

DESVENTAJAS DE LA SUBASTA INVERSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

ANGIE LIZETH QUINTERO ORDOÑEZ

C.C. 1144143907

EDWIN JOSÉ SÁNCHEZ CARRASQUILLA

C.C. 16842822

DIEGO FERNADO VARAGAS QUINTERO

C.C.16.944.185

UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA UCC

FACULTAD DE DERECHO

CALI

2020

DESVENTAJAS DE LA SUBASTA INVERSA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Elaborado por: ANGIE LIZETH QUINTERO ORDOÑEZ

C.C. 1144143907

EDWIN JOSÉ SÁNCHEZ CARRASQUILLA

C.C. 16842822

DIEGO FERNANDO VARAGAS QUINTERO

C.C16.944.185

Trabajo de Grado como requisito para el título de Abogado

Director

DOCTOR OMAR ZULUAGA



UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA UCC

FACULTAD DE DERECHO

2020

Índice General

Tabla de contenido

1	Resumen	1
2	Abstract.....	2
3	Introducción	3
4	Desventajas que se presentan en la Modalidad Selección Abreviada por Subasta Inversa. caso: Proceso De Selección Abreviada Por Subasta Inversa N° FGN- IPSE -038 del 2016 Convocado Por La Fiscalía General De La Nación	4
5	Objetivos	6
5.1	Objetivo General	6
5.2	Objetivos Específicos	6
6	Justificación	7
7	Metodología	9
8	Marco Teórico	12
8.1	Modalidad por Subasta Inversa.....	12
8.2	Historia de la subasta.....	13
8.3	Concepto General De La Modalidad De Selección Abreviada Por Subasta Inversa	15
8.3.1	Objetivo de la investigación de referencia	17
8.3.2	Subasta inversa.....	17
8.3.3	Factores.....	17
8.3.4	Resultados	18
8.3.5	Conclusión de la Investigación de referencia.....	18
8.3.6	Objetivo de Investigación de referencia.	19
8.3.7	Muestras.....	19
8.3.8	Colusión.....	20
8.3.9	Factores.....	20
8.3.10	Resultados	21
8.3.11	Conclusión de la Investigación de referencia.....	21
9	Marco Legal	23
10	Resultados	26

10.1	Modalidad De Subasta Inversa Desde Su Marco Normativo.	26
10.2	Desventajas Que Existen, En La Modalidad De Selección Abreviada De La Subasta Inversa Caso: Proceso FGN-IPSE-38 De 2016 Convocado Por Fiscalía General De La Nación Descrito En La Resolución 27915 De 2018.....	29
10.2.1	Capacidad Jurídica.....	29
10.3	Colusión.	31
10.4	Limitación A Libre Competencia Económica.	44
10.5	Desnaturalización De La Modalidad De Selección Abreviada De Subasta Inversa del proceso de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FGN-IPSE-038-2016 NC.	50
11	Conclusiones.....	54
11.1	Falta de actuación oportuna en la Responsabilidad Penal.....	55
11.1.1	El concepto de la Procuraduría General de la Nación en temas de contratación pública. ..	56
11.2	Alternativas Propuestas Para Evitar Las Desventajas De La Modalidad De Selección Abreviada Por Subasta Inversa del proceso adelantado por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FGN-IPSE-038-2016 NC	58
11.2.1	Estudio de mercado.	58
11.2.2	Dosimetría Sancionatoria.....	60
12	Referencias Bibliográficas	70

Nota de aprobación.

**Firma
Presidente del Jurado**

**Firma
Jurado**

**Firma
Jurado**

Dedicatoria

Agradecemos a Dios, nuestras familias y amigos que siempre creyeron que lograríamos alcanzar este sueño, el cual solo es la confirmación del propósito perfecto de Dios para nuestras vidas.

Prosigo a la meta, al premio del supremo

llamamiento de Dios en Cristo Jesús Filipenses 3:14

Palabras Claves

Subasta inversa, Desventajas, Colusión, Corrupción, Secop.

1 Resumen

Este trabajo permitirá analizar las desventajas que se surten dentro de la etapa precontractual, en la modalidad selección abreviada por subasta Inversa, tal como se evidencia en la resolución 27915 de 2018, investigación adelantada por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, “*por la cual ordena apertura de investigación y se formula pliego de cargos*”. (Superintendencia de industria y comercio, 2018)

Las entidades Públicas y Privadas podrán aprovechar este trabajo como una herramienta para revisar de manera acuciosa, las posibles afectaciones que puedan ocurrir, por maniobras que afectan el correcto desarrollo de modalidad selección abreviada por subasta Inversa , mitigando los efectos que pueden ser previsibles, en la evaluación de los requisitos jurídicos, previa habilitación de los oferentes para su participación en la audiencia de subasta, que puede ser presencial o electrónica, en aras de dar cumplimiento a la libre competencia de forma libre y espontánea, bajo los presupuestos de la buena fe .

2 Abstract

This work will allow analyzing the disadvantages that arise within the pre-contractual stage, in the short selection modality by Reverse auction, as evidenced in resolution 27915 of 2018, research carried out by the MINISTRY OF COMMERCE, INDUSTRY AND TOURISM SUPERINTENDENCY OF INDUSTRY AND COMMERCE, "by which it orders the opening of an investigation and formulates a statement of objections." (Superintendencia de industria y comercio, 2018)

Public and Private entities will be able to take advantage of this work as a tool to thoroughly review the possible affectations that may occur, due to maneuvers that affect the correct development of the short selection modality by Reverse auction, mitigating the effects that may be foreseeable, in the evaluation of the legal requirements, prior authorization of the bidders to participate in the auction hearing, which can be face-to-face or electronic, in order to comply with free competition freely and spontaneously, under the assumptions of good faith.

3 Introducción

Las desventajas que se pueden presentar en los procesos de contratación pública por modalidad selección abreviada por subasta Inversa, suelen pasar desapercibidas, poniendo en riesgo las garantías constitucionales y legales consagradas en el art. 209 de la Constitución Política, Ley 80 de 1993 y Decretos Reglamentarios, que propenden por el correcto funcionamiento de este mecanismo de adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes y de uso común, los cuales buscan evitar la especulación, corrupción y actos irregulares, que pueden vulnerar los principio de la contratación pública.

Es pertinente citar que, una de las actuaciones que vulneran los principios de la contratación pública es la “*prácticas restrictivas de la libre competencia económica*”, la cual, ha generado investigaciones de fondo, como la realizada por MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, evidencia de esto es la Resolución 27915 de 2018 (Superintendencia de industria y comercio, 2018), la cual nos permite realizar un análisis, sobre la posible existencia de actos de prácticas restrictivas de la libre competencia y colusión, en varios proceso precontractual por modalidad de selección abreviada por subasta inversa N° FGN – IPSE – 038 adelantado por la Fiscalía General Nación. (Superintendencia de industria y comercio, 2018)

4 Desventajas que se presentan en la Modalidad Selección Abreviada por Subasta Inversa. caso: Proceso De Selección Abreviada Por Subasta Inversa N° FGN- IPSE - 038 del 2016 Convocado Por La Fiscalía General De La Nación

Uno de los mecanismos de contratación pública es la MODALIDAD SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA, dicha modalidad ha tomado fuerza desde su incursión en el año 2000 para la región de Suramérica, permitiendo a los estados optimizar sus recursos sin minimizar su objetivo y/o alcances proyectados, pero tal mecanismo ha sido objeto de situaciones que lo han puesto en un escenario de vulnerabilidad; dentro de su marco estructural y su solides, dejado ver fisuras que en ocasiones, la misma norma no tiene como solucionarlas. Son situaciones que aparentemente están dentro del marco normativo, pero nada más lejos de la realidad, porque salen a la luz, hechos que siendo irregulares se soportan bajo criterios legales y procedimentales, y solo, cuando ya se ha realizado el daño antijurídico, se inician las respectivas investigaciones por los órganos de control.

Las entidades estatales en el ejercicio de sus actividades Administrativa, tal como lo expresa el artículo 269 de la Constitución Política, como la adquisición de servicios y bienes, son objeto de un significativo número de críticas, por su debilidad en los procesos de selección objetiva de los mismos, estos en ciertas situaciones están asociados a la corrupción, conflicto de intereses, selección subjetiva de los oferentes, etc. (Asamble Nacional Constituyente; Constitución Política de Colombia, 1991).

Nuestra normatividad establece en la ley 80 de 1993, y de más normas concordantes, los principios, procedimientos, requisitos y criterios de evaluación para la selección de sus proponentes. (Congreso de la República , 1993)

La Resolución 27915 de 2018, nos muestra un panorama objeto de análisis en cuanto a los criterios de propios de las prácticas limitadas de la libre competencia tal como establece en la

denuncia con radicado 16-434574-0 interpuesta por la funcionaria Andrea del Pilar Sanabria Subdirectora Nacional de la Gestión contractual de la FGN, por un numero de similitudes que se logran evidenciar en las propuestas de algunos oferentes como: COLOMBIA FERRELÉCTRICAS S.A.S, TECNIGRUP S.A.S Y WILZOR S.A.S dentro del proceso de selección abreviada por subasta inversa N° FGN- IPSE- 038 DEL 2016 convocado por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Dentro del marco de similitudes encontramos: i) el mismo objeto social ii) refirieron las mismas clasificaciones de bienes y servicios en el RUP (registro único de proponente) iii) compartían el mismo revisor fiscal iv) radicaron su correspondiente propuesta mediante la misma persona. (Superintendencia de industria y comercio, 2018)

Con base en lo anterior se formula la siguiente pregunta, ¿Cuáles son las desventajas que se presentan en modalidad de la Selección Abreviada por subasta inversa de la contratación estatal, en el marco del Proceso N° FGN- IPSE -038 del 2016 Convocado Por La Fiscalía General De La Nación?

5 Objetivos

5.1 Objetivo General

Analizar las desventajas de la modalidad de subasta inversa dentro del PROCESO N° FGN-IPSE-38 DE 2016 convocado por Fiscalía General de la Nación descrito en la resolución 27915 de 2018.

5.2 Objetivos Específicos

- Describir la modalidad de selección abreviada por subasta inversa desde su marco normativo.
- Establecer las desventajas que existen, en la modalidad de selección abreviada de la Subasta Inversa del PROCESO FGN-IPSE-38 DE 2016 convocado por Fiscalía General de la Nación descrito en la resolución 27915 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio, como prácticas restrictivas de la libre competencia económica y la colusión.

6 Justificación

La contratación pública en Colombia ha sido objeto de varios estudios de investigación, modificaciones, reformas y jurisprudencia, a fin de que, siendo analizadas de manera objetiva se logre identificar las distintas variables que afectan de manera positiva o negativa el sistema de contratación en Colombia.

En efecto, la contratación pública en Colombia se sustenta en la necesidad que tiene el Estado de servirse de particulares para el cumplimiento de los fines del Estado en aquellas áreas o actividades donde es solamente con el concurso de proveedores que puede satisfacer esas necesidades de servicio, obras, consultorías y otras modalidades en donde el sector privado cuenta con los medios, recursos, experiencia y capacidad de atender esos requerimientos de las entidades públicas.

Este vínculo entre particulares y el Estado se entiende como el servicio que presta el uno (oferente – contratista) al otro (Entidad pública – contratante), en donde el primero se ofrece a ejecutar en favor del segundo un bien o un servicio a cambio de una contraprestación de orden económico y que el segundo, para tal efecto, ha dispuesto las condiciones en que se habrá de celebrar ese vínculo, procurando defender al máximo los intereses del Estado sobre los particulares, o por lo menos, es esa la naturaleza de la contratación pública.

Es pues, la contratación, una necesidad y resulta fundamental para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pero ella en sí misma no puede ser factor de deslegitimación de la cosa pública por cuenta de acciones y procedimientos antiéticos que atente contra el interés general de una sociedad.

