

**CAPÍTULO SEXTO**  
**LA COLUSIÓN: ENTRE LAS FÓRMULAS VERBALES**  
**Y LA REALIDAD DINÁMICA<sup>1</sup>**

MARÍA CATALINA GASTELBONDO CHIRIVÍ<sup>2</sup>  
FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ<sup>3</sup>

RESUMEN

Este capítulo se orienta a evidenciar el carácter abierto de la norma que prohíbe la colusión en procesos de contratación pública como un factor que dificulta la lucha contra esa conducta anticompetitiva, así como a proponer elementos de juicio que permitan reducir dicho problema mediante la determinación adecuada de los elementos de configuración de tal comportamiento. Con ese fin, propondremos una forma de aproximación a la norma y unos criterios de interpretación que resultarán útiles para establecer de

- 
- 1 Las opiniones expuestas en este capítulo son responsabilidad exclusiva de los autores y no comprometen en ningún sentido a ninguna entidad del Estado. Para cualquier duda, sugerencia, corrección o comentario, por favor escribir a <mgastelbondo@sic.gov.co> o <fmrodriguez@sic.gov.co>.
  - 2 Abogada y especialista en Derecho de la Competencia y del Libre Comercio de la Pontificia Universidad Javeriana. Además se encuentra cursando la Maestría en Filosofía en la Pontificia Universidad Javeriana. Fue abogada del Grupo Élite contra Colusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio durante cuatro años y en la actualidad se desempeña como coordinadora del Grupo de Protección y Promoción de la misma entidad. <mgastelbondo@sic.gov.co>.
  - 3 Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario y en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho (Investigación) de la Universidad de los Andes. Fue coordinador del Grupo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales y del Grupo Élite contra Colusiones de la Delegatura para la Protección de la Competencia. Actualmente es asesor del superintendente delegado para la Protección de la Competencia. Correo electrónico: <fmrodriguez@sic.gov.co>.

mejor manera su significado y las condiciones en que se configura la conducta que prohíbe. Además, acudiremos a la experiencia que ha adquirido la Superintendencia de Industria y Comercio para subrayar algunos de los más importantes aspectos que determinan el perfeccionamiento de una colusión en el marco de procesos de contratación pública. Esta información será útil para que los lectores puedan valorar, con mejores elementos, las situaciones que podrían configurar la modalidad de acuerdo anticompetitivo materia de estudio.

**Palabras clave:** acuerdos restrictivos de la competencia, colusión, *bid rigging*, procesos de contratación pública, criterios de interpretación, elementos de configuración de la colusión.

#### ABSTRACT

This chapter exhibits the open nature of the regulations that prohibit collusion in public procurement (*bid rigging*), and how this openness constitutes one significant obstacle in the implementation of competition law. At the same time, proposes some key elements of analysis to mitigate the issue through a framework of factors that shapes this behavior. This paper also provides a different approach to understand this regulation, as well as a set of interpretative guides, that can be useful to better establish its meaning and the scope of the prohibited behaviors. By studying the experiences that the Superintendence of Industry and Commerce has acquired in this arena, the most important contribution of this paper is to list the most important aspects for determining the collusion conduct in the public procurement framework, and to provide better elements to assess the events that could configure anticompetitive conducts in public procurement.

**Keywords:** anticompetitive agreements, collusion, *bid rigging*, public procurement, interpretive guides.

## INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El funcionamiento adecuado de los sistemas de compra pública es fundamental para el desarrollo económico y social de los países. Esto se evidencia en el caso colombiano, al menos por dos consideraciones. Por una parte, en lo que tiene que ver con el volumen de las operaciones canalizadas por medio del sistema, el gasto público representa más de la tercera parte del presupuesto general de la nación (Zuleta, 2018), lo que equivale a aproximadamente el 15% del producto interno bruto (PIB). Ese gran volumen de contratación pública, es importante anotar, al menos para el año 2014, era superior al promedio de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que se situaba en el 12,9% del PIB (OCDE, 2014). Por otra parte, en cuanto a la destinación de los recursos canalizados mediante el sistema en cuestión, el gasto público es el instrumento con el cual el Estado cumple su función de promover el desarrollo económico y social materializando mejores condiciones en áreas como la infraestructura, la salud, la educación y el saneamiento ambiental, entre otras<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, es apenas natural que el Estado encamine sus esfuerzos a combatir cualquier tipo de conducta que pueda afectar el adecuado funcionamiento del sistema de compra pública, en especial la colusión<sup>5</sup>, que resulta particularmente nociva en el ámbito anotado. Ese evidente carácter perjudicial de la colusión, cuyos aspectos sustanciales se presentarán adelante, se refleja en las medidas adoptadas por el Estado para combatirla, las cuales han tenido una evolución que ha dado lugar a instrumentos

---

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-713 de 2009 y C-375 de 2010.

5 En este capítulo, cuando se haga referencia a *colusión* se habla de comportamientos coordinados en el marco de contratación pública.

cada vez más contundentes para detectar y sancionar ese comportamiento.

Entre los instrumentos que es pertinente mencionar se encuentra la consagración de la colusión como una práctica restrictiva de la libre competencia económica mediante el artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992, el incremento de las sanciones derivadas de la ejecución de ese comportamiento mediante la reforma introducida al régimen de protección de la libre competencia económica con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 y la posterior criminalización de la conducta por medio del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. Desde una perspectiva institucional, la Superintendencia de Industria y Comercio creó el Grupo de Trabajo Interdisciplinario de Colusiones mediante la Resolución 22724 de 18 de abril de 2012, que es un área especializada en el desarrollo de investigaciones para establecer la configuración de esa práctica restrictiva de la competencia en el contexto de la contratación pública. Más adelante, mediante una considerable adición presupuestal que se hizo efectiva en el año 2017 y que estaba destinada a aumentar la capacidad técnica y de personal del área en comento, la Superintendencia la fortaleció y la transformó en el Grupo de Trabajo Élite contra Colusiones.

Ahora bien, a pesar de los enormes esfuerzos encaminados a combatir la colusión en procesos de contratación pública, este comportamiento sigue siendo habitual. Las causas de esa situación son muchas y muy variadas e incluyen ciertas costumbres nocivas bastante arraigadas entre los agentes de mercado que participan en el sistema de compra pública, algunos diseños de los procesos de selección que en lugar de desincentivar promueven la conducta, las características estructurales de ciertos mercados y el conocimiento mutuo que existe entre proponentes que habitualmente participan en esos procesos, entre otras.

En este capítulo analizaremos otra de las causas que dificulta la lucha contra la colusión en procesos de contratación

pública. Se trata de una causa que, en nuestro concepto, se hizo evidente con el aumento de la capacidad investigativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual permitió identificar que la colusión tiene matices y modalidades mucho más variadas de lo que cualquier legislador podría haber concebido, y un profundo nivel de arraigo difícil de superar. Esas características del comportamiento analizado, cabe anotar, resultan trascendentales, pues impiden establecer una descripción unívoca de la conducta que se pretende prohibir, lo que no solo dificulta las labores de detección y represión, sino también las de promoción, que están encaminadas a generar conciencia del carácter ilegal del comportamiento.

