

# La Colusión en Colombia “Una Práctica Desleal frente a la Libre Competencia”

Ehudid Andrea García Sosa<sup>1</sup>

Luz Ayda Torres Esguera<sup>2</sup>

## Resumen:

En el presente artículo se pretende identificar las particularidades de la contratación pública colombiana especialmente las licitaciones públicas y la aplicación de las leyes existentes para combatirla, con esto se busca dar a conocer la problemática, dar indicaciones y propuestas para llegar a encontrar un cumplimiento más eficaz en cuanto a las recomendaciones y leyes, teniendo en cuenta que la contratación pública debe ser efectiva y cumplir con los fines del Estado.

Asimismo, la colusión se encuentra tipificada en el Estatuto Anticorrupción pero esto no es suficiente para reducir la corrupción en las licitaciones públicas, teniendo en cuenta lo anterior se debe revisar la eficacia de los instrumentos izados en el ordenamiento colombiano y las dificultades que enfrentan las entidades públicas, al momento de adelantar procesos licitatorios debido a que en muchas de las situaciones es difícil detectar por parte de la administración pública, finalmente se realiza un estudio comparado con los ordenamientos de otros países de Sur América.

## Palabras Clave

Colusión, leyes, contratación pública, anticorrupción, libre competencia, corrupción, licitación.

---

<sup>1</sup> Estudiante de pregrado en Derecho y Posgrado en Contratación Estatal de la Universidad La Gran Colombia, Email: [ehudidandrea.garcia@ulagrancolombia.edu.co](mailto:ehudidandrea.garcia@ulagrancolombia.edu.co)

<sup>2</sup> Estudiante de pregrado en Derecho y Posgrado en Contratación Estatal de la Universidad La Gran Colombia, Email: [luzayda.torres@ulagrancolombia.edu.co](mailto:luzayda.torres@ulagrancolombia.edu.co)

## Abstract

This article aims to identify the particularities of Colombian public procurement especially public tenders and the application of existing laws to combat it, with this seeks to raise awareness of the problem, give directions and proposals to reach a more effective compliance in terms of recommendations and laws, taking into account that public procurement must be effective and comply with the State's purposes.

In addition, collusion is typified in the Anticorruption Statute, but this is not enough to reduce corruption in public tenders, taking into account the above, the effectiveness of the instruments raised in the Colombian legal system and the difficulties faced by the entities must be reviewed. public, at the time of advancing bidding processes because in many of the situations it is difficult to detect by the public administration, finally a comparative study is made with the ordinances of other South American countries.

## Key Words:

Collusion, laws, public procurement, anti-corruption, free competition, combat.

## **Introducción**

La colusión en Colombia está tipificada en el Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011 definido como acuerdos restrictivos de la competencia en el artículo 27, donde se castiga este tipo de prácticas que minan la libre competencia, esta conducta se tipifica cuando se altera ilícitamente los procesos de licitación pública, con pena de prisión de 6 a 12 años, el Estatuto Anticorrupción establece un tipo penal específico para los acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación estatal. Sin embargo, esta tipificación no incluye las conductas entre el mismo sector privado que puedan afectar directa o indirectamente la dinámica del mercado y se centraron esfuerzos en combatir los perjuicios más evidentes de la colusión, en el erario.

Ahora bien, aunque esta rechazada la colusión en el ordenamiento jurídico, tal delito de acuerdos restrictivos de la competencia radica en la carga probatoria que debe asumir el

Estado en contra de la persona o grupo de personas que pretenda acusar de la comisión de la mencionada conducta, lo que hace que sea muy difícil probar tales maniobras. (Gomez D. P.)

Ahora bien, las prácticas colusorias afectan de manera directa el principio constitucional a la Libre Competencia.

En Colombia la problemática de la colusión no ha sido lo suficientemente abordada con la intención de revisar la eficacia de los instrumentos izados en el ordenamiento jurídico. Se puede afirmar que la colusión y la libre competencia son dos asuntos íntimamente relacionados, ya que las consecuencias del uno se reflejan directamente en el otro. Lo señalado encuentra sentido, toda vez que son problemáticas de interés general, debido a las afectaciones que causan en la Contratación Estatal, pues no sólo genera desequilibrio económico y político para el Estado Colombiano, sino también tienen graves implicaciones sociales, ello debido a que la colusión violenta la seguridad jurídica y las garantías que debe ofrecer la libre competencia.

La afectación a la libre competencia mediante la celebración de acuerdos es una forma de corrupción que afecta la posibilidad del Estado de escoger al mejor oferente posible.

La colusión es una de las formas de corrupción más comunes en los procesos de contratación estatal, la Superintendencia de Industria y Comercio en el año de 2010 realizó una encuesta a los empresarios que concurren regularmente a procesos licitatorios y encontró que el 61% de los encuestados percibe que si no se acude al pago de sobornos se pierden negocios. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010)

De otro lado, la encuesta también arrojó datos como la percepción sobre la necesidad de pagar prebendas, sobornos a funcionarios públicos para acceder a un contrato estatal. “Según 55% de los empresarios encuestados la principal motivación para ofrecer un soborno a funcionarios del sector público es la percepción de que los trámites y procedimientos son engorrosos y complejos”. El “46%, de los encuestados señalan que el soborno también ocurre porque existe un requerimiento en ese sentido, directo o indirecto,

por parte de funcionarios públicos a cambio de facilitar alguna acción en favor de la empresa.”

