

Colusión en licitaciones y concursos

El caso paradigmático para las entidades públicas*

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA¹
earchila@archilaabogados.com

CAMILO PABÓN ALMANZA²
paboncamilo@hotmail.com

RESUMEN

Con ocasión de la coyuntura relacionada con los denominados “carruseles de contratación” en Colombia y particularmente en el Distrito Capital, se ha generado un giro institucional importante para proteger los procesos de selección de contratistas. Así, desde el año 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio creó un grupo anti-colusión, dio inicio a más de 30 averiguaciones preliminares relacionadas con la conducta tipificada en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992. El Congreso de la República promulgó la Ley 1474 de 2011 para criminalizar los carteles en la contratación pública y, por ende, la Fiscalía General de la Nación entró como un actor institucional relevante para el reproche de esos comportamientos ilícitos, así como también se han generado iniciativas para dar “muerte jurídica” a quienes logren adjudicaciones de contratos públicos por vías ilícitas.

No obstante, poco se ha dicho sobre qué acción deben tomar los servidores públicos

de cara a sospechas de conductas colusorias, los riesgos que cada posible conducta les reporta y las condenas a las cuales se exponen años después.

El presente documento tiene por propósito analizar distintos escenarios en los que un servidor público se encontrará cuando advierta conductas anticompetitivas, enfocándonos en cuatro pronunciamientos del H. Consejo de Estado, resaltando también el entendimiento de los órganos de control sobre la materia.

Palabras clave: Libre competencia, Colusión, Licitación, Concursos, Selección objetiva, Responsabilidad del servidor público.

COLLUSIVE TENDERING

The paradigmatic case
for public entities

ABSTRACT

While some investigations are conducted on the so-called “procurement cartels” in Colombia, a major institutional shift has

been generated to protect public tenders. Thus, since 2009 the Superintendency of Industry and Commerce created an anti-collusion group, opened over 30 preliminary inquiries related to bid rigging, the Congress enacted Act 1474 of 2011 to criminalize cartels in public procurement and, therefore, the Attorney General's Office entered as a relevant institutional actor to prosecute such unlawful conduct.

However, little has been said about what action should public servants take when they suspect collusive behavior, the risks of their actions and the convictions that can be set out years later.

The purpose of this paper is to analyze different scenarios for a public servant facing anticompetitive conducts, focusing on four judgments of Colombia's Consejo de Estado, as well as addressing the Contraloría's and Procuraduría's opinions on the matter.

Keywords: Antitrust, Collusion, Bidding, Tender, Bid Rigging, Collusive Tendering, Responsibility of Public Servants.

INTRODUCCIÓN

¿Qué debe hacer un servidor público cuando advierta conductas anticompetitivas en un proceso de selección? Existen múltiples respuestas a esta pregunta, tales como rechazar las ofertas, declarar desierto el proceso o simplemente adjudicar el contrato sin hacer nada al respecto.

En Colombia –así como en otras partes del mundo– se ha desatado un fuerte giro institucional para combatir la colusión aprovechando el ímpetu y repudio contra los descubiertos “carruseles de contratación” en

nuestro país: desde el año 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio creó un grupo anti-colusión, dio inicio a más de 30 averiguaciones preliminares relacionadas con la conducta tipificada en el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992. El Congreso de la República promulgó la Ley 1474 de 2011 para criminalizar los carteles en la contratación pública y, por ende, la Fiscalía General de la Nación entró como un actor institucional relevante para el reproche de esos comportamientos ilícitos, así como también se han generado iniciativas para dar “muerte jurídica” a quienes logren adjudicaciones de contratos públicos por vías ilícitas³.

Sin embargo, no se ha hecho un análisis explícito sobre los casos –especialmente por fuera de la Superintendencia– que evidencian el caos e inseguridad jurídica en el entendimiento de las acciones que el gerente o director de una entidad pública puede adoptar, de cara a las conductas colusorias. Hay (por lo menos) cuatro comportamientos realizados por las entidades públicas de Colombia que han sido analizados por los órganos de control y por el H. Consejo de Estado, y asimismo hay (por lo menos) cuatro posturas diferentes sobre cómo debería proceder un servidor público.

El presente documento tiene por propósito presentar un grupo de argumentos independientes pero contrapuestos para, al final, mostrar qué es lo mejor que una entidad pública puede hacer cuando advierta conductas anticompetitivas en sus procesos de selección. A ese respecto, el escrito está dividido en los siguientes cuatro acápite: (i) la entidad pública y la libre competencia, en donde se esbozará el lugar de la libre competencia en la contratación estatal y el rol que cada entidad tiene para

garantizar la igualdad de oportunidades entre los proponentes; (ii) tipificación de la colusión en la contratación estatal, en donde se analizarán las posibles acciones que puede adoptar un funcionario y los riesgos a los cuales se expone en cada una, pudiendo ser responsables tanto la entidad como sus servidores; (iii) licitación IDU-05 de 1993, donde describiremos el "caso paradigmático", el escenario sin salida en el que se encontró el entonces director general de la entidad contratante y las consecuencias que tuvo que sufrir hasta 16 años después de haber tomado una decisión frente a un cartel anticompetitivo, y (iv) recomendaciones para mitigar los riesgos, como cierre del escrito para entender cómo debe proceder una entidad para mitigar los riesgos de colusión y cómo reaccionar cuando advierta esas conductas ilícitas.

1. LA ENTIDAD PÚBLICA Y LA LIBRE COMPETENCIA

Existe una vasta gama de cuerpos normativos que las entidades públicas cuando dan inicio a un proceso de selección de contratistas deben tener presentes normas de tipo presupuestal, disciplinario y del régimen contractual, así como también la normatividad relacionada con la protección de la libre competencia. Esta última se encuentra principalmente recogida en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, identificando un catálogo de conductas anticompetitivas y los sujetos que pueden ser reprochados por infringir las normas sobre protección de la competencia, así como por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar tales comportamientos anticompetitivos.

1.1 Objetivo de las entidades: comprar y vender inteligentemente

En un sinnúmero de instrumentos⁴ normativos, de política pública, o de "soft law" se ha pretendido apuntalar los parámetros de conducta de las entidades públicas cuando actúan como *comprador* (compras públicas) y como *vendedor* de productos (procesos de enajenación de bienes del Estado).

Lo anterior, por ser la contratación pública uno de los mayores instrumentos de ejecución presupuestal⁵, que hace relevante la siguiente pregunta: ¿cómo hacer para que las entidades y los funcionarios encargados de planear y ejecutar recursos públicos adquieran "los mejores bienes al mejor precio del mercado"? Eso mismo fue lo que el Congreso de la República se preguntó antes de expedir el estatuto de contratación estatal en 1993: "*Se hace de esta forma explícito que el propósito de los procedimientos de selección consiste en garantizar dicha igualdad, así como permitir que la administración escoja a quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de la finalidad de interés público que ella pretende alcanzar con la contratación, todo ello en un contexto de máxima eficiencia, transparencia, agilidad, oportunidad y, obviamente, de una estricta responsabilidad*"⁶ (destacado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, la Ley 80 de 1993 se afianzó con la promulgación de la Ley 1150 de 2007 para que las entidades "compraran inteligentemente"⁷, así como también se han creado entidades encargadas específicamente de generar políticas y directrices que permitan optimizar los recursos del Estado (v.gr. la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente—⁸).

Los precitados esfuerzos crearon la siguiente secuencia lógica: una entidad debe (i) conseguir "la propuesta más favorable"; (ii) a través de los "procesos de selección objetiva"⁹; (iii) *garantizando* condiciones de transparencia, economía, libre competencia, igualdad y responsabilidad¹⁰.

Estos tres puntos enmarcan toda la actuación de los servidores públicos y limitan fuertemente su discrecionalidad¹¹, siendo un imperativo categórico observarlos y asegurar su desarrollo.

1.2 La libre competencia en la contratación estatal

En línea con lo anterior, esos procesos de selección objetiva son en esencia procesos competitivos, a los cuales están llamados a concurrir tantas empresas como existan en el mercado y así lograr obtener las mejores condiciones para la entidad contratante, partiendo de la premisa constitucional de que no hay mejor instrumento de asignación de recursos que el libre mercado¹².