La causa en cuestión, entonces, consiste en que la norma que prohíbe la colusión tiene un carácter abierto, lo que significa que el contenido literal de la disposición no es suficiente para capturar, de una manera que pudiera resultar indiscutible, todas las hipótesis del comportamiento que se pretende prohibir<sup>6</sup>. Esto, por supuesto, es una característica natural que la norma que prohíbe la colusión comparte con cualquier otra norma jurídica, pues “[1]as relaciones humanas son demasiado numerosas, demasiado complejas, demasiado cambiantes para encontrar una reglamentación suficiente en algunas fórmulas verbales” (Zuleta Ángel, 1936, p. 5). Sin embargo, es una característica que genera espacios para que los factores de carácter ideológico adquieran un papel protagónico en la determinación del significado de la norma (Kennedy, 2013), una consecuencia que, como se aprecia en la literatura especializada, también se encuentra en el derecho de la competencia (Fox, 1986; Lao, 2014).

---

6 Acerca de las condiciones que generan la indeterminación de las normas jurídicas, entre ellas la que estamos señalando en este capítulo, puede consultarse LEITER (2007).

Los lectores podrían apreciar la idea anterior con cierta reserva. A fin de cuentas el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992<sup>[7]</sup>, que prohíbe la colusión, corresponde a una tipificación específica de uno de los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica. Sin embargo, la práctica ha demostrado que existe un relevante nivel de indeterminación sobre si un considerable número de comportamientos que se dan en el marco de procesos de contratación pública corresponden o no a la descripción contenida en la norma que prohíbe la colusión. En efecto, resulta legítimamente discutible establecer si diversos comportamientos, por sus características, los sujetos que los realizan, el objeto sobre el cual versan, el propósito perseguido por los agentes o la relevancia del elemento subjetivo, corresponden o no a la descripción de colusión contenida en la norma citada.

Respecto a las características de este tipo de conductas, no puede perderse de vista que se trata de comportamientos esencialmente dinámicos cuyo éxito depende de su adaptabilidad a los escenarios en los que pretenden operar (Marx y Marshall, 2012), lo que dificulta la ya titánica tarea de caracterizar todos los comportamientos posibles mediante una simple *fórmula verbal*. Sobre los sujetos que los llevan a cabo, ha existido una considerable discusión sobre si solo pueden incurrir en colusión competidores que participen en un mismo proceso de selección, o si esa conducta también se configura, de un lado, por una actuación coordinada entre agentes sometidos al mismo control competitivo<sup>8</sup>, y del

---

7 “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 adjudicación de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.

8 Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones 54693 de 2013, 54695 de 2013 y 41412 de 2018.

otro, por la participación de funcionarios públicos en la coordinación ilícita. En cuanto al objeto sobre el cual recae el comportamiento, se discute si la colusión se configura únicamente por la coordinación ilícita que versa sobre las propuestas económicas, o si la coordinación sobre otro tipo de aspectos relevantes para el proceso, incluyendo estrategias de colaboración administrativa entre agentes del mercado, también da lugar a la conducta<sup>9</sup>. Existe también un margen de indeterminación relevante en lo que tiene que ver con el nivel de idoneidad que debe tener el comportamiento investigado para efectos de configurar una colusión, y en ese mismo sentido, ha sido considerada discutible la relevancia de los elementos subjetivos de configuración de la prohibición. Esto último se ha presentado sobre todo en aquellos casos en los que, como sucede al tratar de establecer el perfeccionamiento de una colusión por la constitución de estructuras plurales en el marco de procesos de contratación pública, es necesario establecer la finalidad preponderante que tuvieron los agentes investigados como condición para determinar si incurrieron o no en una coordinación ilícita<sup>10</sup>.

Este capítulo, entonces, estará dedicado a analizar ese carácter abierto de la norma que prohíbe la colusión en procesos de contratación pública. Nuestra tesis sobre el particular es que la tarea de atribuir un significado a la norma en cuestión debe partir de la aplicación de métodos de interpretación sistemáticos y finalísticos y, además, debe tener en cuenta los elementos de configuración que la práctica de la Superintendencia de Industria y Comercio ha identificado en el curso de los últimos diez años. Esos

---

9 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 14-32964 de 21 de diciembre de 2017.

10 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 17-292981 de 21 de diciembre de 2018.

métodos, así como la apelación a los precedentes sobre la materia, contribuyen a precisar las características que deberían reunir los comportamientos constitutivos de colusión en procesos de contratación pública, lo que, a su vez, constituye una herramienta fundamental para reprimir la colusión y para promover una cultura de competencia en el sistema de compra pública.

Para sustentar la tesis que hemos propuesto, vamos a presentar unas reflexiones acerca de la manera en que debe abordarse la interpretación de la norma que prohíbe la colusión en procesos de contratación pública, y sobre esa base plantaremos una definición general de esa modalidad de acuerdo anticompetitivo. Luego, con fundamento en los precedentes que sobre esta materia ha producido la Superintendencia de Industria y Comercio, expondremos algunos de los más importantes elementos de configuración de la colusión<sup>11</sup>.

## I. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y DEFINICIÓN DE LA COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Establecer cuáles son las características que deben reunir los comportamientos que se desarrollan en procesos de contratación pública para ser calificados como una colusión es una tarea en la que, sin duda, es fundamental determinar los criterios de interpretación con los que se debe atribuir sentido a la disposición que prohíbe esa conducta. Esto es así porque, como se sabe, el sentido de una norma está en buena medida determinado por la manera en la que el intérprete se aproxima a ella y por los criterios que emplea en esa labor de atribución de significado (Sunstein, 1989).

---

11 Para este propósito emplearemos tanto decisiones proferidas por el superintendente de Industria y Comercio como actos administrativos expedidos por la Delegatura para la Protección de la Competencia.

Con el fin de plantear la manera en la que debe abordarse la interpretación de la norma que prohíbe la colusión en procesos de contratación pública y los criterios pertinentes para esa labor, empezaremos por señalar aquellos criterios que se encuentran en algún sector de la doctrina y en algunas decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio que, en nuestro concepto, resultan inadecuados porque generan marcadas dificultades para determinar el significado de la norma.

Nos referimos a planteamientos que pretenden definir la colusión en procesos de contratación pública apelando a criterios exclusivamente literales que suponen que el contenido de esa conducta se puede establecer sobre la base del significado literal de las palabras contenidas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992 o de conformidad con decisiones judiciales proferidas en ámbitos completamente diferentes del ámbito del derecho de la competencia. Un elocuente ejemplo de esta forma de aproximación a la norma se aprecia a continuación:

[...] la colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero. Sobre este punto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 26 de enero de 1995, precisó que: “las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una parte para perjudicar a otra”<sup>12</sup>.

