penas de prisión entre 6 y 12 años, inhabilidad para contratar con el Estado por 8 años y multa de 200 a 1.000 smmlv⁸. Sin embargo, la inclusión de la colusión entre los delitos contra la Administración pública generó cuestionamientos entorno a si se tutelan bienes jurídicos diferentes a los que protegen las demás conductas contrarias a la libre competencia⁹. En la práctica esto determinó que, mientras que para los jueces penales basta con la alteración ilícita del procedimiento contractual, en aras de garantizar la moralidad administrativa y la integridad de los recursos públicos, el análisis de la conducta restrictiva que hace la SIC se centra en si el acuerdo tiene por objeto la colusión en licitaciones o concursos, o como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas¹⁰. Este disonancia en la aplicación de las normas penales y de competencia resta además eficacia a la figura de la delación consagrada en el artículo 14 de la Ley de competencia¹¹, en la medida en que, si un oferente que participa en un acuerdo o práctica colusoria delata a sus copartícipes, antes estaba solo expuesto a la multa de la autoridad de competencia. Con la inclusión del tipo penal, si uno de los oferentes que coluden es el primero en delatar a los otros, este podría quedar exonerado de la sanción administrativa, pero en el campo penal únicamente le rebajarían la pena en una tercera parte, un 40% del monto de la multa y, en todo caso, quedaría inhabilitado para contratar con el Estado por 5 años¹².

Los gobiernos de la región también enfrentan retos para combatir la colusión y otras formas de corrupción en la contratación pública, que derivan

gabriel-ibarra-pardo-558821/cronica-de-una-nulidad-anunciada-3009601 [consultados el 2 de septiembre de 2020].

- 8 El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). Esta disposición incluye el artículo 410A de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).
- 9 Según el artículo 3 de Ley 1340 de 2009, son propósitos de las actuaciones administrativas en competencia: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Véase INGRID ORTIZ, DEISY GALVIS y CARMEN LIGIA VALDERRAMA, "Libre competencia y corrupción: el caso de la colusión en licitaciones públicas", en *Corrupción en Colombia. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, t. 4, p. 597. Quienes además encuentran que el problema en la lucha contra la colusión es que todos los mecanismos abordan el problema cuando ya la ilicitud ha tenido lugar, esto es, cuando ya se ha vulnerado el bien jurídico protegido. Esta prevención pasa necesariamente por el estudio de las reglas de la contratación estatal.
- 10 DEISY GALVIS, "La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas", *Universitas*, n.º 132, 2016, pp. 149 y ss.
- 11 Ley 1340 del 24 de julio de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.
- 12 Parágrafo, artículo 27, Estatuto anticorrupción (artículo 410A, Código Penal).

de la manera en que están estructurados los sistemas de compras públicas y la capacidad de los gobiernos nacionales y locales para planificar y llevar a cabo sus procesos de contratación. En sus procesos de contratación, las entidades compradoras deberán adelantar una serie de etapas, de conformidad con la modalidad de selección que corresponda a cada proceso que adelanten, y bajo las reglas y principios que regulan dicha intervención como consumidor de bienes y servicios. Ahora bien, el incumplimiento o alcance equivocado dado a unas normas puede comprometer la aplicación de otras. Es la hipótesis de la imposición de una determinada forma jurídica o de requisitos habilitantes que no son adecuados o proporcionales al objeto del contrato, caso en que se establecen barreras injustificadas a la libre competencia o, por ejemplo, cuando se exige una aplicación irrestricta del principio de transparencia que puede facilitar una concertación entre oferentes¹³. La dicotomía entre los sistemas de competencia y las normas de la contratación pública no es el único reto para los países de América Latina y el Caribe, siendo necesario estudiar mecanismos alternativos para enfrentar el fenómeno de la colusión desde la contratación pública¹⁴.

Siguiendo este enfoque, son varias las propuestas de organismos supranacionales, muchos de los cuales condicionan fuentes de financiación de nuestras Administraciones, para incorporar mejores prácticas encaminadas a propiciar la competencia en las compras estatales y asegurar que haya una asignación más eficiente de los recursos públicos. Es posible citar las estrategias tendientes a asegurar enfoques procompetitivos al momento de estructurar los procesos, incluido el uso de estándares basados en desempeños internacionales y no solo locales¹⁵; así como el estudio cuidadoso del mercado como elemento central para fortalecer los procesos de compras públicas, promover el respeto por las reglas de competencia y una reducción de las barreras de ingreso a los mercados de las compras públicas para nuevos oferentes¹⁶. En una misma dirección, se recomienda la profesionalización de los servidores públicos encargados de la

13 DEISY GALVIS, "La colusión como una práctica restrictiva...", óp. cit. p. 169; pues permite que las empresas alineen sus estrategias con mayor facilidad al controlar el cumplimiento del acuerdo y detectar y castigar cualquier alejamiento a los términos convenidos.