Por tal razón, es importante que el Estado libre al mercado de distorsiones como las que ocurren cuando dos o más agentes económicos coluden en perjuicio de las entidades contratantes¹³. Para los procesos de contratación pública, la entidad contratante debe velar porque los proponentes puedan participar con igualdad de oportunidades¹⁴, sin barreras de entrada o de prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de su actividad económica¹⁵: "La jurisprudencia constitucional ha reconocido que *el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles pro-*

ponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración"¹⁶.

Llamamos la atención sobre la frase "garantiza la facultad de participar", por su fuerte contenido: La entidad contratante no solo debe velar, sino "garantizar" que todas las empresas que tengan el deseo de entrar a ser proponentes y puedan ofrecer sus bienes y servicios a la Administración, puedan hacerlo sin ningún obstáculo.

En efecto, el "núcleo esencial" del derecho a la libre competencia "consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas"¹⁷, relevando que la protección debe enfocarse en los oferentes (no en los consumidores ni en ninguna otra persona), para que puedan acceder y participar en las licitaciones y concursos, sin barreras injustificadas.

Para ejemplificar la relevancia de lo anterior, si existiera un acuerdo entre proponentes para ofertar con precios bajos y así ganarse la licitación, la entidad podría verse beneficiada, pero aun así sería un acuerdo reprochable en la medida en que la colusión estará afectando la igualdad de oportunidades de participar y ganar, de los demás oferentes.

Esto ha sido reforzado sistemáticamente en la jurisprudencia nacional¹⁸, en torno a que los oferentes deben contar con igualdad de oportunidades para acceder y participar en esos procesos de selección¹⁹, así como que en general deben respetarse las aspiraciones legítimas de toda persona (natural o jurídica) de acceder al mercado bajo las mismas oportunidades objetivas y razonables que cualquier otro sujeto²⁰.

En concordancia con nuestro razonamiento inicial, la Entidad contratante debe: (i) garantizar la libre competencia en los procesos de contratación; (ii) dando certeza

y seguridad²¹ –i.e. garantizando– a los proponentes sobre que el proceso de selección no tiene ni tendrá barreras de acceso y que podrán participar con igualdad de oportunidades; (iii) para así poder obtener, en condiciones objetivas y transparentes, “la propuesta más favorable”²².

1.3 ¿Cómo “garantizar” el principio de igualdad de oportunidades y de libre competencia?

La idea de que en los procesos competitivos, en especial de contratación estatal, se deba garantizar la igualdad de oportunidades no es novedosa. De hecho, desde el año 1976 la normatividad colombiana definió licitación como el “procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, *en igualdad de oportunidades, la que ofrezca mejores condiciones para contratar*”²³ (destacado fuera de texto).

La pregunta relevante será entonces: ¿cómo “asegura” y “garantiza” una entidad pública que se desarrolle una competencia con igualdad de oportunidades?

La respuesta será: (i) Diseñando un proceso y unos pliegos que no faciliten la coordinación entre los oferentes; (ii) Reprochando todo acuerdo o comportamiento anticompetitivo de los oferentes, que advierta en los procesos de contratación.

En la medida que la entidad falle en cualquiera de estos dos puntos, no estará “garantizando” la igualdad de oportunidades y –como ya lo han advertido varias Autoridades de Competencia alrededor del mundo– estará facilitando o incluso participando en las conductas anticompetitivas²⁴. Es relevante aclarar que garantizar la libre competencia en los procesos de contratación no es equivalente a garantizar pluralidad

de oferentes, en la medida que –como regla general– es posible adelantar un proceso con único oferente²⁵.

2. TIPIFICACIÓN DE LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Habiendo visto que la libre competencia es esencial en los procesos de selección de contratistas, pasamos ahora a determinar cuál es el marco normativo de las conductas colusorias.

2.1 En las normas de contratación estatal

2.1.1 Declarar desierto el proceso por colusión entre proponentes

Dentro de los estatutos de contratación que han existido en Colombia, particularmente en el Decreto-ley 222 de 1983 y el Acuerdo 06 de 1985 de Bogotá D.E., existió una de las disposiciones más interesantes –para nuestros propósitos–, relativa a los fraudes y acuerdos colusorios que pudieran ocurrir dentro del proceso de selección. Así, dentro de la autonomía territorial que entonces existía para regular esta materia, el Concejo Distrital mantuvo las cinco causales previstas por el Decreto-ley 222 de 1983²⁶, y adicionó la siguiente:

“Artículo 265. De cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos. La junta respectiva declarará desierta la licitación o el concurso de méritos: [...] 6. Cuando se descubran acuerdos o maniobras perjudiciales para la Administración por parte de los proponentes”.

Entonces, por primera vez aparecía en un estatuto de contratación pública expresa-

mente la prohibición de adjudicar un contrato que fuera el resultado de un acuerdo o maniobra fraudulenta o colusoria.

Más adelante, la Ley 80 de 1993 abandonaría la consagración taxativa de causales para declarar desierto el proceso y adoptó una fórmula general, así: "Artículo 25. [...] 18. *La declaratoria de desierto de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión*²⁷" (destacado fuera de texto), Sin embargo, en los pliegos de condiciones elaborados con posterioridad a la vigencia de la Ley 80 de 1993, algunas entidades continuaron incluyendo la causal de declaratoria de desierto a las maniobras o acuerdos de los proponentes perjudiciales para la Administración²⁸.

El texto que quedó en la Ley 80 de 1993 y la lectura que el H. Consejo de Estado ha dado a la posibilidad de declarar desierto un proceso, implica —en nuestro entendimiento— que debe existir una verdadera imposibilidad de escoger objetivamente para la entidad, pues de lo contrario no podrá declararlo desierto: "Los procedimientos administrativos de licitación están llamados, en principio, a culminar normalmente con el acto de adjudicación al participante que hizo la mejor propuesta; no obstante, *de manera excepcional, pueden presentarse hechos que impiden la selección objetiva del contratista*. Al respecto la Sala precisa que *no todos los hechos impositivos conducen a la declaratoria de desierto de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador*. La Administración *no está facultada para declarar desierto una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley*, lo cual también

permite afirmar que a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierto una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista²⁹" (destacado fuera de texto).

En definitiva, actualmente una entidad podrá declarar desierto un proceso por advertir colusión, pero probando cómo ese acuerdo impide/imposibilita que pueda haber una escogencia objetiva.

2.1.2 *Rechazar las ofertas de los proponentes coludidos*

Otra alternativa que tendrá una entidad será consagrar en los pliegos de condiciones de forma explícita que cuando un proponente se involucre o sea parte de un acuerdo anti-competitivo, sea en sí misma una causal de rechazo de su oferta³⁰.

En efecto, existen múltiples antecedentes registrados en la Superintendencia de Industria y Comercio en los que la entidad contratante (que siempre fue el Instituto de Desarrollo Urbano IDU de Bogotá D.C.) rechazó las propuestas de aquellos sujetos que se veían involucrados en las maniobras colusorias³¹. Esta opción, aun cuando es jurídicamente viable, representa un alto riesgo para la entidad y sus funcionarios, tal como se detallará en el caso que denominamos "paradigmático".

2.1.3 *Adjudicar el contrato, a pesar de sospechar colusión*

Uno de los principios que guía las actuaciones administrativas y específicamente los procesos de contratación pública es el de la Administración Compulsoria. A partir

de este principio, el Consejo de Estado ha indicado que “[...] la adopción de la decisión de no adjudicar una licitación, por parte de la autoridad competente en una determinada entidad estatal, sin fundamento alguno y por la sola voluntad de aquella, resultaría contraria a los principios consagrados en tales normas, y especialmente a los de economía y eficacia [...] la Administración, una vez ha iniciado el trámite licitatorio, debe acabarlo [...]”³².

Entonces, salvo que la entidad contratante tenga prueba concluyente sobre el acuerdo anticompetitivo, será necesario que adjudique el contrato a pesar de las sospechas que tengan a ese respecto. No obstante, desde los ojos de la Contraloría —como se detallará más adelante—, este proceder podría ser considerado como generador de un detrimento del erario, en la medida que la entidad estará adjudicando un contrato a sabiendas o con sospechas de que los precios están inflados, o de que alguna otra condición fue manipulada ilícitamente por los proponentes.

En definitiva, desde el marco normativo de contratación estatal, cuando la entidad advierta colusión en un proceso podrá optar por alguna de las siguientes opciones —con las aclaraciones antes hechas—: declarar desierto el proceso, rechazar a los proponentes coludidos o adjudicar el contrato a pesar de las sospechas de colusión.