La definición citada, y sobre todo el método que subyace a ella, generan varias dificultades que son relevantes a la hora de establecer un significado suficientemente claro

---

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53914 de 2013. Es importante anotar que una definición con los mismos soportes se encuentra en los trabajos de varios autores nacionales dedicados a estudiar el tema. A manera de ejemplo podemos referir la obra de MIRANDA y DEIK (2018), así como el artículo de GALVIS QUINTERO (2016).

de la conducta anticompetitiva analizada. Para efectos de sustentar esta conclusión vamos a hacer referencia a los elementos de la definición y, después, a las consecuencias que implica acoger el criterio literal que supone.

En lo relacionado con los elementos de la definición, es importante detenerse en el soporte jurisprudencial al que acude. Se refiere a una decisión de la Corte Suprema de Justicia, y en el contexto en el que la presenta, sugiere que versa sobre una figura al menos afín a la colusión relevante para el derecho de la competencia. Sin embargo, en la providencia citada la Corte en realidad analizó la procedibilidad del recurso extraordinario de revisión contra una sentencia dictada en un proceso ordinario de pertenencia. La mención de la *colusión* ocurrió porque la Corte estudió si en el caso concreto se había configurado la causal de procedencia del recurso extraordinario prevista en el numeral 6 del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, que consiste en la existencia de “colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia”<sup>13</sup>.

Así las cosas, es evidente que la utilización de la providencia citada como precedente es inadecuada y que en esa medida no puede servir para determinar el contenido del acuerdo restrictivo de la competencia. Ciertamente, incluso si se admitiera que según el Decreto Ley 2153 de 1992 el legislador estaba considerando la colusión prevista en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil entonces vigente —que ya es una afirmación destacadamente inverosímil—, tendría que llamarse la atención acerca de que el intérprete se habría apoyado en semejanzas apenas circunstanciales y habría omitido las esenciales diferencias

---

13 “Artículo 380. Son causales de revisión: [...] 6. Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicio al recurrente”.

entre las figuras que impedían construir la definición de una atendiendo a la de la otra.

Al respecto, la causal de procedencia del recurso de revisión y la modalidad de acuerdo anticompetitivo que nos interesa se parecen en el nombre que el legislador les atribuyó —pues en ambos casos empleó la expresión “colusión” — y en que podrían configurarse por un acuerdo entre personas. No obstante, ambos aspectos son circunstanciales y, en efecto, el último lo es tanto que la providencia citada — junto con otras que siguieron esa misma línea— aclara que la maniobra fraudulenta que determina la procedibilidad del recurso extraordinario puede configurarse por un acuerdo o por un comportamiento unilateral de alguna de las partes. Lo que el intérprete omitió fue que el recurso de revisión está condicionado a la acreditación de dos aspectos que resultan completamente contrarios a los principios sobre los cuales está estructurado el régimen de protección de la libre competencia económica: la intención de causar un daño a un tercero y la existencia efectiva de dicho perjuicio. Como se sabe, en el ámbito del derecho de la competencia la intención del agente activo o la efectiva causación de un efecto no son factores que condicionen la configuración de las conductas prohibidas (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007)<sup>[14]</sup>. En consecuencia, es completamente inadecuada la utilización de la decisión judicial en comento como precedente para definir lo que en el marco del derecho de la competencia es una colusión en procesos de contratación pública.

Ahora bien, el problema derivado de la forma de aproximación exclusivamente literal no se limita a lo inadecuado de sus fundamentos, sino que se extiende a las consecuencias que implica. Para evidenciar este aspecto pueden citarse

---

14 “Para que la colusión quede prohibida basta que el entendimiento tenga por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no se llegue a conseguir la finalidad perseguida”. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2007, p. 40).

algunos ejemplos obtenidos de un sector de la doctrina al tratar sobre los procesos de selección en los que podría configurarse una colusión:

En este caso la conducta se restringe a que el acuerdo tenga por objeto la colusión en dos formas de selección de contratistas, a saber: licitación pública y concursos. De esta manera, en este caso se excluirían los acuerdos que tengan por objeto la colusión en modalidades de selección distintas a las descritas, es decir, selección abreviada y mínima cuantía (Galvis Quintero, 2016, p. 157).

La anotada no es una opinión aislada, como lo acredita el siguiente ejemplo que versa sobre el mismo tema:

[...] 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 (Archila Peñalosa y Pabón Almanza, 2012).

Como se puede apreciar, una aproximación exclusivamente literal al texto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992 llevó a los autores citados a concluir que la colusión está prohibida solo para dos modalidades de contratación: las licitaciones y los concursos. En las demás modalidades de contratación, según esa limitada forma de aproximarse a la norma, la colusión no se podría configurar<sup>15</sup>. Esta conclusión carece de sentido porque, como

---

15 Según los autores citados, en las modalidades de contratación diferentes de la licitación y el concurso la coordinación entre proponentes seguiría estando prohibida por cuenta de la prohibición general prevista en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, además de que esa diferencia de trato para

en realidad lo admiten los mismos autores citados, el legislador reconoce que la libre competencia económica es determinante para el adecuado funcionamiento de toda la contratación estatal y que la prohibición de la colusión es una herramienta fundamental para garantizar esa dinámica competitiva. En otras palabras: la colusión es tan perjudicial para los fines del Estado cuando se da en una licitación como cuando ocurre en un proceso que se adelanta mediante mecanismos de selección abreviada o de las demás modalidades de contratación, lo que haría inconcebible que el legislador hubiera ordenado de manera expresa prohibir ese comportamiento en unas modalidades de contratación y no en otras. Así, de entrada, la conclusión anotada es absurda si se tienen en cuenta los propósitos de la norma interpretada y del cuerpo normativo en el que se enmarca.

Además, la posición comentada también ignoró un aspecto muy diciente para determinar el significado del numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992. Dicho aspecto consiste en que la razón por la que en la norma solo se mencionaron de manera expresa las modalidades de contratación de licitación y concurso no se debió a que el legislador pretendiera proteger de la colusión solo esas dinámicas. La razón que explica esa circunstancia es que para el año 1992, cuando se estableció la norma citada, el Decreto 222 de 1983 —que era el estatuto de contratación entonces vigente— solo preveía esas dos modalidades de

---

situaciones idénticas no tiene un sustento adecuado, esa conclusión supondría que en el marco del proceso correspondiente tendrían que atenderse las cargas adicionales —en especial las de argumentación— asociadas a discutir la validez de una imputación formulada con fundamento en la prohibición general y no en una prohibición específica. Esa propuesta no tiene mucho sentido en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio regido por los principios de la función administrativa, sobre todo por los de igualdad, economía, eficiencia y celeridad. La posición comentada también resulta discutible si se tiene en cuenta que al menos algunos de los autores citados expresamente sostienen que la prohibición general es una norma demasiado indeterminada para justificar una sanción administrativa.

contratación. Las otras modalidades que se aplican hoy surgieron con posterioridad, pues fueron introducidas mediante el artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007.