14 El Estatuto General de la Contratación Pública establece, por ejemplo, que la celebración de pactos o acuerdos prohibidos da lugar a la declaratoria de caducidad del contrato (artículo 5.5.2 de la Ley 80 de 1993), con la inhabilidad que está prevista en el literal c, numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

15 Es posible consultar TANJA GOODWIN y MARTHA MARTINEZ LICETTI, *Transforming Markets Through Competition: New Developments and Recent Trends in Competition Advocacy*, World Bank Group, 2016, p. 52; Banco Mundial, *Curbing Fraud, Collusion, and Corruption in The Roads Sector*, n.º 1, 2011, p. 6, disponible en: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/975181468151765134/curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector> [consultado el 13 de septiembre de 2020].

16 ALBERT SÁNCHEZ GRAEL, "Prevention and Deterrence of Bid Rigging: A Look from the New EU Directive on Public Procurement", en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*,

contratación, incluidas las formaciones que les permitan detectar la colusión y malas prácticas, mejorar la interacción de las medidas de anticorrupción con las de competencia¹⁷, o incluso una mayor liberalización de las compras públicas¹⁸. Otros enfoques incluyen profundizar mecanismos de cooperación en la lucha contra carteles internacionales y un refuerzo de los instrumentos de lucha contra la corrupción y el soborno transnacional, inspirados en la ley estadounidense FCPA de 1977^[19], y que en el derecho colombiano llevó a la expedición de la Ley 1778 de 2016. Detrás de todas estas estrategias está la necesidad de un compromiso político para el fortalecimiento de los sistemas de compras públicas, la competencia y los esquemas de lucha contra la corrupción relacionados.

Las cifras sobre prácticas y acuerdos colusorios en la región del informe de la OCDE de 2020 son además muestras de la rápida capacidad de adaptación de los carteles, de manera que los esfuerzos de los gobiernos regionales para ajustar en los últimos años sus sistemas de compras públicas a estos estándares internacionales²⁰ deben ser también una tarea dinámica y constante. Es por esto que se propone en este número 25 de la revista una segunda entrega alrededor del tema de los contratos estatales. Desde las experiencias de distintos países de la región, España y Portugal, se discuten cuestiones relacionadas con la liberalización de bienes y servicios en el marco de acuerdos de libre comercio, la protección de datos en un contexto creciente de *e-procurement* o, incluso, el aporte de las consultas al mercado y la fase de planeación como instrumentos para asegurar una mayor eficacia e integridad en las compras públicas. Conviene también resaltar el estudio comparativo que se hace de las nulidades de

2014, p. 7; International Competition Network (ICN), *Anti-Cartel Enforcement Manual: Relationships Between Competition Agencies and Public Procurement Bodies*, 2015, pp. 37-38.

- 17 STEVEN L. SCHOONER y CHRISTOPHER R. YUKINS, "Public Procurement: Focus on People, Value for Money and Systemic Integrity, Not Protectionism", en *The Collapse of Global Trade, Murky Protectionism, and the Crisis: Recommendations for the G20*, 2009, pp. 87 y ss.
- 18 Se destaca, por ejemplo, el acuerdo plurilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en compras gubernamentales; véase ROBERT D. ANDERSON y ANNE CAROLINE MÜLLER, "The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development", *Geo. J. Int'l. L.*, n.º 48, 2017, p. 949.
- 19 Para una presentación de las aplicaciones de esta norma, incluida la multa por 3,5 billones de dólares a la empresa Odebrecht en 2016, véase KEVIN J. FANDL, "Fighting Corruption in Latin America with Multilateral Development Assistance", *U. Pa. J. Bus. L.*, n.º 21, 2019, p. 843.
- 20 En el caso colombiano se destaca la implementación de los códigos UNSPSC, utilizados en el comercio electrónico y a nivel internacional para identificar bienes y servicios; la creación de una agencia de compras públicas; la puesta en funcionamiento de plataformas transaccionales como el SECOP II, lo que implica un avance hacia sistemas de *e-procurement* y de mecanismos de agregación de la demanda como la Tienda Virtual del Estado colombiano. Estos desarrollos no solo representan nuevos retos, como por ejemplo en materia de protección de datos, sino que además hay que tener en cuenta que el acceso a nuevas tecnologías y la penetración de internet no es equitativa en todas las regiones del país.

los contratos estatales y en donde se pone de presente la dificultad que existe de cara a su identificación, así como la necesidad de una mejor comprensión de los elementos de validez de estos contratos.

Me complace anunciar que se incluyó en nuestra sección de notas y discusiones un artículo sobre contratación pública con los países miembros de la comunidad del Caribe (CARICOM), elaborado en creole o *kriol* de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, una de las dos lenguas criollas habladas por las comunidades raizales y afrodescendientes en Colombia. Como parte del reconocimiento de la diversidad etnolingüística del país y conscientes de los riesgos que enfrentan la gran mayoría de las lenguas que hacen parte del patrimonio inmaterial de los colombianos, queremos contribuir con este espacio académico a su conservación y difusión. Como diría en una de sus más conocidas citas la recién fallecida e inigualable jueza de la Corte Suprema de los Estados Unidos Ruth Bader Ginsburg, la famosa RBG, "promover una libertad activa no significa solo impedir que la mayoría pisotee a las minorías. Ello requiere tener especial cuidado en que todos los grupos tengan la oportunidad de participar plenamente en la sociedad y en los procesos políticos".

¡Una provechosa lectura!