2.2 En las normas de protección de la competencia

El Decreto 2153 de 1992, expedido como consecuencia de lo previsto en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991 (ARCHILA PEÑALOSA, 2010), reguló un catálogo de comportamientos que

serían considerados ilícitos, incluyendo el siguiente: “Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: [...] 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

A ese respecto, la entidad encargada como “Autoridad Nacional de la Competencia” es la Superintendencia de Industria y Comercio³³, que ha proferido un total de 16 decisiones (entre 1992 y 2009), dejando un compendio ilustrativo de cómo la Autoridad Nacional de la Competencia ve a las entidades públicas frente a esos comportamientos ilícitos (PABÓN ALMANZA, 2012).

Cuando esta Superintendencia encuentre violaciones al régimen de protección de la libre competencia, podrá imponer multas hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes (aproximadamente \$60.000.000.000 de pesos m/cte. o US\$30.000.000) al infractor, así como 2.000 salarios mínimos mensuales vigentes (aproximadamente \$1.200.000.000 de pesos m/cte. o US\$600.000) a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere esas conductas violatorias.

Para facilitar el entendimiento de lo anterior, resaltamos los siguientes elementos:

2.2.1 ¿En qué consiste la infracción?

La colusión en las licitaciones y concursos está definida como un acuerdo restrictivo de la competencia, en los siguientes términos:

(i) Es un "acuerdo", que se puede presentar como un contrato³⁴, convenio³⁵, concertación³⁶, una práctica concertada³⁷ o conscientemente paralela³⁸. La forma como se configura cada una de las cinco modalidades varía³⁹ y no siempre exige deliberación previa entre los sujetos miembros del cartel⁴⁰ (por lo cual pueden existir acuerdos tácitos reprochables también por el régimen de protección de la competencia).

(ii) Con estas conductas podrá verse afectada una entidad pública del sector central, del sector descentralizado, empresas de servicios públicos oficiales, empresas privadas o cualquier sujeto que abra una licitación o concurso para esos efectos.

(iii) No se exige que se verifique un resultado anticompetitivo. Nótese que este numeral 9 es el único en el catálogo del artículo 47 que dividió el supuesto de hecho respecto del reproche por objeto y el reproche por efecto⁴¹. En términos generales, el objeto "debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar un daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca"⁴². El efecto, "está supeditado a la producción de un resultado, en virtud del cual hay una modificación en el mundo exterior sin atender a que el agente hubiese tenido o no la intención de producirlo"⁴³. Entonces, será ilícita la mera existencia del acuerdo colusorio así no se haya producido ningún resultado en perjuicio del proceso de selección.

(iv) En algunas de sus decisiones, la Superintendencia ha entendido que la sanción "por objeto" solo puede darse en el marco de licitaciones o de concursos (es decir, no si se presenta en las demás modalidades de selección): "[...] dado que los hechos inves-

tigados se presentaron dentro del marco de una convocatoria directa, se considera que los mismos no serían susceptibles de adecuarse al objeto que proscribe la norma, en cuanto éste hace referencia específicamente a la colusión en 'licitaciones o concursos'⁴⁴. Esa lectura no ha sido consistente en las decisiones de la entidad, pero es relevante porque las normas sancionatorias son de interpretación restrictiva y estricta, y al no mencionar la "contratación directa" dentro de su texto (ni la selección abreviada, ni la contratación de mínima cuantía o las demás que surjan con posterioridad), según esa interpretación no le estaría permitido legalmente a la Superintendencia sancionar dichas conductas "por objeto", sin violar el artículo 29 de la Constitución Política.

(v) La Superintendencia ha explicitado en sus decisiones que ese numeral 9 del artículo 47 solo fue previsto para los procesos de contratación estatal⁴⁵ (i.e. excluyendo los procesos de naturaleza privada). No obstante, manifestamos nuestra disidencia en tanto que el numeral 9 del artículo 47 no distinguió si era aplicable a procesos de contratación pública o privada, por lo cual debe entenderse que es aplicable a ambos⁴⁶.

(vi) La Superintendencia también ha indicado que pueden existir acuerdos para no competir que, al armonizarse con las normas de contratación estatal, no serán reprochables: particularmente, existe un antecedente⁴⁷ en el que la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que la existencia de un acuerdo de dos sociedades para no presentarse como proponentes a las mismas licitaciones, con el propósito de cumplir con las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades⁴⁸, no es ilegal.

2.2.2 ¿Puede ser considerado como infractor... la entidad... sus funcionarios?

A nuestro juicio —y como la Superintendencia de Industria y Comercio lo ha expresado— un servidor público y la entidad contratante sí pueden ser reprochados por su participación, colaboración o facilitación de un cartel anticompetitivo.

De la lectura del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 se desprende que la conducta puede ser realizada por todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Lo anterior cobija a personas naturales y jurídicas, de derecho privado y de derecho público, con o sin ánimo de lucro⁴⁹, de manera indistinta.

2.2.2.1 Responsabilidad principal por conductas colusorias

De acuerdo con los artículos 2 y 25 de la Ley 1340 de 2009, será sancionado todo aquel que infrinja las normas de protección de la competencia, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Para los propósitos de este escrito, relievamos que ya existen antecedentes relacionados con reproches al mismo Estado por conductas anticompetitivas: (i) Se ha sancionado a empresas industriales y comerciales del Estado, como ocurrió con el caso de Satena⁵⁰. (ii) Se ha sancionado a sociedades de economía mixta por infracción a las normas de competencia, como ocurrió con el caso de Corabastos⁵¹. (iii) La Superintendencia ya ha advertido explícitamente que un servidor público en ejercicio de funciones públicas, incluyendo la participación de los servido-

res encargados de confeccionar los pliegos de condiciones, podrá ser responsable si colude con uno o varios proponentes⁵².

(iv) La Superintendencia ya ha reprochado el diseño de los procesos de selección a las entidades contratantes, atribuyendo a las coordinaciones de los proponentes a las fallencias en la estructuración de la licitación por la entidad⁵³.

En definitiva, resulta claro que la entidad contratante podrá ser sancionada en caso de que se compruebe que ha infringido las normas de protección de la libre competencia y ser sometida a las sanciones por cada violación y a cada infractor, hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor⁵⁴.

2.2.2.2 Responsabilidad derivada por conductas colusorias

En adición a la posible responsabilidad de la entidad contratante y los demás posibles infractores de las normas de competencia, habrá también una imputación de responsabilidad para todas las demás personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren dicha infracción.

Quiere decir lo anterior que si la entidad resultara responsable, es posible que se sancione al gerente o director de la misma, a los demás funcionarios que hubieran facilitado la conducta ilícita filtrando información o de cualquier forma promoviendo la colusión, a los miembros de consejo directivo que hubieran autorizado tal comportamiento, o para esos efectos, cualquier persona que hubiera tenido injerencia en la misma⁵⁵.

2.3 En las normas penales

Finalmente, en materia penal existe la posibilidad de infracción al artículo 27 de la Ley 1474 de 2011: "Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión [...]".

El tipo antes transcrito tiene sujeto activo indeterminado, lo cual implica que todas las personas naturales (incluyendo los servidores públicos) podrán ser procesadas por su infracción. Reiteramos⁵⁶ que, a nuestro juicio, no era necesario criminalizar esta conducta.

En definitiva, existen riesgos visibles para una entidad y para un servidor público frente a las conductas anticompetitivas, entre lo cual resaltamos la responsabilidad administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad fiscal, la responsabilidad penal, la responsabilidad patrimonial por posibles acciones de repetición y las acciones administrativas en contra de los actos que se profieran en curso de un proceso de selección.

3. LICITACIÓN IDU-05 DE 1993

El ejemplo en Colombia que evidencia por qué los anteriores riesgos no son hipotéticos ni descabellados, está en el que denominamos "el caso paradigmático" para las entidades públicas, en el que el director general de la entidad contratante quedó enmarcado en un escenario sin salida por los pronunciamientos de los entes de control y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

3.1 Presentación del caso: Licitación IDU-05 de 1993

A continuación se describe el caso para entender el caos jurídico al que el entonces director general del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C. –IDU– se vio expuesto en 1993 –momento de apertura de la licitación– y hasta el año 2009 –momento en que el Consejo de Estado lo condenó en una acción de repetición–.