Uno de los aspectos que más interesa a la sociedad y al Estado en sí mismo, tiene que ver con la pulcritud, celeridad, objetividad y claridad con que se adelanta la contratación pública, en la medida que ha sido fuente de toda suerte de apreciaciones en el sentido que la contratación pública es una de las formas en donde se llevan a cabo prácticas posibles prácticas de corrupción en todas sus modalidades o formas, lo que, sin duda, lesiona gravemente los intereses del Estado.

Si bien la contratación pública en Colombia ha tenido que adecuarse a las realidades que impone la modernidad y las nuevas necesidades, producto de las nuevas tecnologías, la competitividad y la eficacia estatal, también lo es el hecho de que las formas de corrupción que la afectan también vayan a la vanguardia, de tal suerte que, en muchos casos, procesos revestidos de toda la institucionalidad en cuanto al control y previsión propios de cada modalidad de contratación, resulten afectados por acciones carentes de legalidad que erosionan no solo los principios de la contratación pública sino que genera desventajas desde la óptica de los demás proponentes que resultan afectados por estas prácticas, comprometiendo incluso la concreción real de los fines esenciales del Estado.

Por esto, consideramos la relevancia de este trabajo realizando un análisis de las desventajas que se presentan, específicamente, en la modalidad de contratación denominada “Selección Abreviada por Subasta Inversa” esperando contribuya a la generación de una cultura de lo ético y honesto en las costumbres de la contratación pública en Colombia.

7 Metodología

Nuestra metodología aplicada durante esta investigación, es el método Analítico - Deductivo, en la que utilizamos la descripción general de la Subasta Inversa en la Contratación pública para realizar la distinción, conocimiento y clasificación de sus características esenciales y las relaciones que mantienen entre sí.

En este sentido, lo primero a analizar es la normatividad general aplicada en este tipo modalidad de contratación, centrándonos específicamente en los elementos constituyentes más importantes y el orden de relaciones que mantienen en las diferentes etapas del proceso.

En segundo lugar, procedemos a enunciar un caso específico de Fiscalía General de la Nación mediante el proceso No. FGN-IPSE-038-2016 NC, el cual se investiga partiendo de los preceptos generales de la contratación pública mediante la modalidad de subasta inversa en Colombia.

Esta metodología nos permite realizar un análisis general de la norma y específicamente de su aplicación en un caso real, el cual determinar las desventajas particulares que surgen durante el proceso de contratación en Colombia, brindándonos resultados y conclusiones aplicables en futuros procesos para optimizar el uso de esta modalidad de contratación y minimizar los actos de colusión y limitación de la libre competencia económica.

Para el desarrollo del trabajo se utiliza como fuente documental primaria, La resolución 27915 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio, donde describe el PROCESO FGN-IPSE-38 DE 2016 convocado por Fiscalía General de la Nación, permitiéndonos realizar un análisis sobre los casos de prácticas restrictivas de la libre competencia económica y la colusión.

“La colusión es un acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores con el fin de fijar precios de venta, precios de compra u otras condiciones de comercialización”

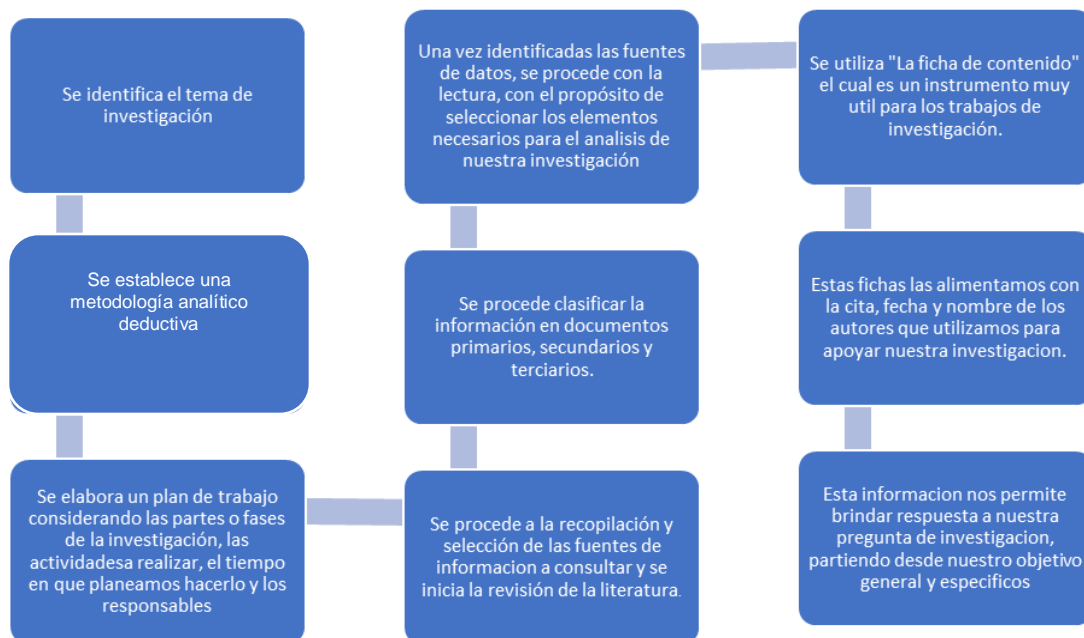
Como fuentes secundarias se realizaron consultas bibliográficas como; libros, tesis, monografías, artículos de investigación, conceptos doctrinales críticos y jurisprudencia, información que nos permite establecer puntos de vista sobre el tema de la Selección Abreviada de Subasta Inversa en la contratación pública y las desventajas que existen dentro del proceso en mención.

Como fuente terciaria se realizaron consultas directamente en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP I, con el fin de indagar cada uno de los procesos esbozados en la resolución 27915 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El procedimiento utilizado durante la construcción de esta investigación se soporta en las siguientes etapas: 1. Nuestro equipo toma como base el objetivo general, objetivos específicos y pregunta de investigación para planificar y delimitar el tema, permitiéndonos seleccionar de forma asertiva las fuentes documentales a consultar; 2. Con las fuentes seleccionadas, se procede a dar lectura de los documentos, acopio de información y elaboración de fichas técnicas; 3. Se realiza un análisis e interpretación de la información recolectada conforme al esquema del trabajo y por último, 4. Se realiza la redacción del análisis descriptivo, su evolución, complejidad y alcance del tema de investigación.

Con esta metodología, se brinda un análisis acucioso sobre los aspectos que afectan los procesos de convocatoria pública por prácticas irregulares de colusión, soportados en hechos de investigación adelantados por entes de control como la Superintendencia de Industria y Comercio, con facultades legales para realizar estos procedimientos, los cuales tienen como responsabilidad garantizar el cumplimiento de la normatividad encargada de regular los

principios y procedimientos en la contratación pública en Colombia, fundamentado en artículo 150 y 269 de la Constitución Política de 1991, y posteriormente se reglamenta con la expedición de la Ley 80 de 1993 del 2020, la ley 1150 del 2007, Decreto 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, Decreto 777 de 1992, Ley 1437 de 2011, Código Civil y Código de Comercio.



8 Marco Teórico

8.1 Modalidad por Subasta Inversa

El estudio de la modalidad de selección abreviada por subasta inversa está reglamentado por la Constitución Política artículos 150 y 269, Ley 80 de 1993 del 2020, la ley 1150 del 2007, Decreto 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, Decreto 777 de 1992, Ley 1437 de 2011, Código Civil y Código de Comercio. Para poder adentrarnos un poco más en esta modalidad de contratación pública, debemos definir algunos conceptos. Entre los cuales se encuentran, historia de la subasta, concepto general de modalidad de selección abreviada por subasta inversa, desventajas de la modalidad de selección abreviada por subasta inversa.

Si bien se podría examinar también las situaciones negativas a debatir sobre esta modalidad, como, por ejemplo, la existencia del riesgo de la presentación de un único oferente, limitando la competencia y ser postulado por el mismo precio máximo o de reserva que el Estado está dispuesto a pagar, o que hay una mayor probabilidad de colusión o cartelización de oferentes, lo cierto es que no existen situaciones de eficiencia paretiana, inmejorables. (Mónica Safar, 2016)

El enfoque de la presente investigación es el de la competencia ya que esta es de carácter fundamental en los procesos licitatorios.

“En la subasta inversa de BSCTU en la modalidad de selección abreviada, la competitividad resulta importante para lograr el precio más bajo, con claros componentes de respaldo y calidad que se aseguran desde la elaboración de los estudios y documentos previos por parte del ente contratante. (Luis Francisco Velandia Venegas, 2016).

8.2 Historia de la subasta

Etimológicamente hablando, tanto la palabra castellana “subasta” como la inglesa “auction” proceden del latín. En el caso de “subasta” deriva del hecho de que para indicar el lugar donde se iba a repartir un botín de guerra, se clavaban unas lanzas (“hastas” en latín) en el terreno. De este modo, la subasta se realizaba “debajo de las lanzas” o lo que es lo mismo “sub” “hasta”. También es el caso del término inglés “auction”, de la voz latina “auctio”, que tiene su origen en Roma debido a los incrementos de los precios sucesivamente “*a viva voz*”. De ahí que se considere este método una subasta a la inglesa.

La subasta nace en la época babilónica, 500 años AC, con la celebración de un mercado de esposas, evento realizado anualmente en cada pueblo. La cultura utilizada en esta época se basaba en escoger las mujeres con edades casaderas agruparlas como mercancías, para ser publicadas en la plaza, con el objetivo de que los hombres se reunieran y procedieran a ofertar mediante subasta. Las mujeres más hermosas generaban un alto valor de oferta para la subasta, permitiendo obtener por parte del subastador un buen reconocimiento económico gratificante por su venta.

Cada cultura desarrolla este sistema de subasta conforme a sus necesidades, según Shubik, en la antigua Grecia, específicamente en Roma, el mecanismo de la subasta era muy utilizado en la comercialización de esclavos, convirtiéndose en una práctica muy común en mercado.

Durante el siglo XVIII, la práctica recurrente de la subasta genero la necesidad de establecer reglas para la presentación de la misma, en los cuales se establecen límites de tiempo durante las pujas que permitieran hacer la subasta más dinámica, por ejemplo, los franceses definieron este lapso durante la subasta con tres velas las cuales eran encendidas después de

iniciar la primera puja y no se podía dar fin a la subasta hasta que no se consumieran. (SURUS, 2008)

Tipos básicos de subastas

McAfee and McMillan (1987) definen una subasta como una institución de mercado que cuenta con un conjunto explícito de reglas que determinan la asignación de recursos y los precios basándose en las pujas presentadas por los participantes. Podemos hablar de subastas tanto cuando se trata de vender un bien (en cuyo caso el subastador será el vendedor y los que presentan las pujas serán los potenciales compradores) como cuando el objetivo sea la adquisición de un bien o un servicio, como la ejecución de una obra o la provisión de suministros (en cuyo caso el subastador sería el comprador mientras que los postores serían los suministradores).

Desde el trabajo de Vickrey (1961) se han considerado principalmente cuatro tipos de subastas básicas. A continuación, realizamos una breve descripción de cada uno de estos tipos.

... **Subasta holandesa o subasta descendente.** Sería el mecanismo inverso al anterior. En este caso el subastador comienza con un precio muy alto que va disminuyendo sucesivamente hasta que algún comprador lo acepta. Este tipo de subastas, menos conocida que la anterior, recibe su nombre por ser el mecanismo utilizado tradicionalmente para la venta de flores en Holanda... (Pedro Durán Juez, 2003)

En la actualidad los procesos de contratación por modalidad de selección abreviada por subasta inversa tiene fuerte relación con las formas antiguas de adquirir bienes y servicios, esto nos permite ver, que en el desarrollo histórico, se ha evolucionado y creado alternativas de mejora, dentro de los procesos que buscan garantizar una optimización de los recursos, dando

celeridad y garantía de entrega de lo ofertado, surtido el proceso de pujas, dentro de los parámetros que se establecen para la participación de las subastas (Daniela Álvarez, 2019)

8.3 Concepto General De La Modalidad De Selección Abreviada Por Subasta Inversa

Para definir de forma técnica la modalidad de selección abreviada por subasta inversa, nos basamos en un concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, donde nos describe en que consiste este mecanismo y su proceso.

