

VI.
**LA COLUSIÓN EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL
Y LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA: RETOS DEL NUEVO
SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS
EN COLOMBIA**

LEONARDO ACEVEDO VALENCIA
Leonardo_av1@hotmail.com

Resumen. El sistema de compras públicas enfrenta cambios normativos desde sus aspectos fundamentales, que pretenden modificar la esencia misma de los procedimientos de selección hacia un sistema de abastecimiento de estirpe más económica y de mercado. Esta dinámica, a su vez, se desarrolla de cara a las problemáticas que siempre ha enfrentado las relaciones surgidas en la contratación estatal, pero que difícilmente han podido ser superadas. Una de estas es la colusión, entendida como el acuerdo logrado entre dos o más personas en detrimento de un tercero. Dado que se trata de una figura que afecta el mercado y la competencia, su reglamentación se ha circunscrito a las disposiciones de estas especialidades jurídicas, desatendiéndose la aplicación de las normas especiales del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (EGCAP), que pueden utilizarse para evitar y contrarrestar los efectos nocivos de este tipo de acuerdos ilegales.

Palabras clave. Colusión, sistema de compras públicas, caducidad, mecanismos, procesos de selección, oferta.

1. Introducción

Los análisis académicos y técnicos sobre la contratación estatal en Colombia, que pretenden proporcionar alternativas para enfrentar los problemas que sufre la sociedad en la materia, parecen insuficientes ante los incontables eventos de Corrupción registrados a lo largo de la geografía nacional. La constante preocupación será encontrar las estrategias concretas para contener o evitar las prácticas que generan este nocivo fenómeno. Una de las conductas más recurrentes que genera escenarios de corrupción es el acuerdo entre dos o más personas en detrimento de los intereses del Estado, esto es, el fenómeno de la colusión.

El presente análisis comprenderá una breve revisión de la normatividad que regula la protección de la competencia, así como las funciones que deben

ejercer los servidores públicos encargados de la estructuración y dirección de los procesos de selección, y las actividades a su cargo, durante la ejecución del contrato estatal que incide en la protección de los intereses del Estado como consumidor. Por lo tanto, resulta necesario realizar un análisis sobre i) la normatividad en materia de defensa de la competencia que regula esta realidad en el país y su relación con las disposiciones aplicables a la contratación estatal en Colombia; así mismo, revisar ii) las normas especiales en materia de competencia creadas por la ley y el reglamento dentro del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones que lo complementan, analizando su suficiencia frente a los objetivos que persigue, así como iii) un estudio con perspectiva crítica del alcance práctico de las diferentes actuaciones que pueden adelantar los servidores públicos con el fin de evitar la materialización de prácticas colusorias que afecten el mercado de las compras públicas en consideración de los diferentes aspectos diferenciadores del sector propio al que acude el Estado para la satisfacción de sus necesidades, y, por último, iv) el análisis de determinados cursos de acción que podrían adoptarse con el fin de mejorar el control de las conductas que afectan la competencia en los procesos de selección de contratista.

El proyecto de reforma al sistema de compras públicas que pretende reemplazar al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, labor que deberá tener en cuenta la asignación de la competencia privativa atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, para conocer de las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia que asignó Ley 1340 de 2009, produce en la práctica una limitación para el adecuado control y prevención frente a la ocurrencia de tales afrentas al mercado de las compras públicas, en razón a la insuficiente capacidad humana y técnica del ente de supervisión, inspección y vigilancia para atender las irregularidades presentadas en todo el territorio nacional.

El estudio de los aspectos señalados plantea más inquietudes de las respuestas que podrían obtenerse, en razón a la complejidad de las diferentes

situaciones que usualmente se presentan, así como por la reducida capacidad institucional para el adecuado control de la problemática. Así, surgen innumerables dudas que merecen un serio estudio académico como ¿cuáles son las acciones concretas que pueden adelantarse para impedir la celebración de acuerdos específicos entre los oferentes en un proceso de selección de contratista, orientadas a la adjudicación del contrato en favor de uno de los proponentes en detrimento de los intereses públicos y los derechos de los demás participantes? ¿Cómo puede identificarse la conducta colusoria entre las diferentes actuaciones que se presentan típicamente en un proceso de selección de contratista? ¿Es posible, a la luz del ordenamiento colombiano, detener un proceso de selección de contratista ante el riesgo de producción de los efectos del acuerdo colusorio? Si ello es así, ¿Cuál es el trámite (administrativo o judicial) que debe adelantarse y quien está legitimado para promoverlo y qué entidad (además de la Superintendencia de Industria y Comercio) es competente para decidir e imponer las sanciones correspondientes? ¿Existe la posibilidad de cuestionar la legalidad del negocio jurídico estatal si se demuestra que se celebró como resultado de la materialización de un acto de colusión? ¿La presencia del acuerdo colusorio limita efectivamente la posibilidad de las entidades públicas de contar con un mayor número de ofertas para evaluar? Estas y otras inquietudes que nacen en virtud del análisis de las conductas que afectan la competencia en el mercado de compras públicas, deben ser estudiadas con óptica académica, pero con el firme propósito de presentar alternativas para mejorar la gestión de la administración pública. Pese a lo anterior, se estima conducente agrupar estas inquietudes en una única pregunta problema que permita el análisis de estas problemáticas, o en su defecto, definir el curso de acción para su análisis posterior.