3.1.1 El proceso de selección

En el mes de septiembre de 1993, el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– abrió una licitación pública No. 5 grupos 1 y 2 "para la construcción oreja y rampa surorientales intersección Avenida Boyacá por Avenida de las Américas; y construcción giros en U Avenida Américas, sector Avenida 68 Banderas". A esta licitación se presentaron tres personas naturales (AUGUSTO MORENO MURCIA, EDGAR ALFONSO PARRADO y RAFAEL HUMBERTO JIMÉNEZ URREGO).

Luego de haber recibido las ofertas, así como de haber efectuado la evaluación correspondiente, el Comité Asesor del IDU recomendó adjudicar el contrato, teniendo en cuenta que para el grupo 1 AUGUSTO MORENO MURCIA había resultado como mejor proponente, y para el grupo 2 lo había sido EDGAR ALFONSO PARRADO. Así, el señor RAFAEL HUMBERTO JIMÉNEZ URREGO era el único de los tres que no había resultado adjudicatario.

Ya dentro de la audiencia pública de adjudicación, en el mes de octubre de 1993, uno de los tres proponentes (RAFAEL HUMBERTO JIMÉNEZ URREGO) denunció en que los otros dos lo habían invitado a elevar los precios de las propuestas.

En vista de lo anterior, el IDU suspendió la audiencia indicando que "la acusación que se acaba de conocer debe estudiarse y merece todo el respeto. Sin embargo no puede considerarse como una condena pues aún no existen las pruebas, ni se ha oído a la otra parte. [...] es evidente que ante una acusación tan seria existe la posibilidad de que previo análisis, el Director se aparte de la recomendación del Comité Asesor. En consecuencia, suspende para este efecto la audiencia y la reanuda en próxima oportunidad [...]."

Posteriormente, mediante resolución n.º 425 del 8 de noviembre de 1993, el director del IDU declaró desierto la licitación teniendo como sustento principal la denuncia de dicho proponente e invocando "inconveniencia para la entidad", según lo previsto por el Código Fiscal de Bogotá D.E. (art. 265 del acuerdo 6 de 1985⁵⁷): "RAFAEL HUMBERTO JIMÉNEZ, denunció a los doctores AUGUSTO MORENO MURCIA y EDGAR ALFONSO PARRADO, de haberlo convidado a distorsionar y elevar los precios de las obras de la invitación pública n.º 5 Grupos 1 y 2 [...] con el fin de repartirse el mayor valor sobre las mismas [...] la denuncia ha creado una situación objetiva que hace inconveniente que el IDU adjudique la invitación n.º 5 grupos 1 y 2 [...] de acuerdo a las propuestas presentadas, toda vez que se ponen en duda los procesos de la misma, lo cual atenta contra el principio de transparencia que rige las actuaciones contractuales del Instituto" destacado fuera de texto).

3.1.2 Las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho⁵⁸

En marzo de 1994, cada uno de los otros dos proponentes que habían sido calificados como ganadores para los respectivos

grupos demandaron la resolución del IDU que declaró desierto el proceso, solicitando la nulidad y el restablecimiento del derecho (a ser adjudicatario del contrato estatal).

El IDU esgrimió la defensa de la "selección objetiva", en el sentido de que no podía elegir objetivamente y con seguridad de estar obteniendo las propuestas más favorables, cuando estaba de por medio una denuncia de colusión que obstaculizaba tal decisión. Por lo tanto, era la legislación la que le ordenaba declarar desierto el proceso por la imposibilidad e inconveniencia de elegir objetivamente la mejor oferta.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de los demandantes, indicando que la entidad sí podía hacer uso de la facultad para declarar desierto el proceso "máxime cuando existía duda razonable, en virtud de lo afirmado en la audiencia pública de adjudicación respecto a la diferencia de precios ofrecidos en anterior licitación, cercana en el tiempo, para la misma obra por parte del otro oferente comprendido por la denuncia formulada" (destacado fuera de texto). Así entonces, la entidad había procedido sin vulnerar la buena fe que se presumía de los oferentes, teniendo en cuenta la existencia de una "duda razonable" sobre colusión para inflar los precios de las ofertas.

En vista de lo anterior, los demandantes apelaron la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, reprochando que "la Administración Pública no verificó el chisme del licitante frustrado, antes de proceder a la declaratoria de desierto de la licitación [...] utilizo el término chisme, puesto que no puede considerarse como denuncia, la cual requiere de una conducta valiente, decorosa y formal. Y si una denuncia formal tampoco puede enervar un proceso

de licitación, mucho menos un chisme. Sería un precedente desastroso el que se atendiera este tipo de artimañas"⁵⁹.

En sede de apelación, el H. Consejo de Estado concedió la razón a los demandantes, revocando la decisión del Tribunal e indicando que "no bastaba que la administración considerara que las propuestas resultaban inconvenientes, puesto que aquí se hallaba en frente de un concepto indeterminado por la ley. *No le era suficiente considerar que la denuncia presentada ponía en duda el proceso de la invitación, sino que era su deber para llegar a tal conclusión y poder tomar la determinación de declarar desierto el proceso licitatorio, que realizara previamente la verificación de las denuncias hechas y el examen exhaustivo de las propuestas, que le permitieran concluir que, en efecto, los precios de las ofertas se encontraban en la situación denunciada*, para determinar el concepto en el caso concreto, debió probar los hechos que tornaban la propuesta inconveniente [...] *ese fue el error en el que incurrió la entidad demandada, como quiera que debió agotar ese procedimiento a fin de justificar de manera razonada y objetiva la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio, puesto que si bien la administración pública tiene el deber de llevar a cabo la selección de sus contratistas de manera transparente y equitativa, las supuestas maniobras para preparar las propuestas que fueron insinuadas y que llevaron a que no se adjudicara el contrato, debieron ser constatadas para confirmar o descartar su ocurrencia. [...] Tenía, pues, la administración la carga de verificar la configuración de los hechos denunciados"* (destacado fuera de texto).

En consecuencia, declaró la nulidad de la resolución demandada del IDU y la condenó al pago de perjuicios ocasionados a los dos proponentes, quienes tenían el derecho a ser adjudicatarios en la mencionada licitación.

3.1.3 El hallazgo fiscal de la Contraloría⁶⁰

Con ocasión de las precitadas condenas que sufrió el IDU, la Contraloría de Bogotá D.C. presentó un hallazgo fiscal y posteriormente inició un proceso de responsabilidad fiscal contra el ex director general del IDU, LUIS FERNANDO DE GUZMÁN MORA.

El 26 de mayo de 2005, la Contraloría Distrital (proceso n.º 50100-126/04) ordenó el archivo de las actuaciones, porque "[...] consideró que dicho detrimento no fue consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa por parte del Director del IDU de esa época. [...] *el señor DE GUZMÁN hubiera incurrido en alguna de esas conductas en caso de haber adjudicado los contratos, vulnerando los principios de transparencia y moralidad pública, puesto que la denuncia formulada por uno de los proponentes generó una duda razonable sobre la idoneidad de las ofertas; que el pago efectuado fue producto de la actividad de la Administración, en la que sobresalió la buena fe del Director del IDU, quien con la decisión que adoptó no quiso actuar contrario a derecho"*.

El 13 de enero de 2006, se inició nuevamente juicio fiscal contra el señor Luis Fernando de Guzmán, en el que se declaró su responsabilidad. No obstante, el 22 de junio siguiente, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá revocó dicha decisión, con fundamento en la existencia del proceso adelantado en acción de repetición y, en todo caso, consideró que la conducta del señor de Guzmán no fue dolosa ni gravemente culposa.

3.1.4 La acción de repetición

Como consecuencia de las condenas proferidas por el H. Consejo de Estado contra

la entidad contratante, el día 20 de octubre de 2003 se adoptó la decisión de iniciar la acción de repetición en contra de quien entonces fuera el director general de la entidad, LUIS FERNANDO DE GUZMÁN MORA.