“La subasta inversa es un procedimiento de contratación estatal en el cual el precio es el único factor de escogencia del contratista y consiste en una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el Decreto 1510 de 2013 y en los respectivos pliegos de condiciones.

De tal manera que la oferta más favorable para la entidad sea la más baja luego de presentar una puja "competitiva" por parte de los proponentes habilitados en una audiencia de subasta inversa presencial o electrónica. (Congreso de la República, 2007)

El decreto 734 de 2012 lo menciona de la siguiente manera: “Una subasta inversa es una puja dinámica, efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones. (Artículo 3.2.1.1.1 ° Definición de subasta inversa, Decreto 734 de 2012. Medio de Publicación Diario Oficial 48400 del 13 de abril de 2008)

De igual forma el diccionario jurídico define la subasta: “Una venta organizada de un producto basado en la competencia directa, y generalmente pública, es decir, a aquel comprador

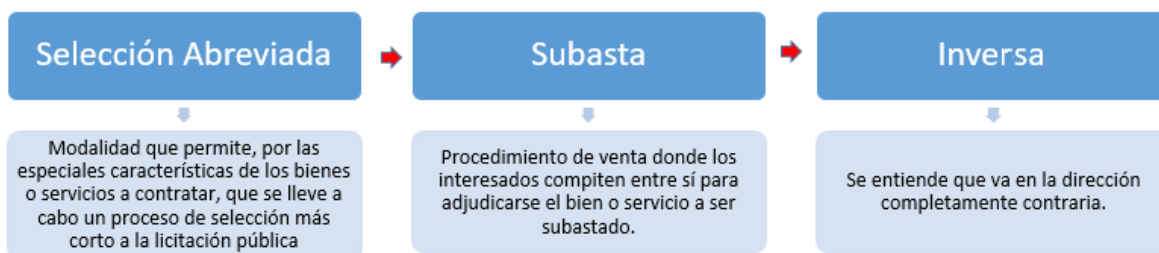
(postor) que pague la mayor cantidad de dinero o de bienes a cambio del producto. El bien subastado se adjudica al postor que más dinero haya ofrecido por él, aunque si la subasta es en sobre cerrado, el bien se adjudica a la mejor oferta sin posibilidad de mejorarla una vez conocida...” (María Elena Giraldo y Nubia González Cerón, 1994)

Gonzalo Suarez Beltrán menciona que: “es una puja dinámica de precios efectuada la formulación de lances para lograr la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado”, esta definición evidencia los siguientes elementos: i) se trata de una puja dinámica de precios” ii) se efectúa mediante lances iii) se puede realizar “presencial” o “electrónica” y iv) contiene las reglas del juego (Gonzalo Suarez Beltrán, 2014).

En este sentido, podemos definir la Selección Abreviada por Subasta Inversa como un mecanismo estandarizado por la administración pública para la compra de los bienes y servicios requeridos que cuentan con especificaciones técnicas uniformes que permitan la pluralidad de oferente en el proceso, siendo el precio el único factor de selección final.

Esta modalidad también permite la adquisición de los bienes o servicios se forma total o por lotes de los diversos ítems que estén destinados a un mismo fin.

Selección Abreviada por Subasta Inversa



Investigaciones Nacional 1. Velandia Venegas, L. F. (enero-junio de 2017). La competitividad en la subasta inversa en la actividad contractual del Estado. *Criterio Jurídico Garantista*, 10 (16), 140-157.

8.3.1 Objetivo de la investigación de referencia

Muestra el desarrollo de competitividad en la subasta inversa como una alternativa de compra de bienes y servicios, como se regula esta en Colombia, criterios internacionales que fortalecen esta modalidad de contratación, vicisitudes de la subasta inversa.

8.3.2 Subasta inversa

La subasta inversa permite llevar a cabo procedimientos de compra de bienes y servicios en una sesión pública (presencial o virtual) realizada en una fecha y hora previamente establecidas, en la cual los competidores disputan por la reducción del menor precio registrado en el sistema realizando pujas en tiempo real, resultando vencedor aquel que ofrece el menor precio. (Rozenwurcel y Bezchinsky, 2012, p. 56).

8.3.3 Factores

Dentro de los factores presentados, se ampara en la legislación colombiana como garante de la subasta inversa como modalidad de contratación. Los estudios realizados a los casos de colusión en Colombia, criterios internacionales donde se proporcionan elementos que permiten

establecer garantías al principio de transparencia y el uso de nuevas tecnologías para esta modalidad de contratación.

8.3.4 Resultados

los resultados permiten ver que existe un amplio espectro normativo que debería garantizar una transparencia; la modalidad de subasta inversa como medio de contratación, presenta fisuras, que hacen frágil el proceso, del tal forma, que los actos de corrupción, colusión, el comportamiento de los participantes dentro del proceso licitatorio y los carteles que no son ajenos, a la consecución de bienes y servicios que requiere el Estado, mediante los factores de la *“licitación pública como mecanismo de conformación dinámica de la oferta, donde el precio es tan solo una variable cuantificable al momento de adjudicar licitación pública como mecanismo de conformación dinámica de la oferta, donde el precio es tan solo una variable cuantificable al momento de adjudicar, y en la causal de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización en la selección abreviada, donde el procedimiento se adelanta en función del menor precio que resulte de la oferta inicial y sus lances”*. Por último, como los actos sancionatorios no son lo estrictamente ejemplarizantes, lo cual coloca en riesgo la institucionalidad de estos procesos (Luis Francisco Velandia Venegas, 2016, págs. 10 (16), 140-157-153).

8.3.5 Conclusión de la Investigación de referencia

Por más recomendaciones y tratados que ha suscrito Colombia en aras de garantizar el correcto funcionamiento del proceso de subasta inversa, se evidencia que los parámetros

establecidos por la normatividad colombiana, procuran establecer los mínimos legales para que se surtan de buena forma los procesos licitatorios, y mitigar todo riesgo que atente contra la transparencia y competitividad. Dentro de los espacios propios de las entidades se debe establecer procesos de capacitación que ayuden a los servidores públicos a conocer los aspectos propios de la normatividad y como la acción, omisión u exlimitación de la misma acarrearán responsabilidades que no solo los afectarán a ellos sino a las instituciones en general.

Investigación Nacional 2. Galvis-Quintero, Deisy, La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. (Galvis-Quintero, Deisy, 2016, págs. 132, 133 - 196)

8.3.6 Objetivo de Investigación de referencia.

Este objeto nace de la investigación de los actos de colusión en los procesos de contratación y como estos actos afectan el derecho de la competitividad, dejando ver la lesividad de los actos de colusorios y como las normas de competencia podría ayudar a frenar esta situación, dejando claro que uno de los escenarios para la ejecución de estos actos es el sector público.

8.3.7 Muestras

Estas muestras están en caminata a proporcionar, como se afectan los procesos licitatorios, de tal forma que el derecho a la libre competencia es colocado en riesgo, ante todo acto de colusión, ya que el mismo se encuentra en el marco de ser tanto individual como colectivo, y por ende cualquier situación afectaría la pluralidad de oferentes

8.3.8 Colusión

I. La colusión en Colombia. Definición y ámbito de aplicación. - A. Un acuerdo entre dos o más sujetos. - B. Que el acuerdo tenga por objeto la colusión en licitaciones o concursos o como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas. - 1. O que el acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos. - 2. O que el acuerdo tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. - C. Que dicho acuerdo afecte el bien jurídico protegido. - II. Formas más comunes de colusión. - A. Supresión de la oferta (bid suppression). B. Ofertas complementarias o de resguardo (complementary bidding, cover bidding o “courtesy” bidding). - C. Rotación de ofertas (bid rotation). - D. Acuerdo de precios. - E. Acuerdos de reparto o asignación de mercado. Subcontratación (subcontracting). - III. Circunstancias que pueden propiciar la consolidación de acuerdos colusorios. - IV. Prueba del acuerdo colusorio. La utilización de indicios. - V. Algunas medidas que han implementado los Estados para hacer frente a la colusión en los procesos de selección de contratistas.

8.3.9 Factores

Los factores son los que está en aras de proporcionar información, de como los actos colusorios afectan el derecho a libre competencia económica, el interés de los competidores, libre elección de los consumidores, respaldado en los principios que estable la ley 80 de 1993 para los procesos de contratación pública y la ley 1150 de 2007.

8.3.10 Resultados

Se busca que exista un número mayor de oferentes, para promover la competencia en el proceso de contratación, organizaciones internacionales, hacen énfasis que, para lograr un mejor proceso de contratación, dejar de lado los requisitos que restringen la competitividad, que empresas extranjeras puedan presentar ofertas y motivar la empresa pequeñas a participar, de tal forma que se pueda frenar los actos de colusión.

8.3.11 Conclusión de la Investigación de referencia.

Bajo un trabajo de todos los órganos de control, la veeduría ciudadanía y las entidades que requieren los bienes y servicios, se podrían mitigar los posibles actos de colusión. No puede surtir un proceso contractual con base en actos anticompetitivos que al final, el oferente que es favorecido es el menos acto para el objeto contractual, es así, que si existiere una adjudicación sin la participación activa de los oferentes deben darse las revisiones pertinentes a los procesos que dieron lugar al fraude en sí mismo, esto debe estar acompañado de la revisión de ciertos aspectos normativos (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Finalmente, resulta también urgente y necesario que las autoridades competentes fortalezcan las labores de prevención y detección con un trabajo coordinado entre estas, para más eficacia en la lucha contra este flagelo, puesto que existen medidas que de manera independiente se han venido implementando y no parecen estar siendo tan eficaces como se requiere. (Galvis-Quintero, Deisy, 2016). Si bien la subasta inversa es un mecanismo de contratación, que propende por resolver las necesidades a un menor costo, se identifica que tal proceso tendría situaciones que lo llevarían a generar desventajas sobre los competidores, de igual forma, sobre la adquisición de los bienes y servicios en cuanto su calidad y garantías, la normatividad es clara, no permite actos

que lleven a romper el equilibrio, la legalidad y transparencia de los procesos de contratación; es importante resaltar que los actos que se pueden presentar en estos procesos son acciones planificadas, las cuales buscan afectar de manera sustancial, el patrimonio de la nación, a los ciudadanos y los oferentes que participan dentro de estos procesos. De acuerdo a los tratados y acuerdos que tiene nuestro país en temas contractuales, se evidencia que muchas de estas políticas y acuerdos son tenidas en cuenta de manera superficial, dejando la rigurosidad de los procesos sancionatorios, a una mera actuación de control y sanción de orden pecuniario que no llegan a afectar de manera sustancial a los oferentes y las empresas que actúan de manera desleal a los requerimientos del estado colombiano.

9 Marco Legal

La Contratación Estatal en Colombia, cuenta con un sin número de ajustes y modificaciones normativas, con el fin de garantizar los principios de transparencia, economía procesal y avance tecnológicos que enfrenta la sociedad. Actualmente la contratación pública está respaldada como eje principal por la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, Decreto 777 de 1992, Ley 1437 de 2011, Código Civil y Código de Comercio; documentos jurídicos que establecen las diferentes modalidades de contratación, procedimientos, requisitos, el principio de planeación y los sistemas electrónicos de contratación pública implementados a nivel nacional para lograr la efectividad de la contratación en línea y garantizar el derecho de publicidad.

Se toma como fundamento la Constitución Política de 1991, artículo 150 expresa:

“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, y el artículo 209, establece las funciones administrativas y los principios de la Contratación Pública.” (Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de Colombia, 1991)

En este sentido, nuestro trabajo investigativo se centra en la modalidad de contratación pública adelanta por selección abreviada por subasta inversa, donde se evidencian los actos de actuaciones irregulares que afectan la libre competencia de los oferentes.