Ahora bien, la ONG Transparency International que mide en el mundo los niveles de corrupción política en los Estados mediante el índice de percepción de la corrupción 2017 muestra una fuerte presencia de este fenómeno en más de dos tercios de los países y ubica a Colombia en el puesto 90 de 176 con niveles de corrupción altos superando la medición de 2010 donde se ubicaba en el puesto 77. Recuperado de [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD\\_BwE](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD_BwE) consultado el 26 de marzo de 2018 12:13 pm

El índice divulgado por Transparency International, en 2017, revela un dato perturbador,

A pesar de los esfuerzos por combatir la corrupción en el mundo, la mayoría de los países están avanzando con demasiada lentitud. Aunque detener la corrupción lleva tiempo, en los últimos seis años numerosos países han conseguido progresos mínimos o nulos. Un análisis más detenido de los resultados del índice arroja un dato aún más alarmante: los países donde son más frágiles las garantías para la prensa y las organizaciones no gubernamentales (ONG) en general presentan también los peores índices de corrupción. Recuperado de

[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD\\_BwE](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD_BwE) consultado el 26 de marzo de 2018 12:13 pm

El índice, que clasifica 180 países y territorios según las percepciones de expertos y empresarios sobre el nivel de corrupción en el sector público, emplea una escala de cero a 100, en la cual cero equivale a muy corrupto y 100 a muy transparente. Este año, el índice concluyó que más de dos tercios de los países obtienen una puntuación inferior a 50, y que la puntuación media es de 43. Recuperado de

[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAAYASAAEgJIVvD\\_BwE](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAAYASAAEgJIVvD_BwE) consultado el 26 de marzo de 2018 12:13 pm

En los últimos seis años, varios países mejoraron de manera significativa su puntuación en el IPC, incluidos Costa de Marfil, Senegal y el Reino Unido, mientras que otros descendieron de posición, como Siria, Yemen y Australia.

En el año 2017, Nueva Zelanda y Dinamarca ocuparon las primeras posiciones, con puntuaciones de 89 y 88 respectivamente. Siria, Sudán del Sur y Somalia se ubicaron en los puestos más bajos, con puntuaciones de 14, 12 y 9 respectivamente. La región con mejor desempeño es Europa Occidental, con una puntuación media de 66. Las regiones peor posicionadas son África Subsahariana (puntuación promedio de 32) y Europa del Este y Asia Central (puntuación promedio de 34). Recuperado de [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAAYASAAEgJIVvD\\_BwE](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAAYASAAEgJIVvD_BwE) consultado el 26 de marzo de 2018 12:13 pm

En Latinoamérica aumento la corrupción, por ejemplo, Venezuela ocupó el puesto 166 descendiendo 11 puestos y Colombia descendió 13 puestos al pasar del 77 al 90 con una puntuación de 37.

En Colombia en 2017 según el Índice de Transparencia de las entidades públicas correspondiente al periodo 2015-2016, las mejor calificadas quedaron ubicadas en riesgo 'moderado'. De acuerdo con el informe de Transparencia, la gran mayoría de las entidades del Estado, a nivel nacional, departamental y local, fueron clasificadas en riesgo de corrupción 'alto' y 'muy alto' Ninguna, entre 167 entidades públicas evaluadas por Transparencia por Colombia, clasificó en nivel bajo de riesgo de corrupción. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/informe-de-2017-de-transparencia-por-colombia-sobre-la-corrupcion-81676> consultado el 29 de marzo de 2018 11:24 am

De acuerdo con la evaluación de Transparencia, las entidades nacionales analizadas (75), la que tiene el riesgo más alto de corrupción es la Unidad de Información y Análisis Financiero (Uiaf). Su calificación fue de 47,5. Le sigue en el ranking de mayor riesgo la Fiscalía General. Según Transparencia, la puntuación obtenida por el organismo de investigación es de 50,9, que lo ubica en un nivel de riesgo alto de corrupción. La entidad disminuyó su calificación en 11,6 puntos, en comparación con la medición 2013-2014. “Para el caso de la Fiscalía, los mayores riesgos de corrupción identificados por el Índice de Transparencia Nacional están relacionados con el Sistema de Atención al Ciudadano”. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/informe-de-2017-de-transparencia-por-colombia-sobre-la-corrupcion-81676> consultado el 29 de marzo de 2018 11:24 am

De otro lado, el informe denota que se configura corrupción al momento de la adjudicación de los contratos y en su ejecución, entidades como Fonade, el Departamento para la Prosperidad Social, Coldeportes, puntuaron 56 puntos por la asignación de recursos para la ejecución de obras de infraestructura mediante licitación pública.

El problema se atiza cuando una forma de corrupción se acentúa como una práctica común de quienes participan como oferentes en la contratación pública vulnerando la libertad de competencia que asegura no solo la libre competencia sino la posibilidad de escoger el mejor oferente para desarrollar y cumplir con los fines Estado.

La libre competencia, la ha definido la Corte como “un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”. (CConst, C-992/2006, A. Tafur).

En el texto “La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas” se define la libre competencia como un principio estructural de la economía social del mercado, que comprende al menos tres prerrogativas: 1) la posibilidad de ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones establecidas por la ley, 2) la libertad para ofrecer las

condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y 3) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar. (CConst, C-616/2001, R. Escobar). En desarrollo de ese modelo de economía social de mercado, se ha definido la libre competencia como un derecho que debe perseguir una función social en el marco del Estado Social de Derecho — obligación que también se le ha impuesto a las empresas y, en general, a la iniciativa privada—. En estos términos se reconoce la importancia de fomentar la actividad empresarial, pero resaltando a su vez la imperiosa necesidad de que el Estado utilice los instrumentos que resulten aconsejables para intervenir en la economía, a fin de evitar y controlar los abusos que se puedan presentar en el mercado, incentivar la competencia, proteger los bienes y valores constitucionales, conciliar los intereses particulares y generales presentes en la libre competencia, y resguardar los derechos de los consumidores. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 *Vniversitas*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

La colusión, es entendida como un pacto ilícito en daño a un tercero, la cual se da en los procesos de contratación pública, es un acuerdo anticompetitivo sancionado por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y más recientemente por la Ley 1474 de 2011-Estatuto Anticorrupción-, mediante la cual se elevó a categoría de delito lo que antes solo era sancionable desde el punto de vista administrativo. Sin embargo, el modelo de sanción establecido en la normativa colombiana, si bien es bastante alto, sobre todo después de la categorización de delito de esta conducta, el verdadero problema radica en la aplicación de la misma, o mejor, en el organismo encargado de su aplicación. Pero ¿por qué ocurre este fenómeno? ¿Cómo se puede medir la percepción de corrupción de un estado y sus actividades públicas? Una manera de medir la corrupción es la inversión en políticas públicas que no se concretan, otra forma son los costos de los gastos de transacción, es decir cuánto vale hacer o construir obras públicas y si su valor tiene exagerados sobre costos. Por último está el papel de la justicia en delitos contra la administración pública que también mide la participación de funcionarios públicos en delitos que atentan contra el erario. El presente artículo no tiene como pretensión establecer la causa que lleva a

sociedades democráticas acudir a prácticas corruptas, más si tiene la intención de presentar un fenómeno determinante que atiza la corrupción en contra de la libre competencia. La colusión como fenómeno se presenta entonces como una acción ilegal pero recurrente para acceder al otorgamiento de contratos públicos.