Consta en el acta del comité de conciliación de esa entidad⁶¹, que el Consejo de Estado "revocó las sentencias dictadas por el Tribunal de Cundinamarca sosteniendo que la entidad incurrió en error al no agotar un procedimiento a fin de justificar de manera razonada y objetiva la decisión de declarar desierto el proceso licitatorio, [...] *al IDU no le era suficiente considerar que la denuncia presentada ponía en duda el procedimiento de la invitación, sino que era su deber para llegar a tal conclusión y poder tomar la determinación de declarar desierto el proceso licitatorio, que realizará previamente la verificación de las denuncias hechas y el examen exhaustivo de las propuestas, que le permitieran concluir que en efecto, los precios de las ofertas se encontraban en la situación denunciada; para determinar el concepto en el caso concreto, debió probar los hechos que tomaban la propuesta inconveniente. [...] La señora Directora General, señala que ante las conclusiones del Consejo de Estado, se hace necesario la iniciación de Acción de Repetición [...]*" (destacado fuera de texto).

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

En febrero de 2009, el H. Consejo de Estado⁶² confirmó la decisión del Tribunal, indicando lo siguiente (por su relevancia, transcribimos unos acápites a continuación): "En la oportunidad para que los proponentes

realizaran observaciones, el señor Rafael Jiménez Urrego, participante cuya oferta se descartó durante el proceso de evaluación, *afirmó que antes de la apertura del proceso licitatorio, los otros dos oferentes le propusieron hacer una rifa para que dos de los participantes presentaran sus ofertas con los precios considerablemente elevados con el objeto de que se eligiera aquella que tuviera los menores precios, y que se repartirían un porcentaje para que todos salieran ganando.* Dijo además que rechazó dicha proposición y destacó que la propuesta por él presentada se ajustó a los precios establecidos en el SISE. [...] *La Sala no se explica por qué el Director del IDU no le exigió al señor Jiménez constancia de la denuncia de tales hechos, si los conocía con anterioridad.* Se cuestiona igualmente el hecho de que demandado no le pidiera explicaciones al señor JIMÉNEZ, sobre las razones que lo llevaron a realizar tales afirmaciones en la audiencia pública de adjudicación, luego de conocer los resultados de la evaluación de las propuestas, cuando sabía de los mismos desde antes de que presentaran las propuestas. [...] *No obstante lo anterior, el demandado no adelantó ninguna averiguación, ni efectuó el análisis comparativo de las propuestas durante el tiempo comprendido entre la audiencia de adjudicación y la expedición del acto administrativo.* Se observa además que, durante ese lapso, los proponentes denunciados rechazaron categóricamente la denuncia del señor Jiménez, con fundamento en la comparación de las tres propuestas presentadas y los precios establecidos en el SISE, ejercicio del cual se advierte claramente que los precios por ellos ofrecidos se enmarcaban dentro del rango permitido, mientras que los propuestos por el señor Jiménez se encontraban por debajo del marco establecido. [...] *el Director del IDU, sin adelantar investigación alguna, sin reunirse con el Comité Asesor y sin ni*

siquiera revisar las ofertas para compararlas con los precios SISE, expidió la Resolución 425 del 8 de noviembre de 1993, por la cual declaró desierto el proceso licitatorio. *La omisión del Director del IDU, consistente en no efectuar un procedimiento previo para verificar la verdad real de los hechos, tal como lo había manifestado en la audiencia pública de adjudicación, muestra que el Agente del Estado actuó contra su propio acto, en trasgresión al principio constitucional de la buena fe, que protege la confianza que los particulares han depositado al deber de coherencia en el actuar del funcionario, quien tiene la carga de respetar y someterse a una situación creada anteriormente por su propia conducta.* La Sala advierte que la conducta del demandado no solo vulneró el principio de buena fe, sino que trasgredió además otros principios que rigen la función pública, puesto que no tuvo en cuenta el derecho fundamental al debido proceso que gobierna las actuaciones administrativas, pues hizo caso omiso de las afirmaciones de los proponentes denunciados que encontraron sustento en pruebas que hicieron llegar al director oportunamente, ni investigó si la denuncia correspondía a la realidad, y mucho menos comparó los precios de las propuestas con aquellos contenidos en la relación de precios del SISE, desvalorando el trabajo efectuado por el Comité Asesor que se encargó de evaluar las propuestas desde el punto de vista legal y técnico económico. *La Sala no se explica cómo el Director del IDU le dio credibilidad a la denuncia formulada sin pruebas que respaldaran tal afirmación, y tampoco entiende que de ese hecho el demandado hubiera deducido la inconveniencia de TODAS las propuestas, sin revisar si quiera los precios. [...] La Sala considera que las anteriores razones son suficientes para deducir que el demandado incurrió en un error inexcusable frente al desconocimiento total de las normas y principios Constitucio-*

nales y legales que regían el procedimiento de selección, y especialmente frente a la falta de estudio, sustento probatorio y motivación durante dicho procedimiento. El material probatorio muestra que el demandado no atendió las peticiones de los proponentes denunciados ni verificó la veracidad de la denuncia, *conducta imprudente y descuidada que configura en este caso la culpa grave"* destacado fuera de texto).

El reproche de los honorables magistrados es claro: la declaratoria de desierta afecta los derechos de los proponentes a participar y a ser adjudicatarios, por lo cual debe respetarse el debido proceso para llegar a esa decisión que termina el proceso de selección. A su vez, de lo anterior se desprende la siguiente inquietud: ¿si la Autoridad Nacional de Competencia, con todos los recursos y entrenamiento que tiene en la actualidad se demora meses o años adelantando una investigación para probar la existencia de una conducta colusoria, qué tan realista es que el director de una entidad lo pueda hacer en los días que tenga mientras dura la licitación, antes de adjudicar?

Entonces, exigir una prueba concluyente sobre la colusión al director de una entidad es jurídicamente correcto, pero en la práctica no será lo más viable. Por lo tanto, a la luz de estas rígidas exigencias probatorias del H. Consejo de Estado, la declaratoria de desierta por colusión estará por fuera de la mesa para la entidad, pues incluso teniendo la confesión de uno de los miembros del cartel (como aquí ocurrió) no será suficiente.

3.1.5 El concepto de la Procuraduría General de la Nación

En el marco de las precitadas actuaciones, el Ministerio Público consideró que "la de-

cisión de las autoridades Distritales fue precipitada y careció de fundamento objetivo, porque no se daban los supuestos de hecho para decidir la inconveniencia de la adjudicación del contrato", razón por la cual con la resolución n.º 425 del 8 de noviembre de 1993 "incurrió en violación del debido proceso al declarar de plano desierto el proceso de selección, ya que se impidió al proponente afectado la posibilidad de defender su derecho y demostrar su inocencia".

Este concepto de la Procuraduría General de la Nación refuerza la idea de que la declaratoria de desierto por colusión o, para esos efectos, cualquier decisión que afecte los derechos a participar y a ser adjudicatario, debe ser descartada.

3.2 Entonces, ¿condenarían al director de la entidad de una u otra forma?

La conclusión que naturalmente se desprende de todo lo que ocurrió alrededor de la licitación pública IDU 05 de 1993, incluyendo los pronunciamientos de los órganos de control y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es que cualquier acción que la entidad contratante adelante *motu proprio* es realmente riesgosa:

(i) Si decide adjudicar el contrato, a pesar de las sospechas de colusión, podrá estar generando un detrimento patrimonial para la entidad (y por ende incurriendo en responsabilidad fiscal), porque no está haciendo nada a pesar de conocer que los precios están inflados, o que algunas variables de los productos han sido alterados. Entonces, no será lo más recomendable.

(ii) Si por el contrario, decide declarar desierto el proceso pero sin tener una prueba concluyente sobre el acuerdo colusorio

y cómo ello impide elegir objetivamente, se expone a futuras condenas para la entidad y para sus funcionarios (en acción de repetición).

(iii) Si opta entonces por continuar con el proceso, pero rechazando solo a los proponentes que están coludidos, podrá ser una decisión precipitada y carente de fundamento objetivo mientras no esté probada la existencia del acuerdo y su alcance. Lo anterior, porque como se vio, pueden existir acuerdos para no-competir que no son ilegales, precisamente porque se celebran para cumplir con la ley (de contratación estatal)⁶³.

Entonces, como hasta aquí se ha analizado, la valerosa conducta que en algún momento adoptó el IDU para rechazar proponentes coludidos, o incluso de declarar desierto el proceso, queda descartado, pero también queda descartado adjudicar... ¿qué debe hacer entonces un servidor público para que 16 años después de tomar la decisión no sea condenado a pagar por el daño antijurídico que causó a los proponentes?