En este contexto, se encuentra pertinente definir el problema de investigación de la siguiente forma ¿Cuáles son las acciones concretas definidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, EGCAP, para evitar y contrarrestar la producción de conductas colusorias en los procesos de contratación estatal?

El desarrollo de este sistema de compras estatal supone unas dinámicas especiales en el mercado, dada la interrelación *sui generis* que existe entre sus participantes, el segmento de la economía al que se acude, así como en cuanto a su identificación, calidad e interacción de los agentes que concurren para la presentación de las diferentes ofertas que participarán en el trámite para la selección de la mejor opción. En este contexto, se pretenden identificar con suficiencia las acciones concretas establecidas por la ley para evitar – no solo combatir o contrarrestar- las prácticas colusorias que restringen la competencia en el sistema de compras públicas, las cuales deben considerar las características especiales de los diferentes sistemas de abastecimiento establecidos para la satisfacción de las necesidades de las entidades públicas.

Punto aparte merece la consideración sobre la ocurrencia de estas prácticas restrictivas de la competencia en los regímenes exceptuados que se aplican en una gran proporción en el sector público, como quiera que por disposición legal existen entidades a las que se les ha permitido la aplicación de procedimientos especiales para la adquisición de sus bienes y servicios, y que, por lo tanto, no son destinatarios de las normas legales y reglamentarias que componen el Estatuto General de Contratación Pública. Esta realidad hace que en la práctica se evidencie la coexistencia de un régimen público con diferentes regímenes privados para la satisfacción de necesidades del Estado cuya satisfacción, pese a que se deben satisfacer con recursos públicos, permite la interacción de diferentes personas naturales y jurídicas en procesos de selección como oferentes en el mercado, sin el sometimiento a las reglas a las que están sometidas la mayoría de entidades estatales. Es pertinente aclarar que este análisis deberá abordarse en otra oportunidad, como quiera que es el interés del autor concentrarse en los procesos de abastecimiento cobijados por el Estatuto de Contratación Pública y el borrador del proyecto de ley diseñado por la Agencia para la Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que pretende reemplazarlo.

Adicionalmente, es necesario aclarar que el presente análisis no se centrará en ponderar el concepto mismo de la colusión, ni su ocurrencia en

los procesos de contratación estatal, como tampoco el estudio de los efectos que causa este reprochable fenómeno, como quiera que la literatura nacional y extranjera ya se han preocupado por estudiar el fenómeno desde los citados ámbitos. Lo anterior, no obsta para recordar datos puntuales cuya precisión ayuda a dimensionar la importancia de la problemática.

El sistema de compras públicas en un Estado representa la mayor importancia para sociedad de que se trate, en la medida en que puede servir como herramienta idónea para i) satisfacer los fines del aparato estatal, así como ii) servir de herramienta para involucrar a los particulares en el adecuado funcionamiento de la gestión pública, al paso que sirve de mecanismo para la redistribución del ingreso entre los asociados. Por ello, la manera en que se elaboran, profieren y aplican las normas que lo regulan, debe caracterizarse por su imparcialidad, alto contenido ético y técnico, y la creación de un aparato estatal robusto que cuente con los mecanismos suficientes para poner en práctica sus disposiciones y lograr sus cometidos. Fundamento de esta importancia, es la participación que la contratación estatal tiene en el producto interno bruto de una nación. Piénsese por ejemplo que a través del mercado de las compras públicas se afecta más del 25% del producto interno bruto en Colombia (OECD, 2010). Esta participación es más reducida en otros países, pero no por ello deja de ser considerable. A título de ejemplo, en Francia la afectación de la contratación estatal en el PIB supera el 10 %. (Moore, 2012)

2. El marco legal y reglamentario aplicable a las conductas colusorias en el mercado de compras públicas en Colombia

El origen de la consagración legal de la colusión como práctica restrictiva de la competencia en Colombia puede remontarse hasta el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, cuyo texto original fue modificado por el 1° del Decreto 3307 de 1963, al prohibirse

(---) los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (Decreto 3307 de 1963 [con fuerza de ley]. Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios. Diciembre 30 de 1963. DO. N° 31265)

La norma citada, debe aplicarse en concordancia con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que enuncia las conductas que pueden considerarse como restrictivas de la competencia, indicando en su numeral 9 que constituyen este tipo de acciones “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”, definiendo en concreto el campo de acción de la figura bajo estudio.