Con el surgimiento de la Constitución Política de Colombia del 1991, se faculta al congreso Para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública “Ley 80 del 1993” cuyo objeto es “Disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales” (Congreso de la República , 1993).

Decreto Nacional 1510 de 2013, estos principios, regularán la conducta de los servidores públicos, en el mismo sentido que las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (Manjarrés Aragón, D., Ortiz Acevedo, S., 2012, pág. 5). Así, la aplicación de los principios en materia contractual, debe ser entendida frente a todo el procedimiento de contratación y no estrictamente a la selección objetiva del contratista; los principios generales del derecho, bien sea que hagan parte de la constitución o de la ley administrativa u otro carácter, han de ser apreciados en todas las etapas de la contratación estatal, cobijando cualquier actuación estatal en materia de contratación. De esta forma no solo los principios anteriormente citados, sino los postulados como la buena fe, la prevalencia del interés general, el debido proceso, la transparencia, la responsabilidad, la concurrencia, entre otros (Manjarrés Aragón, D., Ortiz Acevedo, S., 2012, pág. 7)

De acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-713/09.

El hecho de que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, lo mismo que la capacidad financiera y de organización de los proponentes no otorgue puntaje, salvo cuando se trata de la selección de consultores, no implica que tales aspectos no sean objeto de comprobación y menos aún no sean tenidos en cuenta para la elección de la oferta más favorable a los intereses de la administración pública. (Sentencia C-713/09 , 2009)

En este mismo sentido el Consejo de Estado mediante la sentencia del 24 de junio del 2004 brinda un pronunciamiento frente a la presentación de un solo oferente en un proceso de Subasta Inversa.

“CONTRATACION ESTATAL - Condiciones para adjudicar el contrato al proponente único - Subasta inversa. La posibilidad de adjudicar al proponente único tiene varias condiciones: a) El proponente debe reunir los requisitos habilitantes exigidos; b) La oferta debe

satisfacer los requerimientos del pliego de condiciones, tanto formal como materialmente; c) Se deben respetar en todo caso las normas sobre subasta inversa” Expediente 11001-03-06-000-2009-00049-00 25 de febrero 2010 de febrero 2010. (Sentencia Consejo de Estado, 2010)

Los bienes de características técnicas uniformes o de común utilización serán aquellos que, independientemente de su forma externa, colorido, o presentación, producen el mismo efecto de satisfacción de la necesidad que atienden, y que, con la nueva definición, pueden ser tenidos en grupos homogéneos por ser semejantes para la adquisición, Palacio (2014, p. 329).

“El artículo 2.2.1.2.1.2.2. del Decreto 1082 de 2015 consagra las reglas especiales o particulares que deben observarse en el Procedimiento para la subasta inversa” (Presidencia de la República, 2015).

10 Resultados

10.1 Modalidad De Subasta Inversa Desde Su Marco Normativo.

La normatividad encargada de regular los principios y procedimientos en la contratación pública en Colombia se fundamenta en artículo 150 de la Constitución Política de 1991, y posteriormente se reglamenta con la expedición de la Ley 80 de 1993, la ley 1150 del 2007, Decreto 1082 de 2015, Ley 1474 de 2011, Decreto 777 de 1992, Ley 1437 de 2011, Código Civil y Código de Comercio, en este material normativo encontramos las modalidades establecida por la administración con el objetivo de garantizan el principio de transparencia, economía, responsabilidad, eficiencia, coordinación, ecuación contractual en cada proceso. Algunos de estas modalidades de contratación son las licitaciones, los acuerdos marco, el concurso de méritos y las subastas inversas (Presencial o electrónica).

En este sentido, vamos a centrarnos en la modalidad de contratación de Selección Abreviada por subasta inversa ya sean de forma presencial o electrónica, este mecanismo ha generado un gran impacto en la contratación pública, caracterizándose por ser una herramienta idónea para la optimización de recursos en la administración con la adquisición de bienes y servicios comunes a un bajo precio.

Para definir de forma técnica la modalidad de selección abreviada de subasta inversa, nos basamos en un concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, donde nos describe en que consiste este mecanismo y su proceso.

“La subasta inversa es un procedimiento de contratación estatal en el cual el precio es el único factor de escogencia del contratista y consiste en una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de

conformidad con las reglas previstas en el Decreto 1510 de 2013 y en los respectivos pliegos de condiciones”.

De tal manera que la oferta más favorable para la entidad sea la más baja luego de presentar una puja "competitiva" por parte de los proponentes habilitados en una audiencia de subasta inversa presencial o electrónica.

Teniendo en cuenta los bienes y servicios por los cuales se acude al procedimiento de subasta inversa, deben determinarse en el contenido de los estudios y documentos previos señalados en el artículo 40 del Decreto 1510 de 2013, cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, que tendrá una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad, cuya elaboración será responsabilidad de cada entidad. Estas fichas Técnicas deberán contener como mínimo: a) La clasificación del bien o servicio de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios, b) la identificación adicional requerida, c) la unidad de medida, d) la calidad mínima y e) los patrones de desempeño mínimos” (Colombia Compra Eficiente, 2006)

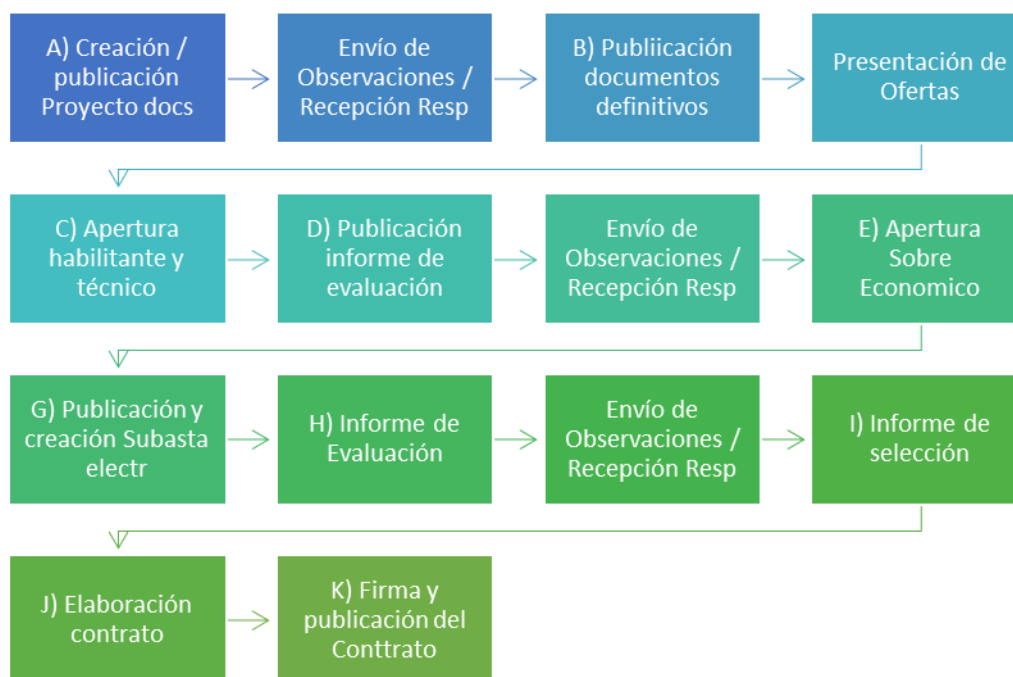
Con la implementación del SECOP II como herramienta de contratación en línea que permita garantizar los principios de la contratación pública, en la actualidad el módulo de Selección Abreviada por Subasta Inversa, se encuentra en un plan de mejoramiento que permita que la herramienta sea eficaz y eficiente en su funcionamiento, los procesos actuales pueden ser publicados a través de la plataforma del SECOP II, pero la audiencia de Subasta se debe convocar por parte de la entidad de forma independiente (presencial o electrónica).

En sentido podemos afirmar que la contratación en línea no lograr cumplir su fin al 100%, debido a que se implementa una herramienta transaccional que no garantiza en su

totalidad el proceso precontractual que conforma la subasta, obligando a la entidad alimenta esta información en el expediente de forma manual.

En el flujograma que se relaciona a continuación, se puede evidenciar el protocolo establecido en la modalidad de Selección Abreviada por Subasta Inversa

Diagrama Fases de la Selección Abreviada por Subasta Inversa



(Colombia Compra Eficiente, 2006, pág. Manual de uso del SECOP II).

10.2 Desventajas Que Existen, En La Modalidad De Selección Abreviada De La Subasta Inversa Caso: Proceso FGN-IPSE-38 De 2016 Convocado Por Fiscalía General De La Nación Descrito En La Resolución 27915 De 2018

10.2.1 Capacidad Jurídica.

De acuerdo a los referentes que se presentan en la en la Resolución 27915 de 2018, emitida por la Superintendencia de Comercio en relación al PROCESO N° FGN-IPSE-38 DE 2016 convocado por Fiscalía General de la Nación. Se enumeran las desventajas que se presentaron en esta modalidad de contratación.

En la imagen número 1, se evidencia como tres empresas coinciden en su objeto social, el coordinador/ director, la fecha de constitución, las sedes donde prestaran los servicios, relacionan la misma dirección y el personal como asesor jurídico, revisor fiscal, contador, jefe de compras y el mensajero hacen parte de las tres empresas en el mismo organigrama institucional y con las mismas funciones.

GENERALES	FERRELÉCTRICAS	TECNIGRUP	WILZOR
Fecha de Constitución	28 de diciembre del 2012		
Objeto Social	<i>" Comercio, fabricación, venta y/o suministro, instalación, al por mayor y por menor o cualquier modalidad de: todo tipo de material de construcción, pintura, ferretería, material granular"</i>		
Sedes	Calle 24 No. 74 - 07 Bogotá		
CARGOS	FERRELÉCTRICAS	TECNIGRUP	WILZOR
Director/Coordinador Administrativo	RICARDO MÉNDEZ MORA	RICARDO MÉNDEZ MORA	RICARDO MÉNDEZ MORA
Asesora Jurídica	CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO		
Revisor Fiscal	TONY ALEXANDER ARROLLO VÁSQUEZ		
Contador	IVAN JOSÉ MIRANDA UPARELA		
Jefe de Compras	OSCAR ORLANDO CAVIEDES DURÁN		
Fuente: información obrante en los folios 451, 455 y 516 del cuaderno reservado No. 1Folio 548 del Cuaderno reservado, Folio 380 y565 del cuaderno público No. 3, Folio 678 del cuaderno público No. 4 y folios 727 a 728 del cuaderno público No. 5			

(Superintendencia de industria y comercio, 2018, pág. 3)

Conocidos estos hechos podemos determinar que, dentro del estudio que debe realizarse a los requisitos habilitantes (Capacidad Jurídica), se omitió por parte de la Fiscalía General de Nación cumplir con lo establecido en **ART. 10 del decreto 1510 de 2013. Requisitos habilitantes contenidos en el RUP; Capacidad Jurídica** (Gobierno Nacional, 2013, pág. atr. 10)

De igual forma el artículo 164 en su numeral cuarto del mencionado decreto establece: **Verificación de los requisitos habilitantes.** Las Entidades públicas a realizar sus Procesos de Contratación aplican los requisitos habilitantes consagrados en el artículo 10 del presente decreto, antes de que las cámaras de comercio estén en posibilidad de recibir las renovaciones utilizando el Clasificador de Bienes y Servicios, deben verificar directamente que los oferentes cumplan con los mismos.

Decreto 1510 de 2013 art 10 numeral segundo y art 164 numeral cuarto (cita)

Estos acontecimientos colocan en una situación, de una posible responsabilidad por omisión de los funcionarios, que debieron advertir, mediante hallazgos los posibles riesgos que podría tener el proceso de subasta inversa que se llevó cabo en la Fiscalía General de la Nación bajo el número de PROCESO N° FGN-IPSE-38 DE 2016.