El objetivo de este escrito es el de esclarecer algunos aspectos relacionados con la corrupción en la contratación pública en Colombia, específicamente en lo referido a la colusión, partiendo de un análisis de los antecedentes de esta y estudiando las medidas que se han establecido para combatir dicha problemática, tomando referentes normativos como la creación del Estatuto Anticorrupción creado en el año 2011, la jurisprudencia colombiana y las disertaciones académicas, así como también se buscare los resultados que se han obtenido a la fecha frente a las herramientas creadas. Lo anterior, ya que a pesar de ser un tema de interés público no se ha visto que las medidas legales reduzcan las prácticas en contra de la libre competencia, generando una ineficacia del ordenamiento normativo y de las instituciones judiciales y de control.

El problema de investigación se concreta en la siguiente pregunta: ¿las medidas para combatir las prácticas ilícitas en contra de la libre competencia en la contratación estatal son eficaces? ¿Ahora de no ser eficaz, es posible construir mecanismos idóneos para combatir la colusión?

**Para contestar los cuestionamientos se plantea la siguiente hipótesis de trabajo:**

“las medidas para combatir la corrupción en la contratación estatal son ineficaces para proteger la libre competencia, así como evitar prácticas monopólicas u oligopólicas, pues elevar la acción de la colusión como ilícita no ha reducido los índices de corrupción. Por tanto, se plantea una modificación el sistema normativo para endurecer las acciones judiciales y disciplinarias para salvaguardar la libre concurrencia de oferentes y generar prácticas que reduzcan los monopolios en la contratación pública”.

De conformidad con la hipótesis planteada se plasma como objetivo del escrito plantear la problemática de la colusión en Colombia dentro de los procesos licitatorios, de manera que permita evidenciar los efectos negativos que esta causa para la contratación



estatal en el país y como se presenta una ineficacia de las instituciones jurídicas para evitar las prácticas colusorias.

La importancia del tema planteado para el presente artículo radica en la necesidad de identificar los diferentes mecanismos que son utilizados por parte de algunos oferentes en los procesos de licitaciones públicas adelantadas por la Administración.

Por ser una problemática de la actualidad y además un asunto de importancia debido a la afectación que existe frente a la libre competencia, se convierte en un tema de interés general, y es menester tener claridad sobre algunos de los conceptos que se relacionan dentro de esta materia. Es por ello que es determinante examinar en este artículo, las dificultades que enfrentan las entidades públicas, al momento de adelantar procesos licitatorios debido a que en muchas de las situaciones es difícil detectar por parte de la administración en vista que muchos de los oferentes que participan lo hacen de forma desleal, y desconocen así los principios en la Contratación Pública en Colombia.

Es así, que una de las bases del presente proyecto es la Ley Anticorrupción ya que es la forma en que el Estado inicia a combatir la problemática para evitar más corrupción; sin embargo, no ha sido una herramienta suficiente para controlar los vacíos y las constantes quejas que se formulan alrededor de la colusión, esto, por ser una norma que aún tiene muchos vacíos según lo que se evidencia en la realidad colombiana.

De igual manera, es importante conocer cómo se controlan las conductas colusivas y los métodos que desarrolla la administración pública actualmente para identificar los “carteles de la contratación estatal” y la necesidad de generar nuevas herramientas.

Como resultado de la investigación se busca establecer una dogmática útil para el Estado que reivindique el principio de la libertad de competencia mediante el uso de mecanismos que reduzcan la corrupción al momento de la adjudicación de contratos públicos evitando prácticas monopólicas.

Para ello se plantea el siguiente Itinerario: En el acápite primero se analizarán los antecedentes de la libre competencia y la colusión en Colombia y sus casos más representativos. A su vez se realizara la revisión de la colusión en Colombia y las

herramientas empleadas por las entidades estatales para la identificación de dichos casos dentro de los procesos licitatorios, para ello se revisaran posturas académicas Deisy Galvis-Quintero, Dilia Paola Gómez y Emilio José Archila Peñalosa, se analizara la libre competencia en Colombia, desde su concepto y los efectos que la colusión ha generado en está, revisando los pronunciamientos de los tribunales judiciales.

En el acápite segundo se realizará un estudio comparado en países latinoamericanos donde se ha criminalizado la colusión entre ellos se revisará Perú, Ecuador y Colombia haciendo un análisis sobre el impacto de las medidas implementadas

En el acápite tercero se harán las conclusiones sustantivas del texto de investigación haciendo una reconstrucción de las medidas que se intentan mostrar como alternativas para el ordenamiento colombiano garantizando la libre competencia.

El método de investigación es reconstructivo donde se revisará el estado del arte del problema de investigación que es la implementación de medidas para evitar o sancionar los acuerdos colusivos.

De acuerdo a la metodología se realizará en primer lugar, una breve revisión de los conceptos de la libre competencia y de la colusión en Colombia. En segundo lugar, se realizará estudios comparados teniendo como objeto de estudio la colusión y su tipificación como delito en Estados homogéneos como Perú, México y Ecuador

Finalmente se identificarán a partir de los estudios comparados de los mecanismos para combatir la colusión dentro de los procesos las posibles formas o instrumentos para combatir prácticas monopolísticas.