4. RECOMENDACIONES PARA MITIGAR LOS RIESGOS

Es claro que la entidad y sus funcionarios pueden ser reprochados por ser parte de un cartel, o por participar, facilitar, colaborar o tolerar su existencia sin hacer nada. También es claro que el reproche no solo provendrá de las normas de protección de la competencia, sino de todos los demás regímenes diseñados para regular su actividad y cuidar los recursos públicos.

Igualmente, reiteramos que a la luz de la jurisprudencia nacional es claro –y es nuestro planteamiento inicial– que la entidad contratante debe: (i) *garantizar* la libre com-

petencia en los procesos de contratación; (ii) dando certeza y seguridad⁶⁴ –i.e. garantizando– a los proponentes que el proceso de selección no tiene ni tendrá barreras de acceso y que podrán participar con igualdad de oportunidades; (iii) para así poder obtener, en condiciones objetivas y transparentes, “la propuesta más favorable”⁶⁵.

Para garantizar la libre competencia, debe: (i) diseñar un proceso y unos pliegos que no faciliten la coordinación entre los oferentes; (ii) reprochar todo acuerdo o comportamiento anticompetitivo de los oferentes, que advierta en los procesos de contratación.

4.1 No facilitar la coordinación ni colusión

Uno de los puntos que es reforzado para las entidades es: “No homologuen las condiciones de los pliegos, pues facilitarán la coordinación y la colusión entre las empresas oferentes⁶⁶”. Entonces, ¿tener unos ‘pliegos estándar’ es el problema, o al menos parte de este?

No consideramos que eso sea cierto: la homologación de pliegos de condiciones será perjudicial para fomentar la competencia, solo en la medida en que eso haga predecible el resultado del proceso de selección. No obstante, si la homologación consiste en que todos los pliegos tengan herramientas que mitiguen los efectos de un cartel, tales como mecanismos aleatorios para determinar la forma como se asignará puntuación a la oferta económica, no se hace predecible el resultado, por lo cual no facilita (sino por el contrario dificulta) la colusión.

Un ejemplo de lo anterior está en homogeneizar que todos los pliegos de condiciones tengan un mecanismo aleatorio para determinar la forma de asignar puntaje

a la oferta económica, tal que solo hasta el final se sepa si se utilizará la “mínima”, la “media geométrica”, la “media aritmética” o cualquier otra fórmula para determinar la oferta económica con mayor puntaje⁶⁷. En la actualidad, la Superintendencia ya sancionó un caso de colusión “por efecto”, en donde el cartel obtuvo el resultado deseado a pesar de dicho mecanismo aleatorio⁶⁸, pero lo cierto es que estos mecanismos dificultan la coordinación y la producción de efectos que saboteen el proceso de selección. Entonces, el problema no está en estandarizar, sino que lo que debe asegurarse es que la estandarización cree incertidumbre respecto de los resultados del proceso.

Por otra parte, debe tenerse en mente que puede reprocharse la conducta de toda la entidad, por no “garantizar” un proceso en condiciones de libre competencia, por filtrar información o por participar directamente en el esquema colusorio. Por lo tanto, las entidades deberán adoptar todas las medidas –y dejar registrado cómo lo hacen– para garantizar un ambiente con pocos riesgos de distorsión de la competencia, incluyendo instrucción para sus funcionarios al respecto.

En relación con las formas de descubrir y denunciar la colusión, en los casos registrados en la Superintendencia la iniciativa fue casi siempre de la entidad contratante. No obstante, también hay un antecedente en Colombia en el cual se descubrió la colusión gracias al ambiente de ‘vigilancia natural’ –en el que las empresas miembros del cartel se sienten observadas no solo por la entidad, sino particularmente por sus competidores⁶⁹. Por lo tanto, la entidad debe ser receptiva a las denuncias de colusión que hagan otros proponentes, pero claro, sin incurrir en el error de darles plena credibilidad –que le

puede costar una demanda como la explicada en el "caso paradigmático"– ni promover el abuso del derecho que tienen los proponentes para formular dichas observaciones, al punto que se utilice como mecanismo de sabotaje y ataque injustificado a otros competidores.

4.2 ¡No haga nada por su cuenta!

Teniendo como especial ejemplo a todos los pronunciamientos oficiales derivados de la "licitación IDU 05 de 1993", la conclusión es: ¡No hagan nada por su cuenta! Si adjudica o si rechaza propuestas, o si declara desierto el proceso, estará exponiéndose a serios riesgos de futuras condenas.

Existe un concepto del H. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil⁷⁰, que da la respuesta a cómo deben proceder la entidad y sus servidores cuando adviertan una posible colusión, del cual destacamos lo siguiente: "El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor FABIO VALENCIA COSSIO, formula a la Sala una consulta acerca de [...] la conducta a seguir por la entidad contratante al advertir los casos de posible conflicto interno o presunta mala fe de alguno de los proponentes. [...] revisada tanto la Ley 1150 de 2007 como la Ley 80 de 1993, estatuto de la contratación pública, se constata que ni el artículo 4º de éste, que enumera los derechos y deberes de las entidades estatales, ni el artículo 29, sobre el principio de responsabilidad, y las demás normas de dicho estatuto que otorgan atribuciones a las entidades contratantes, les confieren competencia para dirimir conflictos expresos o tácitos entre proponentes en un proceso de contratación. Este mandato delimita claramente el quehacer del funcionario responsable del proceso quien debe centrarse en evitar las desviaciones y abusos de poder, lo cual impide involucrarse

en los eventuales conflictos que se susciten entre los proponentes. [...] es oportuno señalar que de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución, la buena fe se presume en todas las gestiones que adelanten los particulares ante las autoridades públicas, y el artículo 5º numeral 2º de la Ley 80 de 1993 dispone que es deber de los contratistas, de manera general, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramamientos.

[...] si el responsable del proceso advierte que existe un indicio que haga sospechar intenciones fraudulentas, es su deber legal comunicarlo a las autoridades competentes (Fiscalía General de la Nación, Procuraduría General de la Nación o Contraloría General de la República) a fin de que éstas, en cumplimiento del respectivo mandato constitucional y legal, realicen las investigaciones pertinentes. Si de estas investigaciones 'se demuestra que el acto (de adjudicación) se obtuvo por medios ilegales, éste podrá ser revocado' de conformidad con el artículo 9 de la ley 1150 de 2007" (destacado fuera de texto)

CONCLUSIÓN

En los casos relacionados con la colusión en los procesos de contratación estatal que se han registrado en Colombia, particularmente en la Superintendencia de Industria y Comercio, pero también en la Contraloría Distrital de Bogotá D.C., en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el H. Consejo de Estado, se han evidenciado varios tipos de comportamientos de las entidades contratantes y sus funcionarios frente a esos acuerdos anticompetitivos.

Por ensayo y error, algunos funcionarios han sido sancionados y condenados por adoptar conductas que no resultan acertadas frente a los carteles anticompetitivos.

Hoy, en definitiva, cualquier funcionario que reconozca o advierta en el proceso de selección maniobras fraudulentas, acuerdos colusorios o sistemas anticompetitivos de parte de los oferentes (o inclusive entre los oferentes y otros servidores de la misma entidad), deberá continuar con el proceso sin adoptar ninguna acción *motu proprio* y adjudicar el contrato como si nada más estuviera ocurriendo. No obstante, de manera simultánea deberá documentar todo lo que observe y poner en conocimiento de las autoridades competentes para que investiguen lo ocurrido, de forma que si al cabo de esas investigaciones resulta que sí existió colusión, pueda revocarse el acto de adjudicación y en todo caso perseguir la nulidad del contrato estatal⁷¹.

Es deseable que todas esas autoridades competentes se esfuercen menos en revisar cómo endurecer las sanciones a los miembros de los carteles y se enfoquen más en ayudar a los servidores públicos que tienen a cargo esos procesos de contratación —de forma gratuita o cobrando tasas por sus servicios⁷²— para el entendimiento de los carteles, el alcance de las conductas anticompetitivas y los riesgos que cada comportamiento significa para el ordenador del gasto, para el director general de la entidad contratante y en general para todos los servidores públicos de la entidad.

BIBLIOGRAFÍA

"Gobierno busca muerte jurídica de personas y empresas que sobornan para ganar licitaciones". Disponible en <http://www.rcnradio.com/noticias/gobierno-busca-muerte-juridica-de-personas-y-empresas-que-sobornan-para-ganar-licitaciones#ixzz2A2P8nPzj>.