Adicionalmente, la Ley 1340 de 2009, por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, establece el procedimiento administrativo que debe seguirse a fin de declarar las responsabilidades frente a la ocurrencia de conductas que restrinjan la libre competencia, como la colusión, asignando la competencia privativa a la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantarlas. Así mismo, estableció un régimen de beneficios para incentivar a aquellos involucrados en estas prácticas a delatar a otros intervinientes a cambio de la obtención de beneficios como la exención en la imposición de la sanción o una disminución de ella, dependiendo de la “de la calidad y utilidad de la información que se suministre” (Numeral 2°, artículo 4° de la Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. DO. N°47420)

En este sentido, y teniendo en cuenta que las conductas señaladas en las normas citadas pueden lograrse con el fin de producir un daño a un tercero

(colusión), resulta claro que sus efectos se producen tanto en los mercados privados como en los públicos, creados en razón de la apertura y conclusión de los procesos de selección de contratista adelantados por las entidades públicas para la satisfacción de sus necesidades. Se afirma que en el caso de la contratación pública, el mercado se “crea”, en razón de las características que lo estructuran, cada vez que una institución estatal manifiesta su interés de convocar al público a presentar ofertas para la venta de bienes o la prestación de servicios que deberían satisfacer sus necesidades. (Ossa, 2014)

En este punto, resulta relevante revisar las características que rodean el mercado que crea el Estado en cada oportunidad en que convoca al público con el fin de satisfacer adecuadamente las necesidades que ha identificado, cuyo bienestar permite el logro de los fines esenciales del Estado definidos en la Constitución. El mercado de las compras públicas es un espacio *sui generis*, como quiera que depende de las especiales condiciones del bien o servicio identificado en la fase de planeación de la etapa precontractual, así como por la forma en que se garantice la publicidad de la convocatoria, como del número de ofertas que se hayan presentado y que reúnan las condiciones mínimas para ser consideradas para la etapa de evaluación; adicionalmente, el presupuesto oficial establecido por la entidad puede limitar el deseo de ciertos actores de participar o no en el proceso de selección correspondiente. Por último, la consideración sobre el alcance de los fines sociales del Estado incide en los criterios que el Estado consumidor valora para la selección objetiva de la oferta más favorable para el cumplimiento de sus cometidos.

Ahora bien, el análisis de las normas que regulan la colusión tanto en las normas de protección de la competencia, como en las normas que rigen la contratación estatal, es pertinente indicar que en las reglas específicas que regulan los procedimientos establecidos para el perfeccionamiento, ejecución y liquidación de los contratos estatales, las disposiciones que permiten la identificación y prevención de la ocurrencia de conductas colusorias no se han diseñado mediante una técnica legislativa sistemática que permita maximizar su eficacia, en especial, por la ausencia de una definición legal específica, así

como por la omisión en el diseño de procedimientos claros y la asignación de competencias específicas a las autoridades públicas.

En primer término, es necesario afirmar que la Ley 80 de 1993 no se preocupó por regular de manera suficiente los escenarios relacionados con la configuración de acuerdos celebrados entre los oferentes en un proceso de contratación, en detrimento de los intereses estatales; en consecuencia, no estableció herramientas y procedimientos concretos para el efecto, dejando así desarmada a la Administración Pública para combatir este fenómeno.

Las figuras reguladas por la Ley 80 de 1993 relacionadas con la colusión se limitan a: i) la regulación en el régimen de inhabilidades de la prohibición de presentar ofertas en un mismo proceso de contratación por parte de cónyuges o compañeros permanentes, o familiares y personas dentro de determinados grados de consanguinidad y afinidad, así como por personas jurídicas cuyos socios o representantes legales se encuentren relacionados por los mismos lazos personales o de sanguinidad o afinidad; ii) la facultad para declarar desierto el proceso de licitación cuando se advierta la violación del principio de selección objetiva; iii) el deber de repetir contra los servidores públicos, oferentes y/o terceros intervinientes que con sus conductas hayan ocasionado perjuicios como consecuencia de la actividad contractual; iv) la declaratoria de caducidad del contrato por la ocurrencia de pactos o acuerdos prohibidos; y vi) la consagración de un régimen de responsabilidad genérico sobre los servidores públicos que hayan actuado de manera negligente en la estructuración de los documentos previos cuando su contenido oscuro o deficiente cause efectos que alteren el proceso de contratación, así como para los contratistas que hubieren formulado ofertas con precios artificialmente bajos con el fin de lograr la adjudicación del contrato.

Pese a lo anterior, se estima pertinente señalar los cursos de acción específicos que a la luz del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, EGCAP, pueden adelantarse con el fin de evitar o contrarrestar las conductas relacionadas con la colusión en los procesos de contratación

pública. Para ello, se relacionarán y comentarán los mecanismos establecidos en la ley para evitar la colusión, así como las medidas o herramientas jurídicas que se pueden utilizar para corregir los efectos de las prácticas colusorias una vez perfeccionadas.