## **I. La libre competencia y la colusión en Colombia**

Para validar la hipótesis propuesta en el artículo de investigación la cual se construyó así: “las medidas para combatir la corrupción en la contratación estatal son ineficaces para proteger la libre competencia, así como evitar prácticas monopólicas u oligopólicas, pues elevar la acción de la colusión como ilícita no ha reducido los índices de corrupción. Por tanto, se plantea una modificación el sistema normativo para endurecer las

acciones judiciales y disciplinarias para salvaguardar la libre competencia de oferentes y generar prácticas que reduzcan los monopolios en la contratación pública”.

Se realizara una reconstrucción del estado del arte, para ello se hará una revisión de los conceptos de la libre competencia, la definición de colusión como tipo penal en Colombia, además se revisara la eficacia del modelo en contra de la corrupción adoptado por el ordenamiento colombiano en lo que se refiere a contratación pública.

### **La cuestión de la libre competencia en el ordenamiento colombiano**

La libre competencia, ha sido definida por la Corte constitucional como “un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita”. (CConst, C-992/2006, A. Tafur).

A su vez, el Tribunal Constitucional ulteriormente expuso que, en desarrollo de ese modelo de economía social de mercado, se ha definido la libre competencia como un derecho que debe perseguir una función social en el marco del Estado Social de Derecho — obligación que también se le ha impuesto a las empresas y, en general, a la iniciativa privada. (CConst, C-228/2010, L. Vargas).

Según la autora Deisy Galvis haciendo un estudio de los precedentes de la Corte Constitucional respecto de la libre competencia la definió como un principio estructural de la economía social del mercado, que comprende al menos tres prerrogativas: 1) la posibilidad de ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones establecidas por la ley, 2) la libertad para ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y 3) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 *Vniversitas*. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

En síntesis, el principio constitucional y su regulación legal en Colombia supone que la libre competencia soporta la actividad empresarial genera en teoría que se regulen la oferta y la demanda y mejoren también precios, así como los servicios que se ofertan.

Sin embargo, el principio de libre competencia tiene límites, pues diversas posiciones doctrinales así como jurisprudenciales, sostienen la imperiosa necesidad de que el Estado utilice los instrumentos que resulten aconsejables para intervenir en la economía, a fin de evitar y controlar los abusos que se puedan presentar en el mercado manejando por la concentración de emporios económicos, de igual manera el Estado esta instituido para incentivar la competencia, mediante el incentivo de creación de empresa, así como proteger los bienes y valores constitucionales. (CConst, C-228/2010, L. Vargas). Por tanto, el aparato estatal tiene como una de sus finalidades conciliar los intereses particulares y generales presentes en la libre competencia, y proteger los derechos de los consumidores.

Es importante mencionar que el Estado funge como máximo consumidor, por tanto, entra en el mercado el interés general representado en el aparato institucional, por tanto el interés general debe ser salvaguardado frente a la libre competencia. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc> Por tanto, cuando el Estado concurre al mercado en calidad de consumidor en la búsqueda de bienes y servicios por medio de un proceso contractual lo hace como un participante más; empero, a diferencia de los particulares, la formación de su voluntad no atiende a una mera liberalidad de designio, sino que está reglada y se construye mediante el seguimiento de etapas o formas enmarcadas en diversas modalidades de selección de contratistas; siempre bajo el imperio del deber de selección objetiva, para la escogencia de la otra parte contratante. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

La libre competencia económica propugna garantizar una sana competencia en el mercado, impulsando la existencia de una pluralidad de oferentes, para que se haga efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, cuando el Estado concurre al mercado en

la búsqueda de bienes y servicios por medio de un proceso contractual, lo hace como un consumidor más; sin embargo, la formación de su voluntad no se soporta en una mera liberalidad, sino que está reglada normativamente y se construye mediante el seguimiento de etapas o formas señaladas en diversas modalidades de selección de contratistas; siempre bajo el imperio del deber de selección objetiva señalados en la ley. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

### **Corrupción y colusión**

La autora Dilia Paola Gómez realizó un estudio sobre la colusión la cual la definió como “la sinergia nociva de participantes en un proceso de selección en detrimento del derecho de terceros a participar en condiciones de igualdad<sup>3</sup>”. (Gomez, 2014) Para llegar a esta conclusión se basó en la definición etimológica de la expresión el diccionario de la real academia de la lengua Española concibe la definición de colusión como pacto ilícito en detrimento de tercero, además la autora identificó la raíz lingüística como vocablo tiene su origen en la expresión latina *collusio-collusionis* que se deriva del verbo *colludo-colludere* que significa “jugar junto”. La autora concluye que la colusión afecta directamente el principio de libertad de empresa del que se deriva el derecho de libre competencia, por lo tanto, afectar la libre competencia significa necesariamente afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa. En regímenes económicos democráticos la libertad de empresa es, junto con la propiedad privada, considerados los ejes fundamentales de los derechos económicos. (Gomez, 2014)

La democracia se enfrenta a un dilema del que muy difícilmente puede escaparse, ya que, en temas de libertad de empresa se pone de manifiesto la tensión existente entre los dos rasgos característicos de la democracia, libertad y la igualdad. (Gomez, 2014)

Finalmente la investigadora Gómez establece que un sistema democrático que privilegia la libertad sobre la igualdad obtendrá como resultado que quienes se muestren

---

más hábiles para el desarrollo de las actividades económicas rápidamente tomen ventaja sobre quienes no lo son tanto y los sometan a sus condiciones en el espacio abierto que es el mercado, dando paso a fenómenos como los monopolios o los oligopolios; pero, si por el contrario, el sistema privilegia la igualdad sobre la libertad a través de la intervención coartará la libertad de quienes naturalmente cuentan con mayores habilidades para explotar el mercado a su favor y en su afán de distribuir igualitariamente las oportunidades lo único que logrará será nivelar a sus agentes económicos en función de los estándares más bajos porque es evidente que resulta más fácil exigirle al hábil que descienda al nivel del menos hábil que pedirle al incompetente que alcance los niveles de los más capaces. Ante ese dilema, los sistemas económicos contemporáneos han acudido a fórmulas intermedias de libertad vigilada, libertad con regulación o libertad con responsabilidad; al parecer, ninguna de estas fórmulas ha sido del todo exitosa. (Gomez, 2014)

El modelo colombiano hace una opción en favor de la libertad y, apelando al principio de responsabilidad, pretende alcanzar la igualdad. La distancia entre estos dos principios democráticos permite la aparición de prácticas oligopólicas en tanto que, si bien los monopolios están prohibidos, son solo unos cuantos los que tienen el acceso pleno a los bienes del mercado y, acudiendo no en pocas ocasiones a las prácticas clientelistas descritas atrás, rápidamente toman ventaja de sus competidores débiles excluyéndolos del mercado o reduciéndoles ostensiblemente su campo de acción y por ende sus posibilidades de obtención de utilidad significativa.