Esta situación no es solo de este proceso, de igual forma estas empresas utilizaron este modus operandi en otros procesos del Orden Nacional, dejando entre ver que la situación de la capacidad jurídica, no es analizada bajo los estrictos criterios que establece la ley. Esta omisión coloca en riesgo la razón natural de la modalidad de contratación abreviada por subasta inversa, la cual busca garantizar la elección objetiva de un oferente que pueda cumplir las obligaciones contractuales, se de una correcta destinación de los recursos del Estado y bajo la premisa del mejor precio se satisfaga las necesidades de la sociedad.

AÑO	ENTIDAD CONTRATANTE	NUMERO DE PROCESO	PRESUPUESTO OFICIAL	OFERENTES QUE PARTICIPARON		
2015	RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA	S.I 4 DE 2015	\$ 165.416.000	WILSOR S.A.S	TECNIGRUPP S.A.S	COLOMBIA FERRELÈTRICAS S.A.S
2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	SI-DRA-019-2016	\$ 97.917.000	WILSOR S.A.S		COLOMBIA FERRELÈTRICAS S.A.S
2016	ANTIOQUIA - GOBERNACIÓN	6179	\$ 250.363.425	WILSOR S.A.S	TECNIGRUP S.A.S	COLOMBIA FERRELÈTRICAS S.A.S
2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	SI CTAPT - 006-2016	\$ 118.545.327	WILSOR S.A.S	TECNIGRUP S.A.S	COLOMBIA FERRELÈTRICAS S.A.S
TOTAL			\$ 632.241.752			

(Superintendencia de industria y comercio, 2018)

10.3 Colusión.

El termino colusión es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “Pacto ilícito en daño a tercero” (Real Academia de la Lengua Española, 2001, 2001).

Si bien la colusión se puede presentar en cualquier escenario de contratación, sus mayores efectos se proyectan en el proceso licitatorio, por ser este el procedimiento por el cual se llevan a cabo las adquisiciones de bienes y servicios de mayor envergadura; además de que se trata de un procedimiento reglado, que por su propia estructura puede facilitar la conformación de estos acuerdos. (Galvis-Quintero, Deisy, 2016, pág. 143).

De acuerdo a lo consagrado en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, enmarca el concepto sobre los contratos, brindando información sobre cual, es el deber ser de las empresas al momento de la suscripción de los mismo. Por tanto, existe al momento de un acuerdo la existencia de hechos que hacen que se desarrollen los objetivos y fines que se acuerdan entre las

partes. 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 ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en sentencia del 26 de enero de 1995, que *“las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra”*. Esto es lo que en la doctrina se conoce con el nombre de colusión entre oferentes en licitaciones o concursos, también llamada bid rigging o collusive tendering. la OCDE ha presentado las cifras, donde se genera unos valores exagerados estimado entre 10 y 20% el cual sobre pasa los precios del mercado, las autoridades que protegen la competencia en varios países han colocado todos sus esfuerzos para identificar e imponer sanciones ejemplarizantes a fin de combatir estas prácticas que atentan contra la subasta inversa. (SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO SIC, 2010)

De acuerdo a lo consagrado en el numeral 1º artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, establece que es un “contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. No siempre la colusión es materializada por un oferente en particular, tal es el caso que para que exista colusión es indispensable que configure un acuerdo de voluntades. Este acuerdo de voluntades conlleva a que se pueda garantizar un objetivo en común. Visto de desde una óptica más amplia, la participación activa de los oferentes en actos de colusión, nunca están materializado en actos violentos, disuasivos y menos que atenten contra la integridad de los mismos o sus familias. Por el contrario, existe un total conocimiento de que actos se deben ejecutar articuladamente, es por esto que se debe hablar de una voluntad expresa de los que coluden, en aras de afectar los procesos de contratación, como sucede con el proceso de la fiscalía PROCESO N° FGN-IPSE-38 DE 2016.

El acto de colusión puede configurarse tanto por objeto como por efecto, es decir, es ilegal la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar el proceso de licitación o adjudicación como el efecto producido, tanto en el mercado como en el desarrollo del proceso contractual, con el acuerdo. (Serrano-Pinilla, 2011, pág. 150).

Este tipo de situaciones afectan de forma general a nuestra comunidad, por consiguiente, estos acuerdos merecen el juzgamiento y reproche social, legal y político, al comprometer y poner en riesgo la estabilidad democrática y patrimonio de la nación; debido a la concurrencia en estos actos, nace como necesidad “la sanción” que permita limitar estas prácticas anticompetitivas y corruptas. Como la colusión en la contratación pública, la cual puede ser sancionada administrativamente.

Por violación a la libre competencia- (Decreto 2153 de 1992), vía jurisdiccional (Ley 1474 de 2011), acción penal y civil de responsabilidad por competencia desleal, vía contenciosa administrativa, de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, sin descartar la responsabilidad fiscal, e incluso disciplinaria, en algunos eventos, y sin dejar de lado las vías constitucionales. (Universidad del Norte, 2015, pág. 239)

De esta manera, surge la necesidad del rol observatorio y sancionador de la superintendencia de industria y comercio, que monitoree las prácticas y el grado de evolución y madurez de los procesos empleados para las adquisiciones en los países no solo en Colombia, sino a nivel de los estados latinoamericanos, con una función de relevar periódicamente una serie de indicadores que sirvan para evaluar tanto las reglas que regulan los procesos de compras como sus funcionamientos contemplando aspectos como: la transparencia y la presencia de colusión y/o corrupción en los procesos de compras, los marcos institucionales y la cobertura, la eficiencia administrativa y los precios efectivamente pagados y por último el nivel de

participación de las pequeñas y medianas empresas (Arozamena & Weinschelbaum , 2004, pág. 47).

A nivel universal y dentro del marco económico, la tendencia de los empresarios a restringir la competencia y a favorecer aumentos artificiales de precios, son conductas que se reconocen a partir de la “Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones” (1776) desarrollada por Adam Smith, trabajo conocido como “La riqueza de las naciones”. (HERNÁNDEZ ANDREU, Juan, 2015)

Posibles actos colusorios de tres empresas en varios procesos; la Superintendencia de Industria y Comercio presenta la posibilidad de acuerdos anticompetitivos en los siguientes procesos:

No. PROCESO – ENTIDAD	COLOMBIA FERRELÈTRICAS S.A.S	TECNIGRUP S.A.S	WILSOR S.A.S
6179			
ANTIOQUIA – GOBERNACIÓN	\$ 250.363.425	\$ 250.363.425	\$ 250.363.425
S.I 4 DE 2015			
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA	\$ 165.416.000	\$ 165.416.000	\$ 165.416.000
SI CTAPT - 006-2016			
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$ 118.545.327	\$ 118.545.327	\$ 118.545.327
SI-DRA-019-2016			
SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$ 97.917.000		\$ 97.917.000

Como se presenta en la siguiente gráfica, los procesos contaron con la participación activa de las empresas objeto de investigación, lo cual hace ver que existe una coordinación para realizar actuaciones, dando luces que estas empresas buscan la obtención del contrato o beneficios económicos, bajo supuestos parámetros legales.

(Superintendencia de industria y comercio, 2018, pág. 11)

Cada acto de corrupción deja claro que se puede estar frente acciones que son progresivas, repetitivas y preparadas, su ejecución se hace de tal manera que no necesariamente se dé la

adjudicación del procesos, pero que la afectación a la libre competencia económica, deja sin oportunidad a otros oferentes, que de manera licita, buscan participar en los procesos de adjudicación, por medio de la subasta inversa; esto actos colusorios ponen en riesgo los topes presupuestales, la correcta ejecución del objeto contractual y las garantías mínimas de entrega de productos de primera calidad.

Uno de los propósitos de los actos colusorios, es el de crear certeza de la participación real, con el cumplimiento de los mínimos legales, con participación activa dentro de los procesos de selección y porque no, hacer lances dentro de la subasta inversa. Esto se puede presentar en un número alto de procesos, ya que el fin en sí mismo, en muchas ocasiones, no es la consecución de la subasta, es generar una confianza dentro de los procesos, y que se le conozca dentro de las entidades contratantes. A continuación, se presenta la forma de participación de las empresas en su actividad colusoria.

WhatsApp tomado del celular Ricardo Méndez

*“De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Ricardo Méndez Mora
Como van está subasta*

*-----
De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Miguel Perilla
Contenido: Ya empezó*

*-----
De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Ricardo Méndez Mora
Contenido: Sacaron a alguien*

*-----
De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Ricardo Méndez Mora
Contenido: Haga uno de 17.000.000*

*-----
De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Miguel Perilla
Contenido: No*

*-----
De: from: _____ @ s. whatsapp. Net Miguel Perilla
Contenido: Haga uno de 5”*

(Superintendencia de industria y comercio, 2018, pág. 6)

Así, al llegar dos o más oferentes de acuerdo para manipular las condiciones que garantizan la libre competencia del mercado, podríamos afirmar que nos encontramos frente a un resultado equivalente que se obtendría en la situación del monopolio. *“Una de las principales diferencias entre una empresa competitiva y un monopolio es la capacidad de esta última para influir en el precio del producto, estableciéndolo por encima del costo marginal”* (Bocanegra, 2014, pág. 239).

Cuando dos o más oferentes coludan es el resultado de un perjuicio grave, debido al aumento en los precios, con lo cual la asignación visualizando que los recursos no son suficientes y el costo social impuesto a los consumidores es mucho mayor que el beneficio que reporta el monopolio. (Bocanegra, 2014, pág. 239)

Si bien podría decirse que los procesos en los cuales participaron estas empresas no tienen una relevancia para hablarse de colusión, existen hechos que fueron presentados por la Superintendencia de Comercio como el control competitivo que se ejerce sobre las tres empresas objeto de investigación. Por otra parte, se vislumbra que existió participación activa de funcionarios que hacían parte de las tres empresas, como fue demostrado por la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se hace alusión a la asesora jurídica, y su director el cual coordinaba todas las actuaciones, dentro y fuera de los procesos donde participaron.

Dentro del análisis investigativo, la plataforma del SECOP I nos permite conocer las ofertas económicas presentadas por los oferentes que son investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio, estas presentan una coincidencia del 97 % en los precios unitarios y totales en los 33 ítems ofertados, este hallazgo no fue presentado por la Fiscalía General de la Nación. Tal hallazgo permite identificar un hecho de colusión al existir una coincidencia total en todos los ítems, afectando la transparencia y la libre competencia.