3. Mecanismos establecidos en el EGCAP para evitar las prácticas colusorias

3.1 Aplicación del Régimen de inhabilidades

Los mecanismos o herramientas establecidos en las disposiciones que regulan la contratación estatal, como ya se dijo, se han limitado a regular diferentes prohibiciones en el régimen de inhabilidades. Como es bien sabido, el régimen de inhabilidades reúne taxativamente las circunstancias que al presentarse, impiden a una persona presentar una oferta dentro de un proceso de selección, y eventualmente, celebrar el contrato con la entidad pública correspondiente. Estas causales se han estructurado con el fin de garantizar la prevalencia del principio constitucional de moralidad¹, al paso que permiten el desarrollo de una gestión pública apegada a los parámetros de la moralidad administrativa, pues desea evitarse que por diferentes circunstancias de orden jurídico o fáctico, la celebración y desarrollo de un contrato viole el principio superior de selección objetiva. En otras palabras, la selección de la mejor oferta y la consecuente celebración del contrato estatal deben estar precedidas por la constatación que adelante la entidad estatal de unas condiciones de orden ético y jurídico que hagan transparente y objetiva la selección del contratista. Así, el

1. La moralidad como principio rector del ejercicio de la función administrativa, dentro de la cual se ubica la gestión contractual de la administración, tiene su consagración constitucional en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991. Lo relevante de precisarlo no es hacer énfasis en la referencia normativa, sino en la importancia que implica el que el constituyente haya deseado consagrarlo como, i) principio y ii) con nivel de norma superior. Al hacerlo, quiso el constituyente definir un plan de acción que debía ser desarrollado por las demás normas del ordenamiento, con el fin de lograr su interiorización con vocación de permanencia en la sociedad.

régimen de inhabilidades no se preocupa por la idoneidad del oferente, ni de la calidad de la oferta presentada, sino por la entereza moral del agente, del ejercicio de sus conductas ajeno a circunstancias que puedan influirlas negativamente, así como de la capacidad jurídica libre de elementos que violen su libre arbitrio.

En este sentido, conviene recordar en palabras del Honorable Consejo de Estado, la importancia y fundamento superior de la existencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al sostener que:

Adicionalmente, toda vez que la Jurisprudencia Constitucional se ha referido a la protección del interés general como causa que legitima la estructuración legal de las incompatibilidades e inhabilidades, se puede precisar que la regulación de sus causales para contratar con el Estado debe orientarse por el Principio de Moralidad que obviamente –como es propio de todos los principios de la Función Administrativa- se despliega ordenado con base en la protección prevalente del interés general y, por ello, se entiende que la potestad de configuración legislativa en materia de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado, puede concretarse a través de una regla de carácter excluyente para determinados potenciales contratistas, la cual se impone entonces por razón de ese fin de interés general como regla legal prevalente, esto es que puede ser impuestas sobre el derecho individual a contratar con el Estado. (Consejo de Estado, 2013)

En este sentido, vale la pena señalar dos causales de inhabilidad para presentar oferta y contratar con el Estado, cuyo sentido y alcance podrían evitar la configuración de conductas colusorias en los procesos de selección dispuestos por las entidades públicas. A continuación se citarán dichas disposiciones, con el fin de comentar su alcance en el contexto que se ha establecido en el presente análisis.

En primer término se encuentra el literal g) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que prohíbe presentar ofertas en los procesos de selección, y celebrar el correspondiente contrato, a “Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación”.

La prohibición citada pretende evitar que dos o más personas que se encuentran en una relación de proximidad en razón a su vínculo conyugal, personal o familiar, celebren un acuerdo para la presentación de ofertas en el mismo proceso de selección, pues, una regla de la experiencia indica que las personas que comparten un mismo origen personal o familiar usualmente desarrollan proyectos en común, o informan a su círculo de influencia más próximo de la posibilidad de ejecutar tales actividades, sobre todo en lo que guarda relación con la probabilidad de celebrar un contrato con la Administración. Dicha eventualidad podría llevar también a estas personas a coludir para aumentar la probabilidad de lograr la adjudicación del negocio jurídico correspondiente. Ahora bien, la importancia de referir la disposición en comento es la de considerar su eficacia para prevenir la ocurrencia de la conducta ilegal. El efecto útil de las normas no se mide por su consagración expresa sino por su aptitud para condicionar efectivamente el comportamiento de sus destinatarios.

En este punto, el interrogante inmediato que se plantea es ¿cómo puede establecerse si entre los diferentes oferentes existe algún tipo de relación de las prohibidas por el régimen de inhabilidades? Para responderlo, debe considerarse en primer lugar que el funcionario que instruye el proceso de selección debe partir de la buena fe como principio constitucional que guía sus actuaciones ante los particulares. Dicho funcionario no podría exigir más requisitos de los previamente establecidos en la norma del proceso consagrada en los correspondientes pliegos. Sin embargo, está facultado para revisar el cumplimiento de los requisitos mínimos que permiten establecer si los diferentes proponentes están habilitados para continuar en el trámite antes de ser

evaluadas sus ofertas. En este momento, podría establecer si de los documentos de la oferta puede concluirse razonablemente la proximidad familiar o personal entre algunos de los proponentes. Adicionalmente, los demás proponentes, quienes generalmente conocen a sus competidores en el mercado, podrían poner en evidencia dicha situación a la administración, siempre que les sea permitido acceder a la información básica contenida en la oferta; se trata de un tipo de “veeduría competitiva” permitida a los diferentes agentes del proceso siempre que se ejerza con la intención de colaborar en el adecuado alcance de los fines sociales del Estado que pretenden satisfacerse con el proceso de contratación.

En segundo lugar, se encuentra el literal h) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, según el cual

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.