En términos legales la colusión se califica como acuerdos o prácticas concertadas y se denomina genéricamente como carteles o mafias. Sin embargo, aunque no siempre existe la posibilidad de comunicación o contacto directo entre las empresas, éstas pueden ajustar su comportamiento al de sus rivales; debido a las particulares condiciones del mercado que les permiten detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y, además, hacen creíble que aplicarán medidas de represalia frente a las desviaciones que se identifiquen. Bajo estas circunstancias se presenta la colusión tácita. Las conductas colusorias se dan tanto en las relaciones empresariales entre el sector privado, como en las relaciones que las empresas entablan con el sector público a través de la contratación

estatal. La colusión, como forma de distorsión del mercado puede derivar en corrupción. (Gomez, 2014)

Aunque esta modalidad de corrupción, se da también en el sector privado, preocupa su ocurrencia en el público (Gomez, 2014), pues esto genera sobrecostos para el Estado y la consecuente ineficiencia tanto en la prestación de servicios como en la asignación equitativa de recursos. En cualquier, caso el principal y directamente afectado siempre será el consumidor o usuario final, dada las limitadas posibilidades de escoger a sus proveedores y los altos costos que esto traduce.

En el Estado, la colusión se presenta vía contratación a través de licitaciones públicas y cada vez en mayor medida en la contratación directa. La administración destina buena parte de sus recursos a la adquisición de bienes y servicios, las utilidades percibidas por los proveedores son atractivas, pues por lo general se trata de compras a gran escala; sin embargo, la adjudicación no siempre se realiza con la eficiencia y transparencia necesarias, dando lugar a la corrupción y a la formación de prácticas contrarias a la libre competencia. (Gomez, 2014)

Para el caso colombiano, persiste la corrupción en la contratación estatal. Por ejemplo, se citan algunas estadísticas| tales como: la tercera encuesta nacional sobre prácticas contra el soborno en empresas colombianas, indica que el 94% de los empresarios -un punto porcentual por encima de los resultados del año 2010- considera que se ofrecen sobornos en el entorno de los negocios.

El dato mencionado, demuestra que la generación de una cultura de prevención de esta práctica desde las empresas aún sigue siendo muy poca en cuanto a la aplicación de buenas prácticas. Esto lo corrobora el hecho de que el 58% de los empresarios no cuentan con ningún canal para denunciar casos de soborno. (Gomez, 2014)

De igual manera, las encuestas del Banco Mundial y de Confecámaras muestran que en las licitaciones públicas pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque vastos sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios, con lo cual se ha restringido la

competencia por los negocios estatales. Al indagar sobre los criterios de rechazo básicos para su no participación, cerca de la mitad de los empresarios encuestados consideraron, en orden de importancia: i) La competencia injusta, ii) La complejidad en el proceso licitatorio y iii) Tener contactos personales dentro de la entidad contratante, aspectos que ratifican la existencia de un creciente nivel de desconfianza respecto a la capacidad del gobierno para establecer reglas claras de participación para las entidades y los oferentes, y corregir las deficiencias existentes en la mayoría de los procesos de contratación del Estado. La autora concluye que, cuando se presenta colusión en licitaciones, esta práctica puede afectar cualquiera de las fases contractuales (Gomez, 2014) Al coludirse los competidores, se reduce la oferta disponible para que el Estado compre en mejores condiciones de mercado y se produce un desperdicio de recursos. El efecto anterior es socialmente indeseable y contrario al propósito. (Gomez, 2014)

En el presente apartado se realizó una reconstrucción de los conceptos de la libre competencia, la definición de colusión como tipo penal en Colombia, y se hizo una descripción sobre la eficacia del modelo en contra de la corrupción adoptado por el ordenamiento colombiano en lo que se refiere a contratación pública.

Como conclusión, la definición más acertada de la colusión es entendida como los acuerdos o prácticas concertadas entre carteles o mafias. En donde las empresas que compiten por un contrato público pueden ajustar su comportamiento al de sus rivales; debido a las particulares condiciones del mercado que les permiten detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado a esto se le denomina colusión tácita. La colusión, como forma de distorsión del mercado es una forma de corrupción. (Gomez, 2014)

Esta práctica genera sobre costos para el Estado además de la ineficiencia en la prestación de servicios, además que los recursos del erario en la asignación no son equitativos. El principal afectado siempre será el consumidor, que en lo público es el Estado, dada las limitadas posibilidades de escoger a sus proveedores y los altos costos que esto traduce.



La colusión se presenta vía contratación a través de licitaciones públicas y en la contratación directa. La administración destina buena parte de sus recursos a la adquisición de bienes y servicios, las utilidades percibidas por los proveedores son atractivas, la adjudicación no se realiza con eficiencia y transparencia, dando lugar a prácticas contrarias a la libre competencia. (Gomez, 2014)

La corrupción en la contratación estatal en Colombia según encuestas del Banco Mundial y de Confecámaras muestran que en las licitaciones públicas pueden gestarse procesos de “selección adversa” porque sectores empresariales se han marginado de las oportunidades de trabajar con el Estado debido a la poca transparencia en los procesos licitatorios, con lo cual se ha restringido la competencia por los negocios estatales. La colusión, reduce la oferta disponible para que el Estado compre en mejores condiciones de mercado y se produce un desperdicio de recursos. El efecto anterior es socialmente indeseable y contrario a derecho

## **II. La colusión y su tipificación**

El derecho comparado, es definido como el estudio y propuestas de comparaciones, recepciones, trasplantes, transformaciones, integraciones, de cualquier institución jurídica, entendida como concepto, acción, mecanismo, modelo, principio, valor o normativa y/o precedente el cual puede ser aplicado a cualquier disciplina jurídica, JULIO AYASTA GONZALES, recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos78/metodo-comparativo-estudio-derecho-comparado/metodo-comparativo-estudio-derecho-comparado.shtml#ixzz5HKKTNrOs> consultada el 01 de junio de 2018 12:27 am sostiene que en el derecho francés y alemán esta disciplina jurídica ha alcanzado mayor desarrollo, para estudiar los trasplantes jurídicos.