Se aprecia, entonces, que la posición criticada hace una lectura descontextualizada de la norma. El legislador no dijo que la colusión —que concibió como un instrumento para proteger la contratación estatal en su conjunto— se prohibiría solo en dos modalidades de contratación pública. En realidad dijo que la colusión estaría prohibida en toda la contratación pública, solo que para transmitir ese mensaje utilizó el lenguaje que estaba vigente al momento de expedición de la prohibición. En consecuencia, la posición criticada, además de desconocer los propósitos de la norma interpretada, ignoró el contexto normativo en el cual se enmarca, con lo que de nuevo puso mayor énfasis en lo circunstancial —que para un determinado momento histórico solo estaban establecidas dos modalidades de contratación pública— que en lo verdaderamente sustancial —que se prohibió la colusión en todo proceso de ese tipo para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de compra pública—.

Una interpretación construida ignorando los obvios propósitos de la norma interpretada y el contexto en el que se enmarca no es adecuada para reducir la indeterminación inherente a su carácter abierto. La forma de aproximación y los criterios que sí resultan aptos para ese propósito son otros y están establecidos en la normativa que regula la manera de determinar el sentido de las normas jurídicas, en la jurisprudencia constitucional y en la literatura especializada. Esas fuentes aclaran que la construcción del significado de las normas jurídicas debe llevarse a cabo aplicando criterios sistemáticos, finalísticos y de supremacía constitucional<sup>16</sup>. Esto significa que la norma, en este caso la que prohíbe

---

16 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016.

la colusión en procesos de contratación pública, debe ser interpretada “en relación con el subsistema normativo al que pertenece”<sup>17</sup>, esto es, considerando armónicamente el régimen de protección de la libre competencia económica y el régimen de contratación pública, pues —como lo tiene claro la literatura especializada— “[e]n derecho, para ponerlo de manera muy aguda, no existen normas que tengan un significado claro, evidente, natural u obvio sin que tal significado se construya con relación a intención o propósito” (López Medina, 2012, p. 166).

Teniendo clara la manera en que el intérprete debe aproximarse a la norma que prohíbe la colusión en procesos de contratación pública y los criterios que debe emplear para el efecto, corresponde ahora señalar una definición que, desde una perspectiva funcional y teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto, describa de manera general las características que definen la modalidad de acuerdo anti-competitivo materia de estudio.

Así, la colusión es un acuerdo que, independientemente de la forma en que se constituya, es celebrado entre personas que tienen el deber de competir en caso de que concurran en un proceso de contratación pública. Ese acuerdo está orientado a suprimir la rivalidad entre sus integrantes de tal manera que resulte idóneo para reducir las presiones competitivas en el contexto del proceso de contratación pública sobre el cual verse, esto es, para incrementar la probabilidad de victoria de alguna de las personas participantes en el acuerdo o para alterar cualquiera de las condiciones de competencia del proceso en beneficio de los colusores. Aunque no es un elemento que determine la configuración de este comportamiento, es importante anotar que la colusión está encaminada a repartir entre sus miembros los beneficios que se deriven de la supresión de su rivalidad y

---

17 Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

la consecuente reducción de la competencia en el proceso de contratación pública en el que opere.

Con el fin de precisar algunos de los elementos específicos de configuración del comportamiento analizado —que será la labor que abordaremos a partir de la siguiente sección de este capítulo—, es importante determinar las razones por las que la colusión en procesos de contratación pública tiene un carácter restrictivo de la libre competencia económica.

Para ello es relevante tener en cuenta, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, que la libre competencia económica ha sido definida como “la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones”<sup>18</sup>. La misma fuente indica que, como condición para que se materialice esa facultad, es indispensable que se reconozcan al empresario, al menos, las siguientes prerrogativas: “(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario”. En el mismo sentido, teniendo en cuenta que —como ya explicamos— la interpretación de las normas que forman parte del régimen de protección de la libre competencia económica debe desarrollarse de manera coherente con el subsistema al que pertenecen, en el caso de la colusión es importante tener en cuenta los dos objetivos básicos de la contratación pública de acuerdo con la jurisprudencia constitucional: la “igualdad de oportunidades para particulares y [la] obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado”<sup>19</sup>.

---

18 Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994.

Sobre la base de lo expuesto, es claro que cualquier comportamiento que resulte idóneo para limitar cualquiera de los contenidos referidos debe ser considerado restrictivo de la libre competencia económica. Esa es precisamente la consecuencia que puede generar la colusión en el marco de un proceso de contratación pública, pues es un comportamiento idóneo para impedir la igualdad de oportunidades entre los proponentes —en tanto que el incremento de la probabilidad de victoria de los colusores se genera en detrimento de la probabilidad de los demás participantes— y además está encaminado, por definición, a generar unos beneficios para los colusores como resultado de unas condiciones subóptimas de contratación para los intereses del Estado.

## II. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA COLUSIÓN DESDE LA EXPERIENCIA DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

La definición que hemos ofrecido hasta este punto, por supuesto, mantiene un carácter abierto que le impide capturar todos los contenidos derivados de la naturaleza dinámica de la colusión. Esa circunstancia, lejos de constituir un defecto de la definición propuesta, es apenas una consecuencia inherente a las características del comportamiento. Por esa razón, en esta sección vamos a presentar algunos de los elementos de configuración de la colusión que la práctica de la Superintendencia de Industria y Comercio ha logrado identificar como resultado de discusiones que con frecuencia se presentan en el curso de las investigaciones que adelanta. Esos elementos, además de precisar mejor el contenido del comportamiento, corroboran su carácter dinámico y diverso.

## A. Objeto sobre el cual versa la colusión

El objeto sobre el cual recae la colusión no se limita a las propuestas económicas que formulan los proponentes en el marco de un proceso de selección. En la medida en que el comportamiento coordinado de los colusores recaiga sobre algún factor de competencia relevante dentro del proceso, podrá configurarse el acuerdo restrictivo materia de estudio porque, como es obvio, la rivalidad entre los proponentes no solo está orientada a que el Estado obtenga la mejor oferta en función de precio, sino también respecto de la calidad, oportunidad y demás atributos relevantes de los productos o servicios demandados.

Lo anotado, es útil decirlo, evidencia el carácter desenfocado de defensas que, en el marco de investigaciones adelantadas por la autoridad de la competencia, se limiten a demostrar que la coordinación entre los proponentes no versó sobre el precio, sino sobre las condiciones de los productos o servicios requeridos por el Estado o sobre otros factores de competencia.

Acerca de este punto, la Delegatura para la Protección de la Competencia ha precisado:

[...] dado que el régimen de protección de la libre competencia económica está encaminado a materializar los contenidos de ese derecho no solo en relación con el factor precio, sino también respecto de todos los factores o variables relevantes para la operación de una dinámica de competencia, es claro que una colusión puede configurarse, tanto en los eventos en que la coordinación de los proponentes se predica de los aspectos económicos de su oferta, como en aquellos casos en los que se coordinan respecto de cualquier otro factor de competencia.