Esta causal pretende evitar que quienes se encuentren en las relaciones personales o de parentesco establecidas en el literal g) ya citado, traten de burlar dicha prohibición al constituir personas jurídicas para poder presentar oferta en el mismo proceso de selección de contratista. En este punto, las consideraciones sobre los cursos de acción que pueden adelantar los agentes de la administración, considerados en el punto anterior, son aplicables en esta situación, pero demandarán de una labor más juiciosa en la medida en que deben establecer con objetividad quienes tienen participación en las diferentes personas morales que han presentado oferta dentro del correspondiente proceso de selección.

Adicionalmente, vale la pena considerar que la consecuencia que ha consagrado el ordenamiento para la celebración de un contrato estatal con

una persona incurso en estas causales de inhabilidad, es la nulidad del correspondiente negocio jurídico. Esta sanción, aunque severa, no constituye una solución eficaz para evitar la configuración de la conducta colusoria, ni para prevenir los efectos nocivos que se causan tanto al mercado como a los intereses público, como quiera que su declaración solo procede mediante sentencia emitida por una autoridad judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica que el trámite del proceso judicial correspondiente, considerando sus diferentes instancias, puede tomarse varios años, y la decisión seguramente adquirirá firmeza mucho tiempo después de que las partes hayan finiquitado la relación contractual. Por ello, no se puede considerar como un mecanismo eficaz para evitar o contrarrestar la práctica colusoria que pudo configurarse mediante la violación al régimen de inhabilidades.

Con todo, y bajo la hipótesis de haberse podido establecer durante el proceso de selección que algunos de los oferentes se encuentran dentro de las causales del régimen de inhabilidades citadas, resulta pertinente indicar que el medio de acción correspondiente es la exclusión del proceso de los diferentes involucrados mediante la expedición del acto administrativo correspondiente, siempre que se permita a los afectados previamente ejercer sus derechos de defensa y contradicción. Este trámite debe haberse previsto en los pliegos, y su desarrollo debe considerar también los términos del proceso de selección en general, para que todas las actuaciones administrativas que deban adelantarse no afecten negativamente el cronograma establecido.

3.2 La exclusión de los oferentes coludidos o la declaratoria de desierta de los procesos de selección con ofertas producidas por acuerdos colusorios

En tercer lugar dentro de la enumeración de los mecanismos que pueden utilizarse para prevenir la ocurrencia de los efectos de conductas colusorias en los procesos de selección de contratista, debe señalarse la facultad de la Administración de i) excluir mediante acto administrativo a los oferentes que

han celebrado un acuerdo colusorio con el fin de asegurar la adjudicación del contrato estatal, en razón de lo establecido en el numeral 6° del artículo 26 de la Ley 80 al señalarse que “Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”, o ii) declarar desierto el proceso de convocatoria pública por violación del principio de selección objetiva, en atención a lo establecido en el numeral 18 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que dispone:

La declaratoria de desierto de la licitación únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

La declaratoria de desierto de un proceso de selección es una facultad otorgada a la Administración para manifestar expresamente la imposibilidad de escoger una oferta para satisfacer la necesidad previamente identificada, en razón a la presencia de circunstancias que impidan la selección objetiva de tales propuestas, o en ausencia total de estas. En la hipótesis que se analiza, la declaratoria de desierto no se realiza por ausencia de ofertas, sino porque de las presentadas, existen serias dudas sobre la existencia de un acuerdo colusorio que pretende direccionar la selección de una de tales alternativas, con el fin de lograr la adjudicación del contrato. Así, la configuración del acuerdo colusorio impide a la Administración seleccionar la oferta que mejor satisface la necesidad de la entidad, como quiera que la propuesta económica presentada demuestra una realidad amañada o limitada a la entidad estatal, que la llevarán a otorgar una calificación inexacta al oferente que pone a consideración un contenido económico que no obedece a las condiciones reales del mercado.

Si del número de ofertas presentadas puede evidenciarse que algunas de ellas contienen elementos de los cuales puede concluirse la celebración de un acuerdo colusorio, la Administración cuenta con la facultad de excluir del

proceso correspondiente a los oferentes involucrados. Esta decisión, sin embargo, no podría adoptarse por la autoridad administrativa basada en la producción de la conducta colusoria per se, pues la legislación no ha facultado expresamente a las entidades administrativas para emitir esta declaración e imponer como consecuencia la sanción de exclusión al oferente coludido. Lo que se afirma es que, comprobados los elementos que podrían configurar el acuerdo ilegal, la administración tendría la facultad de declarar que la participación de los oferentes involucrados puede producir la afectación al principio de selección objetiva de la mejor oferta y, como consecuencia, excluir dicha propuesta mediante acto administrativo a los intervinientes del aparente acuerdo colusorio en el proceso de selección correspondiente. Esta decisión, deberá adoptarse previa la aplicación de las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como quiera que no está regulado un trámite especial que pueda aplicarse en esta situación particular. Dado que esta manifestación implica una sanción concreta como lo es la exclusión del oferente del proceso, deben respetarse los derechos de defensa, debido proceso y contradicción.