Para entender el fenómeno de la colusión hay que visitar distintos sistemas normativos, ejemplo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, donde se instauró el Manual para la Formulación y aplicación de las leyes de competencia, (Nueva York y Ginebra 2004), el Tratado de Defensa de la Libre Competencia, Este acuerdo contempla la posibilidad que las relaciones entre los competidores sean horizontales o verticales, según se den entre competidores situados en el mismo nivel del

proceso productivo o de distribución para el primer caso, y para el segundo u horizontal, si los acuerdos se dan entre empresas en distintos niveles del proceso productivo o de distribución. Avila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78

A continuación, se realizará estudios comparados teniendo como objeto de estudio de la figura jurídica de la colusión y su tipificación como delito en estados homogéneos como Perú, México y Ecuador, estos sistemas jurídicos se escogieron ya que según la medición de corrupción tanto Colombia como México Ecuador y Perú se encuentran en los mismos niveles en lo que respecta la protección a la libre competencia.

### **La colusión en derecho comparado**

La Unión Europea para impedir las practicas que atentan la libre competencia fijo multas entre 15 y 25% de las ventas anuales de las empresas o 10% de las utilidades anuales, instauró como máximo organismo fiscalizador a la Comisión Europea esto en razón al caso de colusión en 2002 donde la Comisión Europea impuso una multa de un total de 167,8 millones de euros al fabricante japonés de videojuegos Nintendo y a siete de sus distribuidores oficiales en Europa por impedir las exportaciones desde países con precios bajos a países con precios altos. Recuperado de <http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html>

En España se contempla en el Código Penal que, la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o disponer de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurría en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

En el mismo sentido Chile estableció en su normativa que el empleado público que en las operaciones en que interviniera por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraudare al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándole pérdida o privándole de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa diez al 50 % del perjuicio causado. En Bolivia se tipifico como tipo penal de la siguiente manera: el funcionario público que por sí o por interpuesta o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para un tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días. Ávila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78

A continuación, se presentan las figuras jurídicas insertas para combatir la colusión en algunos países latinoamericanos.

## **1. México**

En México se han presentado diversos cambios frente a su normativa, procurando tener leyes más eficaces y eficientes frente a la integridad en el mercado, así como la instauración de sanciones a las conductas colusorias. Entre los años de 2006 y 2011 se presentó un incremento evidente en las acciones del sistema legal frente a las operaciones colusorias. En El Código Penal Federal se introdujeron reformas en el 2011 señalando una penalización por infracciones a la competencia de modo más claro, debido a ello, la normativa no señalaba sanciones penales frente a las acciones colusorias.

En 2013 se realiza una importante reforma Constitucional y en 2014 se diseña una nueva ley de competencia, que originó un ajuste al sistema de competencia en México perfeccionando la transparencia de los mercados. La razón principal en México para realizar estas modificaciones fue el reconocimiento de los cárteles como máximos proveedores hacia los consumidores, ocasionándoles perjuicios y pérdidas.

El Código Penal mexicano instaure sanciones de 5 a 10 años de prisión para aquellos individuos envueltos directamente en un cártel. Los sistemas penales y administrativos se encuentran esencialmente relacionados. La manifestación de objeciones penales por parte de la autoridad investigadora es un pre-requisito obligatorio para que el despacho de la Procuraduría General consiga realizar seguimiento a un caso de colusión.

La legislación concede a la autoridad investigadora poder de discreción en cuanto a los casos presentados. Es decir, tanto los procedimientos penales y los procedimientos administrativos se realizarán de forma paralela, pues la Procuraduría deberá dar seguimiento al caso incluso cuando el Pleno de la Comisión no haya alcanzado una resolución en cuanto al mismo.

Las investigaciones multi-jurisdiccionales simbolizan un significativo reto para la implementación de sanciones penales en casos de competencia. La coordinación es de trascendental jerarquía si se ha de conseguir a la mejor solución para la resolución de controversias consecuencia de un posible doble enjuiciamiento.

Las jurisdicciones de todo el mundo han reconocido a los carteles como una de las prioridades principales, especialmente en América del Norte, puesto que poseen enorme experiencia de los Estados Unidos y Canadá en el combate frente a estos arreglos. La ofensiva hacia los carteles ha sido una prioridad cada vez más significativa en el ordenamiento jurídico mexicano. Las leyes mexicanas han permitido a la Comisión aumentar sus garantías en cuanto al descubrimiento, indagación y punición a las conductas de cartelización. Sin embargo, en la actualidad uno de los temas más significativos es solucionar la manera de implementar procedimientos penales.

## **2. Perú**

En el ordenamiento jurídico peruano la colusión es el convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien. Por tanto, significaría pactar con daño a terceros, en la doctrina peruana se tiene como colusión desleal, colusión ilegal y fraude en la administración pública. El tipo penal de colusión ilegal se encuentra tipificada en el Código Penal de 1991 tuvo una primera

modificación por la ley N° 29703 del 10 de Junio de 2011, siendo su descripción típica de la siguiente manera “artículo 384° del Código Penal peruano refiere en cuanto a la colusión simple y agravada:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertará con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudar patrimonialmente al Estado o entidad u organismo, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

El legislador ha dividido en dos conductas de colusión. Por un lado, si la concertación entre los sujetos se descubre antes de la defraudación al patrimonio Estatal, estaremos frente a la colusión ilegal simple, mientras que, si la concertación de los sujetos es descubierta después de ya haber defraudado el Patrimonio del Estado se habrá consumado la colusión ilegal agravada.