A continuación, se presenta la información suministrada por el SECOP I mediante radicado No.20166130021793 de 24 de noviembre del 2016, que tiene por asunto “*Entrega de evaluación jurídica proceso de selección FGN-IPSE-038-2016 Adquisición de elementos de dotación para los brigadistas del nivel central de la FGN*”, donde se evidencia cuáles son los oferentes habilitados en el proceso en mención:

ITEM	EMPRESA/PROPONENTE	CALIFICACIÓN
1	AXEN PRO GROUP SA	HABILITADO
2	MANUFACTURAS DELMYP	HABILITADO
3	FERRETERIA FORERO S.A.	HABILITADO
4	PRODUCTOS MEDICOS COLOMBIANOS SAS – PRODUMEDIC	HABILITADO
5	UNIÓN TEMPORAL FISCALIA EPP 2016 integrada por TALENTO COMERCIALIZADORA S.A. Y FUNDACIÓN SOCIAL AL SERVIDOR DEL HOMBRE Y SU ENCUENTRO CON EL MEDIO AMBIENTE - FUNDACIÓN SHEMA	HABILITADO
6	ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA	HABILITADO
7	TECNIGROUP S.A.S	HABILITADO
8	COLOMBIA FERRELECTRICA SAS	HABILITADO
9	C&P LICITACIONES Y CONSULTORIAS SAS	HABILITADO
10	INVERSIONES RIME S.A.S	HABILITADO
11	WILZOR SAS	HABILITADO

En la siguiente relación se muestra las tres empresas que presentaron las propuestas en el proceso FGN IPSE- 038-2016 TECNIGROUP.S.A.S, COLOMBIA FERRELECTICAS S.A.S Y WILSON S.A.S y las similitudes en los requisitos jurídicos y económicos de sus propuestas (Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponentes habilitados, 2016, pág. 1)

Requisitos de la Propuesta	PROPONENTE		
OFERENTES	TECNIGRUP S.A.S NIT. 900-580.570	COLOMBIA FERRELECTRICAS NIT. 900-580.800	WILZOR S.A.S NIT. 900-580.588
Número de folios	132 folios según la numeración del proponente	141 folios según la numeración del proponente	93 folios según la numeración del proponente
Compromiso de Anticorrupción (Anexo 2)	Folio: 9 Suscrita por Fabian Shneider Franco Umaña C.C. 1.031.147.407	Folio: 9 Suscrita por Hermes David Arévalo Pissa C.C. 80.904.316	Folio: 9 Suscrita por Luis Fernando Bayona Pissa C.C. 80.904.317
Certificado expedido sobre el pago de aportes	Folio: 11 Fecha: 21/11/2016	Folio: 11 Fecha: 21/11/2016	Folio: 11 Fecha: 21/11/2016

<p>parafiscales - 4.4 De conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993 que fuera modificado por el artículo 23 de la ley 1150 de 2007, en concordancia con lo señalado en el artículo 50 de la ley 789 del 2002, el proponente junto con la presentación de su oferta deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de aportes al sistema de seguridad social</p>	<p>Suscrita por: TONY ALEXANDER ARROYO VASQUES Revisor Fiscal C.C. 1.069.462.411</p>	<p>Suscrita por: TONY ALEXANDER ARROYO VASQUES Revisor Fiscal C.C. 1.069.462.412</p>	<p>Suscrita por: TONY ALEXANDER ARROYO VASQUES Revisor Fiscal C.C. 1.069.462.413</p>
<p>Fotocopia del documento de identidad del Representante Legal o Apoderado</p>	<p>Folio 18</p>	<p>Folio 18</p>	<p>Folio 7</p>
<p>Póliza de cumplimiento (Seriedad de Oferta) 90 días 10%</p>	<p>Folio: 4 Compañía Aseguradora: Confianza Póliza No. GU043073 Fecha de expedición: 21/11/2016 Vigencia: 22/11/2016 al 12/03/2017 Valor asegurado \$14.992.704,10 Beneficiario. Fiscalía General de la Nación Nit. 800152783-2</p>	<p>Folio: 12 Compañía Aseguradora: Confianza Póliza No. GU043055 Fecha de expedición: 21/11/2016 Vigencia: 22/11/2016 al 12/03/2017 Valor asegurado \$14.992.704,10 Beneficiario. Fiscalía General de la Nación Nit. 800152783-3</p>	<p>Folio: 103 Compañía Aseguradora: Confianza Póliza No. GU043041 Fecha de expedición: 18/11/2016 Vigencia: 22/11/2016 al 12/03/2017 Valor asegurado \$14.992.704,10 Beneficiario. Fiscalía General de la Nación Nit. 800152783-4</p>
<p>Registro Único de Proponente. Certificado del RUP del proponente singular o de cada uno de los miembros del consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura si el proponente es plural, el cual deberá estar vigente y en firme por lo menos antes del evento de la subasta.</p>	<p>Folio: 20 Fecha: 9/11/2016 Fecha de inscripción en el registro único de proponentes el 28/05/2014 Renovación: 02/03/2016 Identificación: 900.580.570-9 Numero del proponente en cámara de comercio: 54206 De acuerdo a la información que reposa en el RUP el</p>	<p>Folio: 20 Fecha: 3/11/2016 Fecha de inscripción en el registro único de proponentes el 27/05/2014 Renovación: 29/02/2016 Identificación: 900.580.800-8 Numero del proponente en cámara de comercio: r051265693 De acuerdo a la información que reposa en el RUP el inscrito se clasifica como pequeña empresa SIN SANCIÓN O</p>	<p>Folio: 14 Fecha: 9/11/2016 Fecha de inscripción en el registro único de proponentes el 26/05/2016 Renovación: 03/03/2016 Identificación: 900.580.588-0 Numero del proponente en cámara de comercio: R051307213 De acuerdo a la información que</p>

	inscrito se clasifica como pequeña empresa SIN SANCION O MULTA	MULTA	reposa en el RUP el inscrito se clasifica como pequeña empresa SIN SANCION O MULTA
--	--	-------	--

(Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponentes habilitados, 2016, págs. 49, 50, 56, 57,78).

A Continuación, se relacionan las ofertas económicas presentadas por los tres oferentes inicialmente investigados por el acto de colusión:

ITEM	DESCRIPCIÓN DETALLADA	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD TOTAL	PRECIO UNITARIO TECNIGRUP S.A.S	PRECIO UNITARIO COLOMBIA FERRELECTRICA S.A.S	PRECIO UNITARIO WILZOR S.A.S.	PRECIO TOTAL TECNIGRUP S.A.S	PRECIO TOTAL COLOMBIA FERRELECTRICA S.A.S	PRECIO TOTAL WILZOR S.A.S.
1	BOTIQUIN TIPO A (según especificaciones técnicas)	UND	200	159.821,0	159.821,0	159.821,0	31.964.200,0	31.964.200,0	31.964.200,0
2	FONENDOSCOPIO O ESTETOSCOPIO (según especificaciones técnicas)	UND	20	289.853,0	289.853,0	289.853,0	5.797.060,0	5.797.060,0	5.797.060,0
3	KIT DE INMOVILIZADORES EXTREMIDADES SUPERIORES E INFERIORES (según especificaciones técnicas)	UND	20	34.749,0	34.749,0	34.749,0	694.980,0	694.980,0	694.980,0
4	CUELLO PARA MOVILIZADOR CERVICAL (según especificaciones técnicas)	UND	20	82.749,0	82.749,0	82.749,0	1.654.980,0	1.654.980,0	1.654.980,0
5	TENSIOMETRO (ESFIGMOMANOMETRO (según especificaciones técnicas)	UND	20	270.506,0	270.506,0	270.506,0	5.410.120,0	5.410.120,0	5.410.120,0
6	PITO O SILBATO PARA EMERGENCIAS (según especificaciones técnicas)	UND	300	27.713,0	27.713,0	27.713,0	8.313.900,0	8.313.900,0	8.313.900,0
7	SILLA DE RUEDAS (según especificaciones técnicas)	UND	20	899.803,0	899.803,0	899.803,0	17.996.060,0	17.996.060,0	17.996.060,0
8	MEGAFONO (según especificaciones técnicas)	UND	20	273.733,0	273.733,0	273.733,0	5.474.660,0	5.474.660,0	5.474.660,0
9	SENALES INFORMATIVAS PARA SIMULACROS (según especificaciones técnicas)	UND	45	40.319,0	40.319,0	40.319,0	1.814.355,0	1.814.355,0	1.814.355,0
10	CASCOS DE SEGURIDAD ALVEO VENT PETZL (según especificaciones técnicas)	UND	95	327.841,0	327.841,0	327.841,0	31.144.895,0	31.144.895,0	31.144.895,0
11	RODILLERAS DE PROTECCION (según especificaciones técnicas)	UND	80	49.211,0	49.211,0	49.211,0	3.936.880,0	3.936.880,0	3.936.880,0
12	CANGURO TIPO BRIGADISTA (según especificaciones técnicas)	UND	150	37.742,0	37.742,0	37.742,0	5.661.300,0	5.661.300,0	5.661.300,0
13	CHALECOS PARA BRIGADISTAS (según especificaciones técnicas)	UND	110	70.749,0	70.749,0	70.749,0	7.782.390,0	7.782.390,0	7.782.390,0
14	LINTERNA DE MANO (según especificaciones técnicas)	UND	80	33.856,0	33.856,0	33.856,0	2.708.480,0	2.708.480,0	2.708.480,0
15	BOTAS DE SEGURIDAD (según especificaciones técnicas)	UND	75	265.210,0	265.210,0	265.210,0	19.890.750,0	19.890.750,0	19.890.750,0
16	CRONOMETRO (según especificaciones técnicas)	UND	10	75.623,0	75.623,0	75.623,0	756.230,0	756.230,0	756.230,0
				2.939.478,0	2.939.478,0	2.939.478,0	151.001.240,0	151.001.240,0	151.001.240,0

(Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponentes habilitados, 2016, págs. 18-19-21-22-25-26)

Ante los documentos recopilados se logra establecer que se encontraron las siguientes coincidencias en la verificación de los requisitos habilitantes, i) se encontró el mismo revisor fiscal en las tres propuestas, ii) el valor asegurado por las garantías por las tres empresas es \$14.992.704, 10, iii) el número folios (18), se repite en dos de las propuestas, iv) la fecha de expedición de las garantías es la misma en dos de las tres propuestas y v) coincidencia en los 16 ítems de las propuestas económicas .

No significa que no puedan existir coincidencias dentro de las propuestas de los oferentes, pero craso error, es suponer, que tales similitudes en esas proporciones, no generen posibles dudas en los actos que realizan los oferentes para participar dentro de las subastas.

Relaciona a Stigleri y Gupta quienes expresan que los factores de existencia de pocos participantes en el mercado y la presencia del mismo grupo de proponentes en los procedimientos contribuyen a la cartelización. (Safar, 2009, pág. 45)

Paul Klemperer (2002) considera que se debe cuidar el diseño del proceso de subasta para garantizar el logro de los objetivos perseguidos y evitar posibles fracasos como la posibilidad de colusión, ya que, si existe un número pequeño de participantes, estos podrían repartirse el mercado y no interesarse en la competencia; entonces se debe propender por obtener el mayor número de postores, y que estos no coincidan con el número de bienes subastados para evitar la repartición. (Tamayo & Posada, 2004, pág. 17).

En pliego de condiciones presentado por la Fiscalía general de la Nación en el proceso FGN-IPSE-038-2016, presento varias sanciones que se presentarían en el proceso, donde diera lugar a actos colusorios, de acuerdo a los pliegos de condiciones publicados por la fiscalía

durante el proceso de selección citan lo siguiente frente a los actos de corrupción, colusión y causa de rechazo de la propuesta:

“FISCALIA NUMERO DE PROCESO FGN-IPSE-038-2016 NC Cualquiera de sus fases o etapas, a que presenten las recomendaciones que consideren convenientes, intervengan en las audiencias y a que consulten los documentos del proceso en el SECOP.

B. Compromiso anticorrupción Los proponentes deben suscribir el compromiso anticorrupción contenido en el anexo No 2 en la cual manifiestan su apoyo irrestricto a los esfuerzos del estado colombiano contra la corrupción.

Si se comprueba el incumplimiento del proponente, sus empleados, sus representantes, asesores o de cualquier otra persona que en el proceso de contratación actúe en su nombre, es causa suficiente para el rechazo de la oferta o para la terminación anticipada del contrato, si el incumplimiento ocurre con posterioridad a la adjudicación del mismo, sin perjuicio sin que tal incumplimiento tenga consecuencias adicionales”

“FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN NUMERO DE PROCESO FGN-IPSE-038-2016 NC Siguiendo a la fecha en el que se expida el acto de adjudicación, previsto en el cronograma: de lo contrario Fiscalía general de la Nación procederá al archivo de la oferta original y a la destrucción de su copia.

K. Rechazo En adición a otras causas previas por la Ley, Fiscalía General de la Nación rechazara las ofertas presentadas por los proponentes que:

16) cuando se presenten prácticas colusorias o restrictivas de la competencia”

En el anexo No. 2 “Compromiso de Anticorrupción” la cual debe ser diligenciada y firmada por el Representante Legal de la oferta, el proponente manifiesta lo siguiente con el objetivo de garantizar la transparencia en su propuesta y en el proceso:

“ FISCALIA NUMERO DE PROCESO FGN-IPSE-038-2016 NC ANEXO NO. 2

COMPROMISO ANTICORRUPCIÓN

Proceso de contratación FGN-IPSE-038-2016 NC

(Nombre del representante legal o de la persona natural proponente), identificado como aparece al pie de mi firma, (obrando en mi propio nombre o en calidad de representante legal de) (nombre del proponente), manifiesto que:

4. Nos comprometemos a no efectuar acuerdos, o realizar actos o conductas que tengan por objeto o efecto a la colusión en el proceso de contratación.”