ARCHILA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ. "¿Era necesaria

la criminalización de los acuerdos colusorios?", en *Revista Contexto*, n.º 37. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2012.

ARCHILA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ. "Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el régimen de protección de la competencia", en *Revista Contexto*, n.º 32. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "Garantía".

Documento CONPES 3186 del 31 de julio de 2002.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "Estadísticas", en Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D.C. (diciembre de 2010). *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*. Bogotá D.C., 2010.

PABÓN ALMANZA, CAMILO. *La libertad de competencia en los procesos de selección objetiva*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. "Prosperidad Para Todos".

Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Cartillas de Contratación Estatal*. Bogotá: Imprenta Distrital, 2010.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*. Bogotá D.C., diciembre de 2010.

* Fecha de recepción: 22 de octubre de 2012. Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2012.

1 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Magíster en Jurisprudencia Comparada School of Law New York University. Actualmente es el Director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y socio de la firma Archila Abogados.

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, se ha desempeñado como asesor jurídico en temas del Derecho de consumo para gestiones

- en la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– y como contratista de la Subdirección General Jurídica del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU. Actualmente trabaja en la firma Archila Abogados. Agradecimientos especiales a los esfuerzos de MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA para combatir la colusión en el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– durante los años 2010-2011, incluyendo la resolución 2794 de 2011 y otros documentos elaborados con ese propósito.
- 3 “Gobierno busca muerte jurídica de personas y empresas que sobornan para ganar licitaciones”. Disponible en <http://www.rcnradio.com/noticias/gobierno-busca-muerte-juridica-de-personas-y-empresas-que-sobornan-para-ganar-licitaciones#ixzz2A2P8nPzj>.
 - 4 Las compras públicas tienen un peso específico sobre el PIB que oscila entre el 14% y el 16% de éste.
Generar competitividad derivada del buen uso de los recursos públicos es uno de los propósitos de gobiernos como el de JUAN MANUEL SANTOS (Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. “Prosperidad Para Todos”; Cfr. Documento CONPES 3186 del 31 de julio de 2002; Estadísticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), citado en Superintendencia de Industria y Comercio, 2010).
 - 5 Cfr. Congreso de la República. Exposición de Motivos. Ley 1150 de 2007.
 - 6 Vid. Congreso de la República. Exposición de Motivos. Ley 80 de 1993.
 - 7 En ese sentido, el propósito de la expedición de la Ley 1150 de 2007 fue forzar al Estado a ‘comprar inteligentemente’. (Cfr. Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2010).
 - 8 Decreto 4170 de 2011 “Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-”.
 - 9 H. Corte Constitucional Sentencia C-400 de 1999.
 - 10 “[...] la selección de los contratistas debe edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración”. H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C.P.: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767) Cfr. Ley 80 de 1993 título II.
 - 11 “Con el objetivo de limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garantizan la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir. En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa.” H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. C.P.: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1995-0867-01(17767).
 - 12 “[...] la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. *La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados*” (destacado fuera de texto) Cfr. H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá D.C., Veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-24-000-2001-00364-01. H. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997 M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 - 13 “[...] la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventual-

- les abusos de posiciones dominantes que produzcan *distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado*" (destacado fuera de texto) Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010 M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- 14 H. Corte Constitucional. Sentencia SU-1193 de 2000.
- 15 H. Corte Constitucional Sentencia C-537 de 2010.
- 16 H. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009.
- 17 H. Corte Constitucional Sentencias C-228 de 2010 y C-537 de 2010.
- 18 Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencia SU-1193 de 2000.
- 19 Que no es lo mismo a "igualdad de condiciones", por cuanto lo importante es que la opción/opportunidad de ingreso esté igualmente abierta a todos sin discriminaciones injustificadas, no que las condiciones de todas las empresas deban ser idénticas al momento de entrar al mercado.
- 20 Cfr. H. Corte Constitucional. Sentencias T-624 de 1995, SU-182 de 1998.
- 21 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "Garantía".
- 22 H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil seis (2006) Radicación número: 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576).
- 23 Cfr. Decreto-ley 150 de 1976 Artículo 19.
- 24 Véanse por ejemplo el caso de "Venta de medicinas para diabetes" en MOLDAVIA (2010), en donde dos empresas se presentaban con precios idénticos a los procesos de la Agencia de Medicina de Moldavia, coludiendo porque en los pliegos para participar, se permitía que hubiera una adjudicación parcial en caso de empate en los precios. Por lo tanto, en caso de que dos empresas tuvieran el mismo valor de la oferta, se quedarían con el 50% de la licitación (diseño que fue reprochado por la autoridad de competencia de ese país) (Cfr. PABÓN ALMANZA, Ob. cit.: 230 y ss.).
- 25 "La declaración de desierta de la licitación o concurso: Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formula-
- do a ese imperativo en cuanto que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse *un solo proponente* que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, esta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio o de concurso, que, a todas luces, no se complace con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas" (Vid. Congreso de la República. Exposición de Motivos. Ley 80 de 1993).
- 26 "Decreto-ley 222 de 1983. artículo 42. *De cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos* - El jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:
1. Cuando no se presente el número de mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.
 2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos previstos en este estatuto o en sus normas reglamentarias.
 3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.
 4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso.
 5. Cuando a su juicio, las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la entidad contratante".
- Adicionalmente, en el artículo 258 especificó otra causal para los concursos de méritos.
- 27 La Exposición de Motivos da cuenta de la razón para dejar esta norma tan abierta: "La declaración de desierta de la licitación o concurso. Como un corolario de la eliminación del requisito de la concurrencia obligatoria de propuestas en los procedimientos de selección, el proyecto suprime la obligación de declarar desierta la licitación o concurso por esa causa, pues ha sido justificada y, por lo demás, reiterada la crítica que de tiempo atrás se ha formulado a ese imperativo en cuanto que por definición el proceso de selección debe adelantarse en forma absolutamente transparente

y, por consiguiente, con plenas garantías de información y publicidad que aseguren la igualdad de oportunidades, resultando por ello carente de toda justificación que en el evento de presentarse un solo proponente que de acuerdo con el criterio de selección objetiva reúna los requisitos y cumpla las condiciones exigidas por la entidad pública contratante, esta deba abstenerse de contratar con dicho proponente por no haber habido concurrencia, viéndose de esa manera abocada a la necesidad de realizar un nuevo proceso licitatorio o de concurso, que, a todas luces, no se compadece con los criterios de agilidad, eficiencia y oportunidad que deben predominar en las actuaciones administrativas.

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

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en orden a evitar que se presente la necesidad de tal declaración, y dentro del propósito de asegurar una selección objetiva y garantizar la igualdad de oportunidades, el numeral 5 del artículo 24 impone una regla de conducta a las autoridades en virtud de la cual en la elaboración de los pliegos de condiciones, términos de referencia o cualquier otra clase de cuadernos de requisitos, deben quedar definidas en forma clara y completa las reglas de juego del concurso de tal manera que se dé cabal cumplimiento a los mencionados objetivos, todo lo cual implica que en la ejecución de dicha tarea las autoridades deben obrar con la máxima diligencia" (Vid. Congreso de la República. Exposición de Motivos. Ley 80 de 1993).