### **3. Ecuador**

En el trabajo de tesis de Ávila Ordóñez, Diva La colusión en la contratación pública en el Ecuador, Avila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78 Se hace un análisis de la normatividad existente para combatir los acuerdos anticompetitivos. Ecuador hasta marzo de 2009 no contaba con una norma que regule, controle y sancione las prácticas anticompetitivas, es por ello que en razón de lo establecido en el artículo 1 de la Decisión 61611, adopta mediante Decreto Ejecutivo 161412 las

normas de la Decisión 608 como normativa interna. Pero además de eso la norma es clara al señalar que no solo se sanciona cuando la actividad ha tenido o no efectos, sino que es sancionada también la tentativa, es decir, aun cuando la actividad u omisión no se concrete en perjuicio del Estado, los consumidores u otros agentes económicos. Avila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78

La colusión en la contratación pública, es un acuerdo anticompetitivo. En Ecuador se tipificaron las prácticas restrictivas de la competencia o acuerdos anticompetitivos, los cuales tienen como finalidad “impedir o limitar la competencia en sí, sea mediante acuerdos, recomendaciones o prácticas concertadas entre las empresas, generando perjuicio para el interés económico en general” Avila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78, la norma ecuatoriana establece como operador económico a todos aquellos sujetos, sea cual fuere su condición, que realicen actividad económica, sea que tengan un fin lucrativo o no.

El fenómeno de la colusión se ha desarrollado en distintas normativas para sancionar esta conducta y preservar la libre competencia frente a lo público, el manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia, el Tratado de Defensa de la Libre Competencia, son ejemplos de mecanismos internacionales para fijar reglas a los competidores situados en el mismo nivel del proceso productivo. También se hizo mención de algunos países de como contemplaban en sus codificaciones la colusión haciendo especial énfasis en tres países México, Perú y Ecuador.

En Perú quienes cometan colusión se enfrentan a una multa hasta US\$ 1.100.000, sin embargo, no tiene sanción de cárcel, el organismo fiscalizador es el Instituto Nacional de la Defensa y de la Protección de la Propiedad Intelectual. En México la multa que se impone a quien cometa practicas colusorias es de US\$ 6,5 millones o 10% de las ganancias de la empresa. Además de enfrentar sanciones penales de 5 a 10 años, el máximo ente rector es la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

En Colombia la multa fijada es hasta por US \$ 22.280.000 y el organismo fiscalizador es Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html>

### **III. Mecanismos para combatir la colusión**

En este capítulo se identificarán a partir de los estudios comparados de los mecanismos para combatir la colusión dentro de los procesos las posibles formas o instrumentos para combatir prácticas monopolísticas.

Para ello se citarán casos de colusión relevantes en algunos países y qué medidas se tomaron para combatir prácticas que atentaban la libre competencia.

Además, se validará la hipótesis de trabajo propuesta: “las medidas para combatir la corrupción en la contratación estatal son ineficaces para proteger la libre competencia, así como evitar prácticas monopólicas u oligopólicas, pues elevar la acción de la colusión como ilícita no ha reducido los índices de corrupción. Por tanto, se plantea una modificación el sistema normativo para endurecer las acciones judiciales y disciplinarias para salvaguardar la libre concurrencia de oferentes y generar prácticas que reduzcan los monopolios en la contratación pública”.

Finalmente se presentarán alternativas para fortalecer las políticas públicas en contra de la colusión.

#### **Experiencias colusorias**

En Colombia en 2005 la Superintendencia de Industria y Comercio multó con US\$ 1.375.241 a la mayor cementera colombiana, Cementos Argos, así como a las filiales locales de la mexicana Cemex SA y la suiza Holcim Ltd Colombia por participar en un acuerdo de fijación del precio del cemento Portland y repartirse el mercado a nivel nacional. Este ejemplo de sanción es uno de los más emblemáticos por la suma sancionatoria impuesta.

En Chile en el año 2014, el Estado condenó a las empresas Agrosuper, Ariztía y Don Pollo a pagar en total una multa de US\$ 60 millones, por coludirse durante 15 años para controlar la producción del producto. Recuperado de <http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html> consultado el 31 de mayo de 2018 hora 3:26 am

En Estados Unidos En 2008, LG, Chunghwa Picture Tubes y Sharp, pertenecientes al distrito de California, fueron multados por conspirar y fijar los precios de paneles de cristal líquido, pagando una suma en total de US\$ 585.000.000. Como sanción. <http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html> consultado el 31 de mayo de 2018 hora 3:26 am

En Brasil el Consejo Administrativo de Defensa de Competencia máximo ente fiscalizador en 2009 denunció el cartel internacional para la fijación de precios de maquinaria refrigerante. Dentro de los países involucrados, se detectó Estados Unidos, miembros de la Unión Europea y Brasil. el Consejo Administrativo de Defensa de Competencia sancionó a Whirlpool a pagar un total de US\$ 58,7 millones y sus ejecutivos, US\$ 1,8 millones.

De otro lado La Suprema Corte de Justicia de la Nación de Brasil confirmó la multa de alrededor de US\$ 7,8 millones que la Comisión Federal de Competencia Económica impuso a empresas avícolas por manipular y fijar los precios de la carne de pollo en la Ciudad de México en la llamada "Conspiración del pollo" en 2008 y 2009. (<http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html> consultado el 31 de mayo de 2018 hora 3:26 am)

Por último, en Argentina el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia - En 1999 declaró la colusión de 6 empresas de cemento, para la repartición de mercados y fijación de precios, por más de 10 años. Fueron multadas, por un total de US\$ 106 millones. (<http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html> consultado el 31 de mayo de 2018 hora 3:26 am)



## **Ineficacia de la normativa para combatir la colusión**

Las medidas para combatir la corrupción en la contratación estatal son ineficaces para proteger la libre competencia, así como evitar prácticas monopólicas u oligopólicas, pues elevar la acción de la colusión como ilícita no ha reducido los índices de corrupción, esto se devela con las cifras suministradas por ejemplo por la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia (SIC).