En este contexto, resulta pertinente insistir en que la demostración de la conducta colusoria no es el fundamento de la exclusión. Bastaría con la demostración de un hecho indicador que lleve a pensar razonablemente la posible existencia de la colusión, para estructurar el fundamento suficiente de la exclusión de la oferta. Lo anterior, implica la demostración de algunas de las siguientes situaciones: i) configuración de ofertas demasiado altas o bajas por dos o más proponentes; ii) el direccionamiento de ofertas mediante la presentación y posterior retiro de una o más ofertas; iii) la presentación de ofertas por personas naturales o jurídicas que han participado en procesos similares con anterioridad en la misma entidad, pero con condiciones que permiten a otros oferentes una mejor calificación, estableciéndose un patrón de rotación. El funcionario instructor debe valerse de estructuras probatorias propias de la prueba indiciaria, como quiera que la demostración de los anteriores hechos indicadores, resulte necesaria para establecer la probabilidad de la conducta colusoria, pero no su ocurrencia. Lo anterior, en razón a que la entidad que

desarrolla el proceso de selección, no es competente para declarar la responsabilidad en esta materia, así como tampoco lo es para imponer las sanciones pecuniarias correspondientes.

4. Mecanismos para contrarrestar los efectos de las prácticas colusorias establecidos en el EGAP

4.1. La acción de repetición

Además de las acciones que pueden adelantar las autoridades administrativas para prevenir la producción de efectos de los acuerdos colusorios en los procesos de contratación estatal sometidos al EGAP, es conveniente revisar los cursos de acción que pueden adelantarse para contrarrestar la producción de tales consecuencias, una vez perfeccionada la conducta y celebrado el contrato con la Administración. En las siguientes hipótesis, la administración advierte la colusión después de adjudicado el contrato correspondiente y su preocupación se centra en contener o contrarrestar el daño sufrido como consecuencia del acuerdo ilegal.

En primer lugar, debe señalarse la posibilidad de iniciar la acción de repetición consagrada en el numeral 7° del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “Sin perjuicio del llamamiento en garantía, (las entidades estatales) repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual”.

En esta hipótesis, es necesario demostrar que la celebración del acuerdo colusorio ocasionó un perjuicio a los intereses del Estado o de los demás oferentes, quienes pudieron obtener un mejor precio para la adquisición del bien o servicio, así como un beneficio concreto que no se recibió como consecuencia de la adjudicación del contrato a un oferente que distorsionó el contenido de su propuesta económica. Por ello, la condición para su procedencia es el

inicio de un medio de control concreto contra la administración y el oferente de quien se presume participación en la colusión.

Adicionalmente, esta herramienta, supone la participación de uno o varios servidores públicos en la configuración del acuerdo ilegal, al intercambiar información con los oferentes, de tal manera que puedan anticipar cómo serán valorados determinados ítems en las propuestas a presentar, o ya, al diseñar condiciones de difícil cumplimiento relacionadas con la capacidad para contratar, la experiencia, precios mucho más bajos de los ofrecidos en el mercado para el bien o servicio correspondiente, capacidad instalada, entre otros aspectos, siempre que dicha participación sirva de causa necesaria para la producción de un daño antijurídico. Así mismo, puede presentarse esta situación, si la desatención grave por parte de un funcionario estatal en la estructuración del proceso de selección, la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato, causa un daño indemnizable a cargo de la administración. Esto puede suceder por ejemplo, en caso de demostrarse que el servidor público no cumplió su deber de elaborar un estudio de mercado con la información suficiente que permitirá establecer que una o varias propuestas contenían precios artificiales, o muy bajos o muy altos, que incidieron directamente en la adjudicación del contrato.

Resulta necesario comentar que la posición descrita, encuentra también su fundamento legal en la consagración de los mecanismos a lugar para el cumplimiento del principio de responsabilidad establecidos en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, numerales 2º y 3º, que disponen:

2º. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas;

3º (...) cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.

4.2 La Declaratoria de Caducidad del Contrato

Otra alternativa para contrarrestar la producción de los efectos negativos de acuerdos colusorios en la contratación estatal, es el ejercicio de la facultad establecida para la administración de la declaratoria de caducidad del contrato estatal, en atención a lo establecido en el inciso final del artículo 5° de la Ley 80 de 1993 que dispone que “(...) la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato”.

Obsérvese que por definición, la colusión es un acuerdo o pacto ilegal que se celebra con el fin de afectar a terceros (en este caso, el Estado) mediante el direccionamiento para beneficiarse con la adjudicación del contrato estatal. De esta forma, tras comprobarse la celebración de uno de tales acuerdos, resulta procedente que la administración declare expresamente la caducidad correspondiente, lo que además permite la imposición de la sanción al contratista responsable de inhabilidad por el tiempo estipulado en la ley, circunstancias que además genera la afectación de los demás negocios jurídicos que haya suscrito con el Estado.

Para la configuración de esta posibilidad, resulta necesario el pronunciamiento previo por parte de la autoridad nacional de la competencia, que para el caso colombiano es la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre la responsabilidad del contratista en la celebración del acuerdo colusorio. Esta decisión, permitirá a la entidad contratante iniciar el proceso administrativo correspondiente para la declaratoria de caducidad, con aplicación del trámite establecido en la Ley 1474 de 2011, aun sin que existiese una consagración expresa en el articulado del contrato.