El fundamento de la conclusión recién anotada se encuentra en que para celebrar un contrato público el Estado no se debe limitar a analizar el precio del producto o servicio correspondiente, sino que tiene que considerar factores como la calidad

de la prestación y su oportunidad, así como la experiencia y la capacidad del contratista. De ello se sigue que las propuestas formuladas por los oferentes se califican no solo a partir de sus aspectos económicos, sino también de conformidad con los requisitos técnicos exigidos y otros factores diferentes del precio. La conclusión obvia de las circunstancias comentadas es que los requisitos habilitantes, los contenidos técnicos y los aspectos económicos diferentes del precio de una propuesta son verdaderos factores de competencia y resultan determinantes para obtener la victoria en un proceso de selección, de manera que deben ser determinados por los oferentes de manera autónoma e independiente y no a través de ejercicios de coordinación<sup>20</sup>.

De conformidad con lo anotado, el objeto sobre el cual recae la colusión puede estar tanto en la propuesta económica formulada en el proceso de selección como en elementos adicionales que constituyan factores de competencia, ejemplo de los cuales son la calidad, oportunidad y características técnicas de la prestación, así como la experiencia y la capacidad del proponente.

## **B. Coordinación entre sujetos sometidos a un mismo control competitivo**

La experiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ha evidenciado que no es infrecuente que personas sometidas al mismo control competitivo concurren en los mismos procesos de selección aparentando competencia, aunque en realidad actúan de manera coordinada para incrementar sus probabilidades de victoria en beneficio del controlante común. Como pasamos a señalar, la entidad no ha tenido una posición unívoca respecto de esas hipótesis.

---

20 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 14-32964 de 22 de diciembre de 2017.

En un primer momento la Superintendencia consideró que el comportamiento descrito constituía una colusión en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992. A manera de ejemplo, es pertinente citar el siguiente pronunciamiento en el que se declaró la configuración del acuerdo:

[...] este Despacho expondrá los medios utilizados por los investigados para acordar una estrategia colusoria con el propósito de participar simultáneamente en la Convocatoria n.º 003 mediante la presentación de dos (2) ofertas en apariencia “independientes” (una por parte de Melquiades y la otra por parte de Fundesoe), cuando las dos (2) en realidad obedecían a una misma unidad de dirección y control en cabeza de [...] y [...]²¹.

Más adelante la entidad reevaluó su posición, pues consideró que la coordinación entre personas sujetas al mismo control competitivo, aunque no podía constituir una colusión en los términos del ya citado numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992, sí constituía una práctica restrictiva de la libre competencia económica con fundamento en la prohibición general establecida en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959. Un ejemplo de esta postura se presenta a continuación:

En conclusión, este Despacho considera que el comportamiento analizado en la presente actuación administrativa, consistente en que varios proponentes participen en un proceso de selección aparentando ser independientes y autónomos entre sí cuando en realidad no lo son, representa una infracción a la prohibición general ya que constituye una práctica, proce-

---

21 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 91235 de 2015. En el mismo sentido se pueden consultar las resoluciones 54963 de 2013 y 54695 de 2013.

dimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica<sup>22</sup>.

Lo que se evidencia con la evolución descrita es que aunque el comportamiento analizado sin duda tiene un carácter anticompetitivo —en tanto que proponentes con el deber de competir concurren en procesos de contratación pública se abstienen de hacerlo para beneficiarse por la supresión de su rivalidad—, actualmente la Superintendencia de Industria y Comercio lo ha interpretado como una práctica, procedimiento o sistema que tiende a limitar la libre competencia económica y no como una colusión en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992.

Es conveniente anotar que esta variación en la adecuación normativa del comportamiento anticompetitivo que ahora analizamos es absolutamente intrascendente desde la perspectiva de la garantía del debido proceso de los investigados. Dos razones sustentan esta conclusión. En primer lugar, al margen de la adecuación normativa que se le atribuya, el comportamiento en estudio es restrictivo de la libre competencia económica y, como lo ha precisado la Superintendencia de Industria y Comercio, incluso cuando se le describe como una violación a la prohibición general se demuestra que genera los mismos resultados perjudiciales que se atribuyen a la colusión<sup>23</sup>.

---

22 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 41412 de 2018.

23 *Cfr.* Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Resolución 34247 de 2017. “Como se puede apreciar con fundamento en el pronunciamiento transcrito y en lo que ha venido explicándose en este acto administrativo, es razonable afirmar que el comportamiento que habrían desarrollado [...] y las empresas del denominado Grupo SMC, consistente en participar conjuntamente en procesos de selección aparentando ser competidores pero, en realidad, actuando coordinadamente en beneficio de los intereses del controlante del referido grupo, fue un sistema idóneo para limitar la libre competencia económica porque, de hecho, en el contexto de la contratación pública genera exactamente los mismos efectos que se aprecian

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el método que el legislador empleó para establecer las prohibiciones contenidas en el régimen de protección de la libre competencia económica. Ese método tiene dos partes. Por un lado, se estableció una prohibición general que determina las condiciones que le atribuyen un carácter restrictivo a un comportamiento determinado. Por el otro, se incluyeron unos listados de comportamientos concretos —previstos en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto Ley 2153 de 1992— que corresponden a un desarrollo de la descripción contenida en la prohibición general. En consecuencia, la configuración de cualquiera de los comportamientos específicos enlistados por el legislador necesariamente reúne las condiciones que le atribuyen un carácter restrictivo a un comportamiento en los términos de la prohibición general. Así las cosas, incluso si caracterizar la conducta en estudio como una violación a la prohibición general fuera impreciso, lo cierto es que sería procedente en la medida en que la colusión, como manifestación específica de la descripción contenida en la prohibición general, necesariamente reúne los elementos de configuración de esta última conducta.

### **C. La intención de los agentes no es un elemento relevante para determinar la configuración de la colusión**

La intención de los proponentes coludidos orientada a generar una limitación a la libre competencia económica en el marco del proceso de contratación pública no es un elemento que, de conformidad con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992, condicione la configuración de la colusión, porque para configurar el acuerdo restric-

---

en un comportamiento que indudablemente es calificado como restrictivo, esto es, la colusión en licitaciones públicas”.

tivo en estudio es suficiente realizar un comportamiento idóneo para afectar la dinámica de competencia dentro de los procesos de contratación al margen de la intención de los agentes que ejecutan esa conducta. Acerca del aspecto comentado, la Delegatura para la Protección de la Competencia ha precisado:

Dicho esto, debe recordarse que la protección al interés general en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio implica el reproche de conductas que comporten una infracción del régimen de protección de la libre competencia económica al preservar con ello la observancia y el respeto por el orden jurídico. Así, el reproche por la contradicción jurídica ocasionada por el acto desplegado se genera no solo cuando se lesiona efectivamente el bien jurídico tutelado, sino también cuando este es puesto en peligro independientemente de que la conducta se realice con la intención de causar daño o por desconocimiento<sup>24</sup>.

Se aprecia, entonces, que en el ámbito del derecho de la competencia la intención del agente activo no es un factor que condicione la configuración de las conductas prohibidas, de manera que argumentos de defensa en ese sentido resultan, por regla general, desenfocados.