La colusión se ve facilitada cuando los oferentes pueden establecer un control sobre los acuerdos a los que han llegado, pues sin lugar a dudas para que un acuerdo de colusión resulte exitoso, las empresas participantes deben implementar un conjunto de medidas que permitan darle seguimiento. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc> la colusión se presenta cuando se dan factores como:

- La presentación de un número reducido de empresas competidoras a la licitación o que cumplen los requisitos exigidos por el pliego, fomenta la presencia de acuerdos colusorios, en la medida en que el número de oferentes que participarán en el proceso será menor, lo cual facilita el control del mercado. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

- La presencia de asociaciones o agremiaciones que se comuniquen entre ellas siendo competidores, esto genera acuerdos que atenten la libre competencia.

- La existencia de pliegos de condiciones repetitivos aumenta las probabilidades de colusión, pues los oferentes pueden prever los requisitos que exigirá la administración y así acordar cuál de los participantes presentará la oferta ganadora. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

- Algunas figuras contractuales como los acuerdos de colaboración, los consorcios, uniones temporales, grupos empresariales, pueden facilitar la conformación de acuerdos, en la medida en que es frecuente que los oferentes acudan a estas figuras para presentarse a licitar. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc> De esta manera, podría propiciarse que en otros procesos de selección en los que ya no se presentan juntos, lleguen a acuerdos colusorios de manera más fácil.

- Sectores más sensibles a la colusión son: i) servicios de construcción, reparación y mantenimiento; ii) alimentos, bebidas y tabaco; iii) servicios de defensa nacional, orden público, seguridad y vigilancia; y iv) equipo, accesorios y suministro de oficina. Lo mismo ocurre cuando los bienes o servicios que se pretende contratar tienen pocos o ningún sustituto, o solo un número reducido de proveedores está en capacidad de ofrecerlos, pues así las empresas estarán más dispuestas a realizar acuerdos con la competencia, a efectos de garantizar, ya sea la adjudicación del contrato o por lo menos la percepción de alguna utilidad derivada del mismo. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

- Las licitaciones públicas son espacios donde se generan más riesgos de colusión pues los oferentes conocen el pliego y saben cómo preparar su oferta para participar, incluso acordar con competidores del mismo sector en pro de conseguir el contrato público.

### **Medidas alternativas para proteger la libre competencia**

Autores como Deisy Galvis, consideran que un procedimiento contractual abierto, en que se permita la participación de cualquier oferente, no necesariamente resulta más eficiente Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>, esto en la medida en que el mismo puede propiciar la burocracia y resultar mucho más costoso. Ya que el Estado asume parte de sus recursos humanos, técnicos y presupuestales con miras a evaluar todas

las propuestas que se presenten a fin de poder escoger la que se ajuste en mayor medida al objetivo buscado por el proceso licitatorio. En respuesta a estas falencias, se promueve la estructuración de procesos de licitación restringidos o negociados, en donde no se permita la entrada de cualquier oferente, sino previa invitación por parte del Estado o en un escenario en el que Estado y particular negocien las condiciones del contrato. Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

Además de lo anterior se proponen las siguientes medidas para combatir las prácticas colusorias

Estatizar servicios para romper prácticas oligopólicas

La creación de un registro de empresas sancionadas tanto internacional como local.

Aumento de sanciones económicas a las empresas participantes de los acuerdos restrictivos de la libre competencia.

Aumento de sanciones punitivas

### **Conclusiones**

Como conclusión, la colusión es entendida como los acuerdos o prácticas concertadas entre los mal llamados carteles o mafias de la contratación estatal. En donde los oferentes se amañan para que le sea adjudicado los contratos que surten de la contratación pública.

Por consiguiente, el propósito de esta investigación en primer lugar se concentró en determinar si las medidas que se han adoptado para combatir la colusión en Colombia, especialmente en las licitaciones públicas son realmente eficaces, en segundo lugar lo que se quiere es plantear tácticas más exigentes que permitan combatir de alguna manera la colusión.

El problema concreto para desarrollar la presente investigación consiste en el desarrollo y las medidas para combatir las prácticas ilícitas que afectan la libre competencia dentro de la Contratación Estatal.

Dicho lo anterior y de acuerdo con la posición de los autores mencionados, se propone la implementación de procesos de licitación cerrados o negociados, en donde no se permita la participación de cualquier oferente, solo por invitación realizada previamente por el Estado Colombiano.

Además de lo anterior se proponen las siguientes medidas para combatir las prácticas colusorias

Estatizar servicios para romper prácticas oligopólicas

La creación de un registro de empresas sancionadas tanto internacional como local.

Aumento de sanciones económicas a las empresas participantes de los acuerdos restrictivos de la libre competencia.

Aumento de sanciones punitivas

## Referencias

(s.f.).

Avila, D. La colusión en la contratación pública en el Ecuador

<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5561> consultado el 3 de junio de 2018 12:31 am+78

CConst, C-616/2001, R. Escobar

CConst, C-992/2006, A. Tafur

CConst, C-228/2010, L. Vargas

Emol.com - <http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html>

Galvis, D. (2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas, 132 Vniversitas. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.cprc>

<http://www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html>

Gomez. (2014). Corrupcion y colusion. *Prolegomenos*.

Gomez, D. P. (s.f.). CORRUPCION Y COLUSION. *PROLEGOMENOS DERECHOS*.

[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD\\_BwE](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016?gclid=EAIaIQobChMImPqKqeKW2gIVkzaBCh05Og3oEAAYASAAEgJIVvD_BwE) consultado el 26 de marzo de 2018 12:13 pm

JULIO AYASTA GONZALES, recuperado de

<http://www.monografias.com/trabajos78/metodo-comparativo-estudio-derecho-comparado/metodo-comparativo-estudio-derecho-comparado.shtml#ixzz5HKKTNrOs> consultada el 01 de junio de 2018 12:27 am

Superintendencia de Industria y Comercio. (2010). COLUSION EN LICITACIONES. *CUADERNOS DE TRANSPARENCIA*.