5. La colusión y el proyecto de reforma al EGCAP presentado por Colombia Compra Eficiente

Mediante la elaboración de un anteproyecto de ley cuyo objeto único es la derogatoria del EGCAP (Ley 80 de 1993), el Gobierno Nacional, a través de

la Agencia Nacional para la Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, pretende poner a tono la legislación nacional en la materia con los estándares internacionales que permitan facilitar el ingreso del país a la OCDE. (OECD, 2010)

Dentro de los múltiples cambios propuestos por la agencia estatal en el proyecto, está el del imprimir un cambio en la concepción de los procesos para la contratación con el Estado, ya que hasta ahora se ha pensado en un cuerpo normativo orientado a la reglamentación de procedimientos de selección de contratistas. El proyecto de legislación pretende cambiar esa visión a la de un sistema de abastecimiento integral que conceda mayor margen de movilidad a las entidades públicas para la satisfacción de sus necesidades.

Por ello, se observa con preocupación el que se esté desaprovechando la oportunidad para que el legislador reglamente al detalle sobre los mecanismos, procedimientos y entidades competentes para prevenir y combatir el fenómeno de la colusión, sobre todo si se considera el deseo de Colombia Compra Eficiente por separar los asuntos relacionados con la contratación pública del ámbito de influencia del derecho administrativo, dejando el proceso de abastecimiento a las reglas del derecho privado.

En este sentido, el proyecto se limita a reiterar las limitaciones atinentes a los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades pero cambiando la denominación a la expresión genérica de “prohibiciones”, conservando las relativas a la cercanía personal o familiar, por lo que en ese punto el cambio no sería relevante, y se limita a lo ya expuesto, adicionando una prohibición para las personas jurídicas, cuyos representantes legales o miembros de junta directiva hayan sido condenados por el delito de colusión, prohibición que pretende extenderse por el término de 20 años, contados a partir de la ejecutoria de la correspondiente sentencia, pero dejando de lado las sanciones impuestas por pronunciamientos en procesos administrativos adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por otro lado, resulta también inquietante el cambio que pretende hacerse a las modalidades de selección establecidas desde la Ley 80 de 1993, afianzado con la Ley 1150 de 2007, pues se crea un procedimiento que puede prestarse para la celebración de acuerdos en detrimento de los intereses del Estado. Así, en el numeral 2 del artículo 51 del proyecto, establece la posibilidad de realizar convocatorias limitadas con un sistema de precalificación, con el siguiente alcance:

Competencia restringida con precalificación. Las Entidades Estatales pueden restringir la competencia para seleccionar el proveedor a un grupo de precalificados cuando el bien, obra o servicio requiere de condiciones técnicas, financieras, administrativas o de experiencia particulares. Para el efecto, la Entidad Estatal debe señalar la forma y oportunidad para que los potenciales proveedores acrediten las condiciones especiales requeridas, verificar tales condiciones y conformar la lista de precalificados, quienes serán los únicos que pueden presentar oferta.

Tal como puede apreciarse, las expresiones “competencia restringida” y “grupo de precalificados” permiten pensar en que bien puede la entidad estatal incluir en los documentos previos condiciones en virtud de las cuales la participación en principio abierta al público, termine limitándose a un reducido grupo de interesados, mandato que implica a su vez la limitación de la competencia en el sector del mercado correspondiente. Lo anterior se evidencia también en la modalidad de selección establecida en el numeral 3 del citado artículo 51 del proyecto que establece:

Competencia restringida con invitación y posterior negociación. Las Entidades Estatales pueden seleccionar a sus proveedores a través de invitaciones al público en general y fases sucesivas de negociación en las cuales deben cumplir los principios establecidos en el artículo 7 de la presente ley en los siguientes casos:”
(a) La especificidad y complejidad del bien, obra o servicio no

permiten definir con claridad y precisión los aspectos técnicos y financieros de la contratación.; (b) El objeto de la contratación no es producido masivamente y requiere investigación y desarrollo para que la contratación sea eficaz.; (c) Es necesario compatibilizar el bien, obra o servicio objeto del Contrato con otros bienes, obras o servicios de la Entidad Estatal.; (d) La compra de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la Entidad Estatal.; y, (e) El arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento y operación de las instalaciones de la Entidad Estatal.

Como puede observarse, la posibilidad de negociar las condiciones de un contrato estatal con un grupo reducido de oferentes podría limitar drásticamente las condiciones de igualdad en el mercado para los participantes, e incluso, podría afectar negativamente la manera en que se afecta el erario, pues la negociación no se concibe como herramienta orientada exclusivamente al uso eficiente del erario.

Adicionalmente, el proyecto no contempla la posibilidad de rechazar una oferta por haberse demostrado un hecho indicador de una posible conducta colusoria, pues al regular las causales taxativas para el rechazo de ofertas en el artículo 58 del proyecto, dispuso:

Artículo 58. Rechazo de ofertas.