#### **D. La configuración de la colusión no está condicionada a que la estrategia colusoria excluya todo elemento de aleatoriedad dentro del proceso**

Es usual que en el diseño de los procesos de contratación pública se incluyan medidas encaminadas a desincentivar

---

24 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81775 de 22 de diciembre de 2017. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

colusiones entre los proponentes, que normalmente consisten en reglas con las que se pretende generar incertidumbre en el desarrollo del proceso. Un elocuente ejemplo de esta característica se encuentra en reglas que establecen un número plural de mecanismos de evaluación de las propuestas y, además, disponen que el mecanismo finalmente utilizado se elija de manera aleatoria después de que los proponentes presenten sus ofertas.

Por tanto, es útil advertir que argumentos de defensa orientados a afirmar, por un lado, que la incertidumbre generada por las reglas del proceso impide la colusión, o por el otro, que la estrategia empleada por los colusores no permitía establecer con certeza los resultados de su comportamiento —esto es, que no excluía todo elemento de aleatoriedad dentro del proceso—, carecen de la idoneidad necesaria para desvirtuar la configuración del acuerdo anticompetitivo.

Al respecto, la inclusión de reglas que generan incertidumbre sobre ciertos aspectos relevantes del proceso no basta para impedir la materialización de una colusión, pues por regla general los proponentes cuentan con información suficiente para prever, con un razonable grado de aproximación, varios de los elementos determinantes del proceso, lo cual los habilita para coordinar su comportamiento. Por otra parte, tampoco podría decirse que la configuración de una colusión depende de que la estrategia permita establecer con certeza los resultados del proceso, ya que el tipo de estrategias colusorias materia de estudio, aunque no puedan nunca otorgar certeza, sí son idóneas para incrementar la probabilidad de victoria de los colusores y, en esa medida, para impedir la igualdad de condiciones entre todos los proponentes. Como ya está claro en este punto, esa circunstancia implica una restricción a uno de los factores fundamentales de la libre competencia eco-

nómica y, en consecuencia, resulta restrictiva<sup>25</sup>. Ejemplo de las consideraciones expuestas se encuentra en la siguiente decisión sancionatoria proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio:

Es importante enfatizar que, si bien en los procesos de licitación hay factores aleatorios que los proponentes deben enfrentar al momento de presentar sus propuestas, tales como la selección del mecanismo de calificación en el presente caso, lo cierto es que, como indicó la Delegatura en el Informe Motivado, también existían elementos que en su momento le permitieron a los participantes reducir la incertidumbre generada por dicha aleatoriedad.

En particular, este Despacho encontró cuatro (4) elementos que fueron conocidos por los proponentes y que aportaron información relevante para la estructuración de las propuestas: (i) las reglas de calificación de las ofertas económicas en todos los procesos similares adelantados por el Fonade fueron casi idénticas; (ii) el número de proponentes que se presentaron a este tipo de procesos de selección era previsible con un alto grado de aproximación por la experiencia adquirida en procesos anteriores (cerca de 5 proponentes); (iii) el comportamiento histórico de los proponentes presentes en procesos anteriores similares era observable y de hecho era analizado por los investigadores; y (iv) el rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes era limitado. Lo anterior por cuanto en las reglas de participación, el Fonade determinó que las ofertas debían estar ubicadas entre el 90% y el 100% del presupuesto oficial.

Las condiciones anteriores, junto con la experiencia en el mercado y el aprendizaje de los participantes respecto del comportamiento de sus rivales en procesos anteriores, permi-

---

25 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81527 de 8 de noviembre de 2017.

tieron a los participantes del proceso reducir la incertidumbre propia del mismo, facilitando el pronóstico de los valores de las ofertas económicas de los competidores, así como de la ubicación de la oferta promedio.

Si bien la transparencia de la información no resultaba por sí misma una ventaja única para los investigados, lo cierto es que dicha reducción en la incertidumbre de sus decisiones sumada a un comportamiento cooperativo entre los mismos, sí resultó un escenario idóneo para que los investigados aumentaran la probabilidad de que alguno de ellos resultara adjudicatario del proceso, tal y como lo demostró la Delegatura haciendo uso de modelos matemáticos de variables aleatorias<sup>26</sup>.

En esa oportunidad la entidad precisó que la inclusión de factores que generaban incertidumbre en el proceso de selección no impedía que ciertos aspectos del concurso fueran previsibles con un grado relevante de aproximación. También aclaró que la colusión, si bien no otorgaba absoluta certeza sobre el resultado del proceso de selección, incrementaba la probabilidad de victoria de los colusores, aspecto que fue considerado suficiente para otorgarle un carácter anticompetitivo al acuerdo.

### **E. La configuración de la colusión no está condicionada a la materialización de un efecto dentro del proceso de contratación pública**

Un aspecto que está claro dentro de la doctrina y la práctica del derecho de la competencia es que la configuración de un acuerdo anticompetitivo, de los que la colusión es una especie, no está condicionada a que se acredite que la coordinación en cuestión generó un efecto en el contexto

---

26 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1728 de 2019.

en el que ocurrió. Sobre este punto la Superintendencia de Industria y Comercio ha dejado claro lo siguiente:

Claro, como está, el fundamento del carácter restrictivo que se le atribuye a la colusión, es necesario recalcar que constituye un comportamiento ilegal por su objeto. En efecto, además de su idoneidad para impedir los elementos constitutivos del derecho a la libre competencia económica, se trata de una conducta que se considera, en sí misma, como anticompetitiva y constitutiva de un acto ilegal aunque el acuerdo correspondiente no alcance los propósitos para los que fue establecido<sup>27</sup>.

Ahora bien, aunque no se necesita la materialización de un efecto para la configuración de la colusión, es pertinente aclarar que sí se requiere que el comportamiento de los proponentes tenga un mínimo de idoneidad para limitar la libre competencia económica. Esto significa que el perfeccionamiento del acuerdo anticompetitivo exige que los agentes hayan llevado a cabo acciones que tengan la virtualidad de obstruir la dinámica de competencia dentro del proceso de contratación pública. Por consiguiente, deben existir elementos suficientes para concluir de forma razonable que las acciones de los agentes podrían impedir que el proceso se llevara a cabo en las condiciones necesarias para asegurar la rivalidad entre los competidores.

Acerca de la idoneidad del comportamiento de los colusores, es importante subrayar un aspecto que ha dejado establecido la autoridad de la competencia. Este aspecto consiste en que esa suficiencia de la conducta de los colusores no se desvirtúa porque, de manera circunstancial, en el proceso de selección en el que sucedió la coordinación hubiera participado un número considerable de proponen-

---

27 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81775 de 22 de diciembre de 2017.

tes<sup>28</sup>, pues cuando se ejecuta una estrategia de colusión el incremento ilegítimo de la probabilidad de victoria que se genera como consecuencia siempre existe. Lo que es variable es la magnitud de ese efecto, que dependerá del número de proponentes y de la dispersión del valor de sus propuestas<sup>29</sup>.

## **F. La posibilidad de configurar una colusión mediante figuras legales**

Teniendo en cuenta que la colusión puede configurarse por medio de innumerables modalidades y estrategias, consideramos conveniente señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio ha estudiado la posibilidad de que ese acuerdo anticompetitivo se perfeccione mediante la utilización abusiva de figuras jurídicas propias de la contratación pública, como las uniones temporales y los consorcios.