- 28 Cfr. H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004). Radicación número 25000 23 26 000 10041 01 (15.235). C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE.
- 29 Cfr. H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C.P.: (E): MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432).
- 30 Cfr. Decreto 734 de 2012 Artículo 2.2.3 numeral 3
- 31 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 1 de septiembre de 2004 (Caso: Consorcio Implementación Técnica y Consorcio Computadores 2002); Resolución del 28 de junio de 2002 (Caso: Construcciones El Condor S.A. y Mario Alberto Huertas Cote); Resolución del 30 de septiembre de 2003 (Caso: Consorcio CYM, Suárez y Silva Ltda., Constructora Solanos Ltda., y otros); Resolución del 31 de agosto de 2004 (Caso: Consorcio Vargas Velandia 032 y Unión Temporal Ingenorte), entre otros (Cfr. PABÓN ALMANZA, 2012).
- 32 H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-1992-8376-01(13683).
- 33 Ley 1340 de 2009 artículo 6.
- 34 "[...] la convención es genérica y el contrato específico, de manera que todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato. En este sentido, se considera a la convención como el acto jurídico bilateral donde los intereses de las partes son paralelos o convergentes a un fin común, al paso que el contrato sería el acto jurídico bilateral donde esos intereses son contrapuestos" (Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 26 de febrero de 2002).
- 35 "Sobre este particular, ha expresado la doctrina que, 'no hay dificultad de interpretación en cuanto al significado del término *convenios*, por cuanto equivale a la noción de *contrato* [...]" (Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 15 de marzo de 2002 y del 22 de mayo de 2002).
- 36 "No es un término legalmente definido. En tal razón es necesario considerar su sentido natural y obvio. Según el diccionario de la lengua española, *concertación* significa "traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes. Pactar". "[...] el resultado es consecuencia de la *sumatoria de actos unipersonales complejos*, donde las manifestaciones de voluntad se realizan en concurso, *encontrando convergencia y unificación* de voluntades individuales. Como cuando se agrupan voluntades individuales bajo el concurso de un cuerpo colegiado que en sí representa una voluntad única" (Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 20 de diciembre de 1999, del 05 de abril de 2000, del 02 de noviembre de 2000, del 29 de enero de 2001 y del 26 de febrero de

- 2002).
- 37 “[...]un primer elemento que debió tratarse fue la diferencia conceptual entre las ‘prácticas concertadas’ y los ‘acuerdos’ entre competidores. En esta ocasión, la Superintendencia sostuvo que, si bien *ambas prácticas requieren un intercambio de consentimientos de las empresas en ejecutar la práctica, las prácticas concertadas requieren, además, la ejecución material de lo acordado*” (Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 15 de marzo de 2002 y 22 de mayo de 2002. Citando a Procompetencia).
- 38 “La práctica paralela es aquella compuesta por actos que *se ejecutan en un lapso de tiempo determinado*. La *reiteración* de los actos en el tiempo conlleva a una *unidad de propósito* por parte del infractor. Para que pueda hablarse de práctica se hace necesario que un acto se repita reiteradamente en el tiempo, es decir, que la conducta no se ejecute en un solo acto” (Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 20 de diciembre de 1999 y 10 de mayo de 2000).
- 39 Al respecto, la Superintendencia expresó que “así, las fuentes del acuerdo están conformadas por cualquiera de estas cinco figuras” (Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 20 de diciembre de 1999 y 05 de abril de 2000).
- 40 “Si fuese necesario una *deliberación previa* en todas las formas de acuerdo, simplemente sobraría la figura del paralelismo consciente pues se estaría *siempre ante un contrato o convención*, lo cual no es lógico, ya que como dijéramos antes, cada forma de acuerdo es diferente y tiene vida propia” (Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 22 de mayo de 2002).
- 41 Los otros nueve numerales de ese artículo 47 guardan la misma redacción: “Los que tengan por objeto o tengan como efecto [...].” Por el contrario, este numeral noveno tiene un supuesto de hecho para el objeto y otro distinto para el efecto: “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”.
- 42 Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 21 de marzo de 2001, 22 de junio de 2001, 15 de marzo de 2002, 04 de junio de 2002, 06 de agosto de 2002.
- 43 Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 20 de marzo de 2002, del 15 de mayo de 2002.
- 44 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 18 de julio de 2003, pg. 13.
- 45 Por ejemplo, ver Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 30 de septiembre de 2002. Resolución del 19 de enero de 2009.
- 46 H. Corte Constitucional Sentencia T-637 de 2006. H. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp. 2001-0003 (2463).
- 47 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 9 de abril de 2003 (Caso: Soca Ltda., Ferretería Forero S.A., Pintuco S.A., y otros).
- 48 Particularmente se analizó el literal h del artículo 8 de la Ley 80 de 1993: “Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso”.
- 49 A modo de ejemplo, las siguientes asociaciones han sido investigadas –y en algunos casos sancionadas– por incurrir en conductas anticompetitivas (como facilitadores para prácticas como intercambio de información –i.e. de forma pasiva–, o como instigadores y partícipes de la conducta –i.e. de forma activa–). En orden alfabético: Acemi, Alaico, Andarios, Asobancaria, Asocaña, Corporación Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, Lonja de Propiedad Raíz de Cali y Valle del Cauca, Procaña.
- 50 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 11 de febrero de 2002.
- 51 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 21 de marzo de 2001.
- 52 “[...] con la prohibición contenida en el número 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, *se pretende evitar que ese pliego de condiciones o término de referencia se dirija de manera amañada a favorecer un aspirante específico [...]* lo que reprocha y sanciona la norma referida es que exista un *acuerdo entre funcionarios de la administración y particulares [...]* la configuración del efecto que se analiza *presupone la participación de funcionarios de la administración que tengan a su cargo definir las condiciones y términos con que habrá de convocar a los particulares para que presenten sus correspondientes ofertas*” (Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 28 de diciembre de 2001).
- 53 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 28 de agosto de 2006.
- 54 “Por violación de cualquiera de las disposiciones

- sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".
- 55 Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones del 20 de diciembre de 1999, 05 de abril de 2000, 20 de diciembre de 1999, 27 de marzo de 2000, 20 de diciembre de 1999, 10 de mayo de 2000, 02 de noviembre de 2000, 29 de enero de 2001, del 15 de marzo de 2002, 22 de mayo de 2002.
- 56 Cfr. ARCHILA PEÑALOSA (2012), PABON ALMANZA (Ob. cit.: 347 y ss.).
- 57 "Artículo 265. De cuando se declara desierta la licitación o concurso de méritos. La junta respectiva declarará desierta la licitación o el concurso de méritos:
1. Cuando no se presente el número mínimo de participantes que se haya determinado en el pliego o invitación.
 2. Cuando el procedimiento se hubiere adelantado con pretermisión de alguno de los requisitos sustanciales para la licitación.
 3. Cuando ninguna de las propuestas se ajustare al pliego de condiciones o a la invitación.
 4. Cuando se hubiere violado la reserva de las mismas y antes del cierre de la licitación o concurso.
 5. Cuando a su juicio las diferentes propuestas se consideren inconvenientes para la administración.
 6. Cuando se descubran acuerdos o maniobras perjudiciales para la Administración por parte de los proponentes".
- 58 Expedientes 14.107 y 14.462.
- 59 H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P.: RICARDO HOYOS DUQUE, Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-9729-01(14107).
- 60 Rad. 50100-126/04.
- 61 Actas 044 y 045 de 2003.
- 62 H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativa Sección Tercera C.P.: RAMIRO SA-
AVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02608-01(30329).
- 63 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución del 9 de abril de 2003 (Caso: Soca Ltda., Ferretería Forero S.A., Pintuco S.A., y otros).
- 64 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: "Garantía".
- 65 H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Bogotá D.C., primero (1) de marzo de dos mil seis (2006) Radicación número: 66001-23-31-000-1992-01919-01(14576).
- 66 En efecto, Fernando Cardesa (embajador de la Unión Europea) manifestó en el "I Congreso Internacional de Derecho de la Competencia" lo siguiente: "Si siempre pido los mismos estándares, no debería sorprenderme que obtenga lo mismo".
- 67 Cfr. Instituto de Desarrollo Urbano IDU Resolución 2794 de 2011 sobre la Prevención del Daño Antijurídico, incluyendo la prevención de conductas colusorias en esa entidad.
- 68 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio Resoluciones del 16 de noviembre de 2011 y del 5 de enero de 2012.
- 69 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio Resoluciones del 24 de agosto de 2010 y del 16 de noviembre de 2011.
- 70 Rad. 1932. 3 de diciembre de 2008.
- 71 Por ser nulos los actos administrativos que fundamentan el contrato (Ley 80 de 1993 artículo 44).
- 72 Por ejemplo: "Artículo 78. *Tasas en servicios de información de la Superintendencia de Industria y Comercio.* La Superintendencia de Industria y Comercio podrá cobrar a su favor, en los casos en los que considere conveniente, tasas por los servicios de instrucción, formación, enseñanza o divulgación que preste en los temas relacionados con consumidor, propiedad industrial y protección a la competencia. Para estos efectos, la Entidad podrá fijar la tarifa correspondiente a la recuperación de los costos de los servicios que preste a los usuarios interesados. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional fijará la tasa de acuerdo con los siguientes sistemas y métodos:
- a) La tasa incluirá el valor de los servicios prestados teniendo en cuenta los costos de los servicios de instrucción, formación, enseñanza y divulgación" (Ley 1480 de 2011).