Las Entidades Estatales deben rechazar las ofertas en los siguientes casos:

1. Cuando la oferta es incompleta porque no tiene los elementos esenciales del negocio jurídico.
2. Las ofertas presentadas por quien es objeto de una prohibición establecida en los artículos 21 a 25 de la presente ley.
3. Las ofertas anormalmente bajas de acuerdo con el artículo 57 de la presente ley.

Tal como puede apreciarse, son limitadas las herramientas jurídicas que pretenden crearse en el proyecto de reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, para evitar o contrarrestar la colusión. Este panorama, aunado a la limitada ejecutividad y efectividad de las herramientas vigentes en la materia, perpetúan en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia exclusiva para adelantar procedimientos orientados a sancionar (no prevenir) las conductas colusorias.

Para ello, hace falta, además de un mayor compromiso institucional frente a la creación de normas que definan una política pública clara y coherente, firmeza en el ejercicio de las potestades administrativas de los servidores que diseñan y sustancian los procesos de selección de contratistas, para que tengan la decisión de adelantar acciones concretas orientadas a proteger los intereses superiores del Estado, los cuales siempre son los más afectados con la inadecuada gestión contractual de la Administración.

Conclusiones

La posición institucional frente a las conductas colusorias en la gestión contractual del Estado es principalmente reactiva, por cuanto, pese a establecer la prohibición de determinadas situaciones en los regímenes de inhabilidades, los procedimientos administrativos que se adelantan inician después de la configuración de su conducta, a lo que debe agregarse que la declaración de responsabilidad se apoya en muchos eventos en la colaboración que presten los involucrados en el acuerdo colusorio bajo el esquema de beneficios establecidos en la legislación. La realidad nacional, ampliamente dominada por fenómenos de corrupción, claman por la construcción de nuevas visiones que impidan de manera eficaz el fenómeno, más allá de limitarse a combatirlo.

Adicionalmente, la ausencia de un plan de formación para los funcionarios encargados de diseñar los procedimientos de selección de contratistas a la luz del EGCAP impide la identificación de las prácticas restrictivas de la competencia como la colusión. En este sentido, las administraciones públicas, tanto del orden nacional como del nivel territorial, deberían propender por la adecuada capacitación de sus servidores, mediante planes de aprendizaje regulares y con visión teórico – práctica, cuyo desarrollo les permita anticipar la ocurrencia de estas actuaciones, para adoptar las decisiones administrativas oportunas, en aplicación de las facultades ya existentes en el ordenamiento jurídico.

Por último, la falta de capacidad institucional de los organismos de control, así como la concepción actual de su participación en los procesos de gestión contractual del Estado, los pone en una posición limitada frente a la configuración de conductas colusorias en los procedimientos de selección de contratistas. En este sentido, bien podría pensarse en la creación de estrategias de descentralización por colaboración en las cuales observatorios y áreas técnicas de investigación de Instituciones de Educación Superior, IES, puedan realizar estudios especializados y participación activa en los procesos de selección de contratista, identificando riesgos y enviando aler-

tas a las autoridades competentes, a fin de que se tomen medidas oportunas que conserven efectivamente el erario. Ello, permitiría a las IES cumplir con dos de sus funciones sustantivas esenciales como lo son la investigación y la proyección social, participando decididamente en la transformación de la sociedad colombiana.

Referencias

- Almanza, C. P. (2012). *La libertad de competencia en los procesos de selección objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Camacho, E. M. (2015). *MANUAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: REFORMA DE LA LEY 80 DE 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Comercio, S. D. (2010). *Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Consejo de Estado. (2013). Ciarquelet Ltda. Vs. Distrito Capital - Departamento Administrativo de Acción Comunal Distrital y Consorcio Comunidad y Construcción. *Sentencia Sección Tercera, Subsección A, Sala de lo Contencioso Administrativo*, 34.
- Development, O. f.-o. (2010). *ROUNDTABLE ON COLLUSION AND CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT*. París: OCDE.
- Galvis-Quintero, D. (2016). LA COLUSIÓN COMO UNA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA QUE AFECTA GRAVEMENTE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS. *Vniversitas, volumen* (número), 133-196.
- Gómez-Lee, I. D. (2010). *Contratación visible, Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*. Bogotá: Auditoría General de la República - Instituto de Estudios.
- Moore, J. (2012). *Cartels Facing Competition in Public Procurement: An Empirical Analysis*. Ciudad: Institut d'Administration des Entreprises.
- OECD, T. O. (2010). *Collusion and Corruption in Public Procurement*. París: OECD.
- OCDE. (2013). *Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México*. París: OCDE.
- Ossa, C. E. (2014). *Tratamiento de la colusión en la contratación pública*:

- una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho*, volumen (número), xx-xx
- Peñalosa, E. J. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el régimen de protección de la competencia. *Revista Contexto*, volumen (número), xx-xx.
- Peñalosa, E. J., & Pabón Almanza, C. (2012). Colusión en licitaciones El caso paradigmático para las entidades públicas. *Revista de Derecho y Economía*, volumen (número), 9-32.
- Quijano, J. P. (1999). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Santofimio, J. O., & Benavides, J. L. (2009). *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del Estatuto Contractual. Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.