Al formular la imputación de un caso que está pendiente de decisión, la autoridad de la competencia afirmó —con el carácter preliminar que tiene ese acto administrativo, por supuesto— lo siguiente:

---

28 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81775 de 22 de diciembre de 2017. En esa oportunidad, la entidad, al analizar la validez de una defensa como la que ahora comentamos —consistente en que el gran número de proponentes que participó en el proceso de contratación pública en el que operó la colusión impidió la configuración de la infracción—, afirmó: “Otra razón que desvirtúa el argumento de defensa que ahora se estudia consiste en que la regla que propusieron los investigados contradice el régimen de protección de la libre competencia económica y la normativa aplicable a los procesos de selección de carácter público. Ese conjunto de reglas, de manera categórica, propenden por la independencia y autonomía de los proponentes independientemente de un aspecto absolutamente circunstancial como el relacionado con el número de competidores que podrían tomar parte en un proceso”.

29 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 13-198976 de 28 de agosto de 2017.

Por lo tanto, es claro que se constituye un abuso de las figuras jurídicas en cuestión, por cuanto se desvirtúa y se hace imposible el propósito que la ley les atribuyó, en aquellos eventos en los que el consorcio y la unión temporal, en lugar de emplearse para promover la concurrencia y la pluralidad de oferentes, se usan precisamente para vulnerar dichos principios y defraudar los intereses del consumidor-Estado al eliminar, de manera reprochable, las presiones competitivas que se hubieran podido traducir en ofertas más favorables para la entidad contratante<sup>30</sup>.

El pronunciamiento, insistimos, es apenas preliminar en tanto que corresponde a la formulación de una imputación. Sin embargo, creemos que es relevante poner el tema a consideración de la academia y de los profesionales dedicados a la práctica del derecho de la competencia.

### **G. La posibilidad de configurar una colusión mediante la participación de funcionarios públicos**

Estudiar la posibilidad de configuración de una colusión con la participación de funcionarios públicos es bastante pertinente, pues la posibilidad de que esos agentes colaboren en la obstaculización de la dinámica de competencia en un proceso de contratación pública es verdaderamente factible (Reeves-Latour y Morselli, 2017). Solo a manera de ejemplo, traemos a colación la declaración de una persona vinculada a una investigación:

Cuando usted financia a un político para un cargo de alcalde, gobernador, ese tipo de cosas siempre hay unos compromisos contractuales porque es la forma como se le va a devolver el favor al contratista o a la persona que invierte en la campaña. En ese momento, en el año 2008, eso fue lo que sucedió. Noso-

---

30 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Resolución 53641 de 2017.

tros ayudamos a Samuel Moreno y al Polo a llegar a la Alcaldía de Bogotá, y pues obviamente tenían que pagarle a uno con contratos. Así funciona aquí y funciona en todo el país<sup>31</sup>.

Algunos doctrinantes, sobre este punto, han considerado que la colusión no puede configurarse en aquellos eventos en los que la restricción de la competencia en el proceso de selección se genera por el comportamiento coordinado entre uno de los proponentes y los funcionarios públicos que pueden influir en el concurso. A manera de ejemplo, puede traerse a colación lo siguiente:

Esto quiere decir que la norma que prohíbe la colusión en licitaciones sanciona únicamente los acuerdos de no competencia realizados entre empresas, y no los acuerdos entre funcionarios públicos y empresas privadas para determinar el destino de una licitación. Por esta razón la herramienta utilizada por la SIC para preservar la competencia en la contratación pública es insuficiente para atacar pactos de no competencia que involucren la intervención de un funcionario público y una empresa. (Serrano Pinilla, 2011, p. 157).

La posición de la Superintendencia de Industria y Comercio, aunque solo manifestada expresamente de manera preliminar al formular una imputación, fue que la participación de un funcionario público en ese tipo de dinámicas podría configurar la colusión prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992<sup>[32]</sup>. La entidad afirmó:

Ciertamente, además de que el comportamiento de Gabriel Ignacio García Morales (entonces viceministro de Transporte y

---

31 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 11-1329 de 27 de diciembre de 2017.

32 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Resolución 67837 de 2018.

gerente general encargado del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) es susceptible de ser valorado a la luz del régimen de protección de la libre competencia económica en los términos del artículo 2.º de la Ley 1340 de 2009 —pues si bien no desarrollaba una actividad económica sí podía afectar, y de hecho, afectó su desarrollo—, es evidente que llegó a un acuerdo con Corficolombiana y Odebrecht que, sin ninguna duda, resultó idóneo para eliminar condiciones de verdadera competencia en el proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y que, de hecho, generó ese efecto.

Ahora bien, es importante aclarar que el comportamiento anotado configuró un acuerdo prohibido que estuvo orientado a suprimir las presiones competitivas en el marco del proceso de Licitación Pública SEA-LP-001-2009 y a garantizar que la estructura plural en la que participaron Episol y Odebrecht obtuviera la adjudicación del contrato correspondiente al Sector 2 de la Ruta del Sol.

Así pues, dado que el funcionario público está en capacidad de influir en el desarrollo de la actividad económica que ocurre en el marco del proceso de selección de que se trate y que, en últimas, desarrolla un comportamiento coordinado con uno de los proponentes de tal manera que resulta idóneo para impedir la libre competencia en el contexto del concurso, la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado que esa conducta corresponde con el presupuesto de hecho descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992.

## **H. El estándar de prueba y el principio de libertad probatoria**

En este punto es relevante tratar brevemente dos aspectos de trascendental importancia: el estándar de prueba que se debe cumplir para acreditar una colusión y los medios probatorios que sirven para ese propósito.

Respecto de lo primero, no es raro que en el marco de las investigaciones adelantadas por la autoridad de la competencia los investigadores exijan que la existencia de la colusión se acredite sin lugar a ningún tipo de duda o con plena certeza. Ese requerimiento no debería ser acogido porque un estándar de semejante nivel no es posible de alcanzar<sup>33</sup>. Como lo tiene claro la doctrina especializada, ninguna conclusión en materia probatoria puede establecerse en condiciones de absoluta certeza, pues las limitaciones de la racionalidad humana solo permiten alcanzar un determinado grado de probabilidad acerca de la veracidad de una proposición (Ferrer Beltrán, 2007 y Laudan, 2006). Así las cosas, el estándar de valoración probatoria en las actuaciones administrativas que adelanta la autoridad de la competencia debería ser el previsto en el artículo 176 del Código General del Proceso<sup>34</sup>. El sustento de esta conclusión se encuentra en que, como lo ha establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, esa es la normativa aplicable en materia probatoria, y además, el estándar más coherente con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta la autoridad<sup>35</sup>.

Sobre los medios de prueba admisibles en las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, reiteradamente se encuentran argumentos de defensa consistentes en que la existencia de la colusión debe establecerse mediante pruebas directas. Al respecto, la normativa aplicable en

---

33 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 14-32964 de 21 de diciembre de 2017.

34 "Artículo 176.— *Apreciación de las pruebas*. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba".