“ANEXO No 10 CERTIFICADO DE PARTICIPACIÓN INDEPENDIENTE DEL PROPONENTE” para su verificación remitirse a la siguiente dirección electrónica (Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponenteas habilitados, 2016, págs. 6- 39-40-52-77-78-79.)

Así las cosas, es evidente que los parámetros para las prácticas anticompetitivas eran claras para los oferentes, tal como se evidencia en cada uno de los anexos, de tal forma que no existe excusa o factor de desconocimiento de tales actos. Entonces cabe preguntar, por qué no se

rechazaron las ofertas de dos de los oferentes. Muestra de esto es la lista de proponentes habilitados, donde aun con los hallazgos conocidos, se omitió la aplicabilidad de los parámetros garantes, que conllevan al rechazo por actos de colusión, dejando entre ver que puede surtir la falta de valides de los parámetros legales, a los que se obligan los oferentes al momento participar de los procesos de contratación estatal.

ITEM	EMPRESA/PROPONENTE	CALIFICACIÓN
1	AXEN PRO GROUP SA	HABILITADO
2	MANUFACTURAS DELMYP	HABILITADO
3	FERRETERIA FORERO S.A.	HABILITADO
4	PRODUCTOS MEDICOS COLOMBIANOS SAS – PRODUMEDIC	HABILITADO
5	UNIÓN TEMPORAL FISCALIA EPP 2016 integrada por TALENTO COMERCIALIZADORA S.A. Y FUNDACIÓN SOCIAL AL SERVIDOR DEL HOMBRE Y SU ENCUENTRO CON EL MEDIO AMBIENTE - FUNDACIÓN SHEMA	HABILITADO
6	ARKIMAX INTERNACIONAL LTDA	HABILITADO
8	COLOMBIA FERRELECTRICA SAS	HABILITADO
9	C&P LICITACIONES Y CONSULTORIAS SAS	HABILITADO
11	WILZOR SAS	HABILITADO

(Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponenteas habilitados, 2016, pág. 1).

10.4 Limitación A Libre Competencia Económica.

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (...)” (Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de Colombia, 1991)

“ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de Colombia, 1991)

De igual forma la Corte Constitucional dentro de sus numerosos conceptos jurisprudenciales, deja en claro que la libre competencia Económica para el tema que nos atañe, debe estar regida por lo siguiente *“consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.”* (Sentencia C-228/10)

cuya efectiva garantía depende del equilibrio entre las acciones individuales de las empresas e individuos participantes en el mercado.” y, que, por tal motivo, “la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley.” (Sentencia C-228/10, 2010).

Una de las situaciones que ponen en riesgo la Subasta inversa son los acuerdos restrictivos a la libre competencia Económica, es tal la situación que estos hacen que se afecte el proceso mismo, mucho antes de darse inicio a la subasta inversa.

Dicho acuerdo tiene como fin último alterar las condiciones del mercado en sus distintos tópicos, como: fijación de precios, alterar ilícitamente la licitación, adjudicación de contratos y repartición de utilidades o de parte de estas que se consideran contrarios a la libre competencia. “Por tanto, el punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o la licitación” (Velandia, 2011, p. 158) (Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, 2015, págs. 158-237)

Con base a las evidencias suministradas por Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 27915 de 2018, fue evidente como en el proceso de la Gobernación de Antioquia N° 6179, fue objeto de una afectación sustancial al conocerse como los oferentes acordaron mediante comunicación vía WhatsApp, la forma como se diera la adjudicación del proceso a un oferente en particular; dentro de las acciones tomadas fue i). el de garantizar réditos económicos a los participantes de los actos de colusión y ii) la consecución del proceso a un costo muy cercano al presentado inicialmente por la entidad contratante. (Superintendencia de industria y comercio, 2018).

WhatsApp tomado del celular Alejandro

“De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Señores ya están todos

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Hagan la oferta

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Se acepta y listo (...)

De: ___@ s. whatsapp. Net ___ Reinaldo Buitrago de americana de inflables

De: ___@ s. whatsapp. Net _____ Ofrezco una bolsa de 16

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Habilitados 11 la bolsa es para 10

De: ___@ s. whatsapp. Net ___ Esperemos si todos aceptan

De: ___@ s. whatsapp. Net ___ O quien la mejora

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Por favor todos manifiesten

De: ___@ s. whatsapp. Net ___Bueno señores quienes aceptan la bolsa

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: ¿Don Reinaldo se cancela con la adjudicación?

De: ___@ s. whatsapp. Net ___ Quiero preguntar si alguno de ustedes presento la propuesta por debajo del tope

De: ___@ s. whatsapp. Net litoempastar – Medellín: Yo estoy a techo y acepto la bolsa

De: ___@ s. whatsapp. Net ___Tecnología modular a tope

De: ___@ s. whatsapp. Net +___Grupo empresarial Sportech acepta la bolsa de americana

De: from: ____ @ s. whatsapp. Net Ricardo Méndez Mora: Tecnigrup, Colombia y Wilzor aceptan

De: from: ___@ s. whatsapp. Net Ricardo Méndez Mora: Están al techo

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Ya abrieron sobres

(...)"

“De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Herida acepta

 De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: ¿Rime acepta?

 De: ___@ s. whatsapp. Net Polo: ¡Rime acepta!

 De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Invercon acepta

 De: ___@ s. whatsapp. Net _: Quien falta por aceptar

De: ___ @ s. whatsapp. Net _: Pero que quede todo claro que en la hora de la subasta no nos encontremos con sorpresas

 De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Solo falta por confirmar lito y deportista

 De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Ya les marco y confirmo

 De: ___@ s. whatsapp. Net ___: Listo

De: ___@ s. whatsapp. Net litoempastar – Medellín: litoempastar acepta

(...)

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Solo queda pendiente deportista

 De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Todo cuadrado

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Sin lances

(...)

De: ___@ s. whatsapp. Net _ Reinaldo Buitrago de americana de inflables: Para
informarles que ya todos tenemos común acuerdo

Muchas gracias a todos

Y seguimos en contacto

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: El sr deportista salió de una
reunión ya ya acepto

(...)

De: ___@ s. whatsapp. Net Alejandro-empresa Medellín: Proceso a eliminar el grupo

(Superintendencia de industria y comercio, 2018, págs. imagen 21 - 22).

Si no se conocieran estos hechos, podríamos afirmar que la subasta inversa como mecanismo de contratación es pertinente, ya que hace optima la participación de oferentes que están prestos a cumplir con el objeto contractual, además en estos términos la efectividad sería total. Estos hechos dejan ver la fragilidad antes y durante el proceso; el precio factor determinante dentro del proceso, es el primero en ser atacado, no para beneficio de la entidad contratante, sino para que el contratista pueda lograr un mayor recurso, que permitiera unos bienes y servicios de buena calidad, no obstante los bienes y servicios entregados a las entidades públicas, dejan mucho que desear; porque el fin real del oferente que está en actos colusorio, es un mayor recurso económico del estado.

Se afirma que las subastas son un tipo de negociación que ha adquirido una importancia dentro de los mecanismos de asignación de recursos y contratos del mundo occidental durante los últimos 50 años. El empresario común poco sabe del tema y muchas veces hace uso de este método sin mayor precaución o conocimiento teórico sobre sus características, diseño o aplicación, da una aproximación a la teoría básica de juegos y subastas, para mostrar un acercamiento al mecanismo de negociación. (Alejandro Infante, 2013)

10.5 Desnaturalización De La Modalidad De Selección Abreviada De Subasta Inversa del proceso de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FGN-IPSE-038-2016 NC.

La subasta inversa tiene una dinámica activa, la cual busca que los oferentes realicen las manifestaciones de sus intenciones mediante lances o pujas, lo que es el deber ser de la misma, pero ¿qué pasa cuando se rompe la dinámica de los lances o pujas? Consideremos que existe una desnaturalización del proceso, a lo cual hacemos mención de lo siguiente:

La subasta inversa tras la Ley 1150 de 2007 se define como una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, esperando que fuera un instrumento idóneo en la administración del recurso público (Congreso de la República, 2007).

Para determinar la naturaleza real de la Subasta Inversa dentro de la Contratación Pública, el primer análisis a realizar son las características de aplicabilidad de esta modalidad como son “los bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización” al ser productos uniformes de características comunes de los cuales pueden ser adquiridos con facilidad en el mercado, podemos afirmar que su único punto de discusión dentro del proceso es el precio.

En este sentido, cuando las entidades públicas proceden hacer uso de la Modalidad de Selección mediante Subasta Inversa, el fin buscado es analizar la oferta económica más favorable entre los proponentes, motivo por el cual podemos deducir que, a la falta de un número

significativo de oferentes, minimiza la posibilidad para la entidad de obtener una oferta razonable que le permitan la optimización de sus recursos, objetivo primordial liderado por este tipo de modalidad.

Pero también podemos analizar otro escenario, el de contar con un número significativo de oferentes pero una baja participación durante las pujas en la audiencia, situación visible en el caso de investigación, donde por hechos de colusión entre los oferentes deciden no realizar ningún tipo de lance con el fin de que el proceso sea adjudicado a un solo oferente, este hecho también es un ejemplo de la desnaturalización dinámica de la subasta, teniendo en cuenta que su fin principal es hacer un ejercicio eficiente y eficaz en la mejora de precios frente a la oferta inicial.

A continuación, se citan conversaciones de los oferentes donde acuerdan un acto que desnaturaliza en esencia la subasta inversa.

Conversación en grupo de Whatsapp de 24 de noviembre de 2016

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Señores ya están todos

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Hagan la oferta

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Se acepta y listo

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED] Reinaldo Bultrago de americana de Infatables

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED] Ofrezco una bolsa de 16

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Habilitados 11 la bolsa es para 10

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Esperemos si todos aceptan

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: O quien la mejora

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Por favor todos manifiesten

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Bueno señores quienes aceptan la bolsa

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Don Reinaldo se cancela con la adjudicación?

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Quiero preguntar si alguno de ustedes presentó la propuesta por debajo del tope

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Litoempastar-medellin: Yo estoy a techo y acepto la bolsa

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED] Tecnología modular a tope

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net + [REDACTED] grupo Empresarial Sportech acepta la bolsa de Americana

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Ricardo Mendez Mora: Tecnigrup, colombia y wilzor aceptan

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Ricardo Mendez Mora: Están al techo

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Ya abrieron sobres

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Mantengo la bolsa de 16 A pesar del error

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Pero no puedo subirla por qué ya son 10 menos

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Ricardo Mendez Mora: Colombia, Tecnigrup y wilzor aceptan

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Grupo empresarial sportech acepta la bolsa de 16

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Tecnología modular acepta

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Herida acepta

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Rime acepta?

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Polo: Rime acepta.!

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Invercon acepta

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Quien falta por aceptar

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Pero que quede todo claro que en la hora de la subasta no nos encontremos con sorpresas

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Sólo falta por confirmar lito y deportista

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Ya les marco y confirmo

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Listo

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Litoempastar-medellin: litoempastar acepta

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Sólo queda pendiente deportista

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: Todo cuadrado

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: **Sin lances**

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]: Reinaldo Buitrago
Americana de Inflables
Para informarles que ya todos estamos de común acuerdo
Muchas gracias a todos
Y seguimos en contacto

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net Alejandro-empresa Medellin: El sr del deportista salió de una reunión ya ya acepto

(Superintendencia de industria y comercio, 2018)

11 Conclusiones

Después de presentar los acontecimientos que fueron objeto de investigación en el proceso de selección abreviada por subasta inversa de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN PROCESO FGN-IPSE-038-2016 NC**, es oportuno mencionar que se hace necesario para cualquier proceso contractual en Colombia, establecer nuevas herramientas o fortalecer las que existen, y que permitan, total transparencia y legalidad a los procesos que se puedan surtir en atención a las necesidades de las entidades públicas.