35 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 14-32964 de 21 de diciembre de 2017.

materia probatoria permite concluir que en las comentadas actuaciones opera plenamente el principio de libertad probatoria en los términos de los artículos 165 y 176 del Código General del Proceso. En consecuencia, las conclusiones fácticas en los procesos podrán establecerse con cualquier medio de prueba, incluso los de carácter indirecto, siempre que atiendan el estándar de prueba aplicable<sup>36</sup>.

## CONCLUSIONES

En este capítulo hemos puesto en evidencia el problema que, para efectos de determinar el sentido del comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992, implica el carácter abierto de esa disposición. Sobre esa base, hemos propuesto una forma de aproximación a la norma y unos criterios de interpretación encaminados a precisar, de manera adecuada, el significado y alcance de la prohibición contenida en la norma en cuestión. Ese criterio interpretativo exige abandonar un enfoque exclusivamente exegético y acoger, con fundamento en la ley, la jurisprudencia y la literatura especializadas, uno que emplee criterios sistemáticos y finalísticos que además resulte coherente con el régimen de protección de la libre competencia económica y el régimen de contratación pública.

Con fundamento en esas consideraciones, propusimos una definición general de la colusión, que concebimos como un acuerdo celebrado entre personas que tienen el deber de competir en caso de que concurran en un proceso de contratación pública, acuerdo que tiene por objeto o como efecto suprimir la rivalidad entre sus integrantes de manera que resulte idóneo para reducir las presiones competitivas

---

36 Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81775 de 22 de diciembre de 2017.

en el contexto del proceso de contratación pública sobre el cual verse.

Finalmente, conscientes de que la definición general propuesta mantiene un carácter abierto que le impide capturar todos los contenidos derivados de la naturaleza dinámica de la colusión, apelamos a la experiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para presentar algunos de los más destacados elementos de configuración de ese acuerdo anticompetitivo. Los elementos que señalamos fueron los siguientes:

— El objeto sobre el cual recae la colusión no se limita a las propuestas económicas que formulan los proponentes en el marco de un proceso de selección, pues el comportamiento se puede configurar siempre que recaiga sobre cualquier factor de competencia en el marco del proceso de selección.

— La coordinación entre sujetos sometidos al mismo control competitivo constituye una práctica restrictiva de la libre competencia económica, ya sea caracterizada como un acuerdo en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto Ley 2153 de 1992 o como una violación a la prohibición general prevista en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959.

— La intención de los proponentes coludidos no es un factor relevante para determinar la configuración de una colusión, pues en el contexto del derecho de la competencia es suficiente con que el comportamiento analizado sea idóneo para limitar la libre competencia económica para tener un carácter prohibido.

— La configuración de la colusión no se impide porque en el proceso de selección se hubieran incluido elementos que generen incertidumbre. Tampoco está condicionada a que la estrategia colusoria otorgue certeza sobre el resultado que pretenden los integrantes del acuerdo anticompetitivo.

— La configuración de la colusión no está condicionada a la materialización de un efecto dentro del proceso de contratación pública.

— Podría ser posible que la colusión se configurara mediante la utilización abusiva de figuras previstas expresamente en la normativa aplicable al proceso de selección, como sería el caso de uniones temporales o consorcios.

— Podría ser posible que la colusión se configurara por la realización de comportamientos coordinados entre los proponentes que participen en un proceso de contratación y servidores públicos que puedan influir en el resultado del concurso.

— La investigación que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio para efectos de establecer la existencia de una colusión está sujeta al principio de libertad probatoria, de manera que los elementos de configuración del comportamiento pueden ser acreditados con cualquier medio de prueba, incluyendo los de carácter indirecto. Además, el estándar de prueba no puede ser el propio del derecho penal, sino el de la normativa prevista para el procedimiento civil, que es la aplicable de conformidad con el artículo 52 del Decreto Ley 2153 de 1992.

Consideramos que el enfoque que hemos propuesto, así como la definición que referimos y los elementos de configuración determinados sobre la base de la experiencia de la autoridad de la competencia, contribuye a una más precisa determinación del contenido del acuerdo anticompetitivo materia de estudio y, así, a las labores investigativas de detección y represión de esta práctica restrictiva de la libre competencia económica, además de las orientadas a la promoción de una cultura de competencia en el marco del sistema de compra pública.

## REFERENCIAS

ARCHILA PEÑALOSA, E. J., y PABÓN ALMANZA, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas. *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, 38, 9-32.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2007). Acuerdos restrictivos de la competencia (art. 81 TCE). En A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea* (pp. 21-57). Navarra: Thomson Aranzadi.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 28 de enero de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009.

Corte Constitucional. Sentencia C-375 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 34247 de 2017.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53641 de 2017.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 67837 de 2018.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 13-198976 de 28 de agosto de 2017.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81527 de 8 de noviembre de 2017.

Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 14-32964 de 21 de diciembre de 2017.

- Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 15-81775 de 22 de diciembre de 2017.
- Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 11-1329 de 27 de diciembre de 2017.
- Delegatura para la Protección de la Competencia. Superintendencia de Industria y Comercio. Informe motivado dentro del proceso n.º 17-292981 de 21 de diciembre de 2018.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FOX, E. (1986). The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Making: Antitrust as a Window. *New York University Law Review*, 61, 554-588.
- GALVIS QUINTERO, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección contractual. *Vniversitas Javeriana*, 65(32), 133-196.
- KENNEDY, D. (2013). El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica. En D. KENNEDY, IZQUIERDA y DERECHO, *Ensayos de teoría jurídica crítica* (pp. 27-43). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- LAO, M. (2014). Ideology Matters in the Antitrust Debate. *Antitrust Law Journal*, 79(2), 649-685.
- LAUDAN, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LEITER, B. (2007). *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. New York: Oxford University Press.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2012). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá: Editorial Temis.

MARX, L., y MARSHALL, R. (2012). *The Economics of Collusion. Cartels and Bidding Rings*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology.

MIRANDA, A., y DEIK, C. (2018). *La colusión en procesos de selección para la celebración de contratos estatales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2014). *Combatiendo la colusión en los procesos de contratación pública en Colombia*. París: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

REEVES-LATOUR, M., y MORSELLI, C. (2017). Bid-rigging Networks and State-corporate Crime in the Construction Industry. Social Networks. *An International Journal of Structural Analysis*, 51, 158-170.

SERRANO PINILLA, F. (2011). El derecho de la competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 9(19), 147-182.

SUNSTEIN, C. (1989). Interpreting Statutes in the Regulatory State. *Harvard Law Review*, 103(2), 408-508.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53914 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54963 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54695 de 2013.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 91235 de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 41412 de 2018.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1728 de 2019.

ZULETA ÁNGEL, E. (1936). El fetichismo de la Ley escrita. *Revista de las Indias*, 1(1), 4-11.

ZULETA, M. M. (2018). Contratación, compras públicas y riesgo de corrupción en el nivel central y descentralizado. En *Fedesarrollo, lucha integral contra la corrupción en Colombia: reflexiones y propuestas* (pp. 155-247). Bogotá: La Imprenta Editores.