Como abordar de manera eficiente mecanismos que no afecten i) la capacidad jurídica, ii) que se mitiguen de manera sustancial los actos colusorios y iii) que se garantice la libre competencia económica. Posiblemente no se resolverá de manera radical las desventajas que se presentaron en este documento, pero garantizara que exista una competencia en igualdad de condiciones y, ante todo, respetando los presupuestos constitucionales y legales, asegurando que los que participan de estos actos, reciban las correspondientes sanciones que ha bien tengan lugar.

Realmente no es una consecución de nueva normatividad, es como hacer que las actuales sean aplicadas de forma eficiente.

Con lo cual la verdadera solución al problema es la aplicación de la ley (Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, 2015, pág. 357)

Debemos hacer mención de la entidad que tiene la competencia y capacidad para investigar y sancionar, la Superintendencia de Industria y comercio (SIC). Tenemos que para el inicio de las actividades investigadas que realizan la SIC, estas nacen a petición de parte de entidad que encuentra actos que atentaron con los procesos de contratación, ¿pero que podemos decir de las actuaciones se puede surtir arbitrio propio por parte de la SIC? Debemos enfatizar que por más

facultades investigativas y sancionatoria de la SIC, todos los procesos iniciados por esta entidad, nacen de las correspondientes denuncias que se les presentan.

Si bien no se puede soslayar que participen actores propios de la administración en los procesos de contratación, se debe hacer un seguimiento riguroso de los procesos, participación de los funcionarios públicos que participan de los mismo, órganos de control y veedurías y su control dentro de los procesos, y como identificar los actos que afectan la subasta, entre otros. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2006).

11.1 Falta de actuación oportuna en la Responsabilidad Penal.

Dentro del análisis presentado por nuestro grupo, se evidencian sanciones pecuniarias a las empresas que atentaron contra el proceso No.FGN-IPSE-038-2016 NC adelantado por parte de la Fiscalía General de la Nación por actos de colusión, las cuales no son sanciones realmente ejemplarizantes. Pero no se evidencia una celeridad o trabajo articulado con la posible responsabilidad penal de los representantes legales o quien haga sus veces y los responsables directos o indirectos que participaron en estas actuaciones, motivo por el cual contadas estadísticas califican de una forma negativa los procesos judiciales adelantados por actos de colusión o corrupción en el país.

De acuerdo a los estudios de “**Transparencia por Colombia**” (Transparencia por Colombia, 2011).

“la percepción de la corrupción en el país era del 81 %, siendo apenas un problema prioritario para el 12 % de los encuestados. Dice el estudio que, en opinión de los empresarios, la corrupción es el factor que más dificulta la competitividad para las empresas privadas colombianas.

Según el Barómetro Global de la Corrupción 2010 (Transparency International, 2011), un 52 % afirmó que las prácticas corruptas van en aumento, un 35 % que las medidas tomadas han sido eficaces, mientras que un 46 % percibe lo contrario, calificándolo con 3.8 % el nivel de percepción de la rama judicial. Según el estudio LAPOP 2011 (RodríguezRaga, 2011), el sistema de justicia nacional fue evaluado por los colombianos, en una escala de 0 a 100, con un nivel de confianza de 51.8 %, por debajo del nivel de confianza del total de instituciones (54.3 %).”

Actualmente las empresas que fueron sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la Resolución 12992 del 2019, por los actos de colusión presentados en el proceso No.FGN-IPSE-038-2016 NC adelantado por parte de la Fiscalía General de la Nación, a estado realizando sus actividades comerciales y continúan contratando con el Estado sin ningún tipo de inhabilidades o incompatibilidades (información verificada en el RUES, Procuraduría, Contraloría y SECOP), no obstante, en la actuación de la fiscalía, no se evidencia celeridad para adelantar lo pertinente a los hechos que fueron esbozados anteriormente. No podemos determinar cuáles son las razones que llevan a la fiscalía General de la Nación, el no proceder de manera oficiosa al momento que conoció de los actos de colusión que afectaron el proceso FGN-IPSE-038-2016 NC, ya que los acontecimientos sucedieron dentro de este proceso, y fue la misma fiscalía la que realizo la denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

11.1.1 El concepto de la Procuraduría General de la Nación en temas de contratación pública.

“Incluyendo los pronunciamientos de los órganos de control y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, es que cualquier acción que la entidad contratante adelante motu proprio es realmente riesgosa: (i) Si decide adjudicar el contrato, a pesar de las sospechas de

colusión, podrá estar generando un detrimento patrimonial para la entidad (y por ende incurriendo en responsabilidad fiscal), porque no está haciendo nada a pesar de conocer que los precios están inflados, o que algunas variables de los productos han sido alterados. Entonces, no será lo más recomendable. (ii) Si, por el contrario, decide declarar desierto el proceso, pero sin tener una prueba concluyente sobre el acuerdo colusorio y cómo ello impide elegir objetivamente, se expone a futuras condenas para la entidad y para sus funcionarios (en acción de repetición). (iii) Si opta entonces por continuar con el proceso, pero rechazando solo a los proponentes que están coludidos, podrá ser una decisión precipitada y carente de fundamento objetivo mientras no esté probada la existencia del acuerdo y su alcance. Lo anterior, porque como se vio, pueden existir acuerdos para no-competir que no son ilegales, precisamente porque se celebran para cumplir con la ley (de contratación estatal)”.

La procuraduría nos ofrece un panorama del posible riesgo que puede tener la entidad que adelanta el proceso de contratación referente a sospecha o presuntas situaciones de Colusión, debido que el término del proceso de contratación es relativamente corto frente al tiempo que puede tomar una investigación para probar que existe reales actos de colusión, frente al mismo. La responsabilidad de la entidad versa en: i) que no se dé un detrimento patrimonial al Estado ii) garantizar el derecho a la libre competencia a las empresas que participan en el proceso, pero no están inmersas en posibles actos de colusión y iii) que el proceso de contratación se llegue a buen término sin verse afectado por posibles sospechas de colusión, al no contarse con las pruebas que acrediten tales actuaciones. (EMILO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, CAMILO PABÓN ALMANZA , 2012)

11.2 Alternativas Propuestas Para Evitar Las Desventajas De La Modalidad De Selección Abreviada Por Subasta Inversa del proceso adelantado por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FGN-IPSE-038-2016 NC

11.2.1 Estudio de mercado.

Cuando se cita la modalidad de selección abreviada de subasta inversa en la contratación pública, se crea una relación simultánea con la optimización de recursos que puede generar este ejercicio, ¿pero en qué etapa podemos evaluar el real éxito de la implementación de esta modalidad para la compra de bienes y servicios del estado?

Debemos analizar cada característica base, que determina a la subasta inversa y la hace diferente al resto de modalidades de contratación, por tal razón presentamos los siguientes elementos del estudio de mercado.

11.2.1.1 La Determinación Del Precio Piso

De acuerdo a lo descrito en la guía de estudio de sector empleada por Colombia Compra Eficiente establece que, “En relación con la información histórica, Colombia Compra Eficiente recomienda utilizar gráficos de comportamiento de datos en el tiempo, por ejemplo comportamiento de cantidad o precio para analizar si los datos tienen comportamientos de tendencia positiva o negativa, es decir si crecen o decrecen en el tiempo, o si presentan un comportamiento que se repite en un periodo de tiempo, o sea si presentan estacionalidad. Cuando una Entidad Estatal ha elaborado un análisis económico de sector, puede emplear la información en otros Procesos de Contratación del mismo sector similares en su objeto, cuantía, Riesgos y condiciones” (Colombia Compra Eficiente, 2006)

El estudio del sector para determinar los precios de cualquier modalidad de contratación se desarrolla de la misma manera; identificando un precio promedio en el mercado del producto, que permite establecer una cuantía del proceso, en la subasta inversa al ser productos de características uniformes debe contar con un número significativo de oferta que permitirá un análisis preciso y confiable de su cuantía, con manejos mínimos de incidir en precios sobre valorados.

El análisis se amplía cuando enriquecemos nuestro análisis con cada concepto; el mercado, este escenario es el que nos permite definir un precio y definir una cuantía justa por parte de la administración para el proceso, tomemos como ejemplo el estudio de mercado realizado por la alcaldía del Guaviare mediante el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-SI-005-2020 (SECOP I).

Descripción del artículo	Unitario	Unitario	Incremento %
	Precio de la entidad	Precio real del establecimiento de comercio la mayorista	
Bisturí industrial elaborado en plástico y metal	4.000	1.000	25%
Borrador de nata caja x 12 unidades	9.800	4.900	50%

Cuando analizamos que los estudios de mercado son sobre valorados en un 25% y 50 %, se evidencia, que el objetivo que establece la norma para determinar el presupuesto de cada proceso no cumple su fin, con la estimación inadecuada de la cuantía.

El estudio de mercado en contados procesos evidencia que las cotizaciones solicitadas para determinar la cuantía del proceso, son las mismas empresas que participan en los procesos después de ser convocados, esta particularidad puede evidenciar que la colusión, no inicia desde la audiencia de subasta, sino posiblemente desde su estudio de mercado.

Una de las características principales en esta modalidad, es permitirle a la administración que la modalidad de selección abreviada por subasta inversa tenga una alta participación de posibles oferentes, al contar con productos homogéneos, permitiendo que haya un número considerado de proveedores que hagan dinámica la subasta con sus pujas.

11.2.2 Dosimetría Sancionatoria

Si bien, la principal ley que rige la contratación pública en Colombia es la ley 80 de 1993, conocida como Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, una disposición jurídica afín respecto de la dosimetría sancionatoria es la ley 1474, el **Estatuto Anticorrupción**, aprobado por el gobierno colombiano en 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”* (Congreso de la República, 1993)

Esta ley incluye una disposición que hace mención de los funcionarios públicos implicados en acuerdos colusorios entre oferentes en la contratación pública. Al igual que las empresas y los privados que son parte de los acuerdos, los servidores públicos en cabeza de quienes está la compra y suministro de bienes y/o servicios para el Estado, podrán ser sancionados con multas de entre 200 y 1000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), y condenados con penas de entre 6 a 12 años de prisión:

“ARTÍCULO 410-A. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA.

<Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos

legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.”

Del mismo modo, los funcionarios encargados de la contratación pública podrán ser también sometidos a despido y prohibírseles de manera permanente su ocupación en cargos de cualquier orden dentro de la administración pública.

Luego, las personas jurídicas al igual que los individuos condenados por estas prácticas colusorias entre oferentes en procesos de contratación pública, pueden ser inhabilitados para contratar con el Estado Colombiano hasta por ocho (8) años.

No obstante, el mismo artículo establece en su parágrafo una clase de beneficio que dependerá, en todo caso, de la exoneración o no de la multa que, con ocasión de una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación, la Superintendencia de Industria y Comercio pudiera llegar a imponer.

“PARÁGRAFO. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.”

Dentro del análisis realizado encontramos la situación que se presenta con la dosimetría sancionatoria que se presenta en estos procesos. La resolución 12992 del 10 de mayo de 2019 **“por la cual se imponen unas sanciones por infracción al régimen de la protección de la**

competencia y se dictan otras disposiciones”. la cual resuelve lo previsto en la **resolución 27915 de 2018**, ordenando la investigación y formulación de pliego de cargos en contra del señor RICARDO MENDEZ MORA, TECNIGRUP S.A.S COLOMBIA FERREELECTICA S.A.S y WILSOR S.A.S, por otra parte, también se formuló pliego de cargos contra la señora CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO, donde incurrió en la responsabilidad administrativa.” De acuerdo a lo citado en el numeral 16 artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el 26 de la ley 1340 de 2009. (Sanciones por Infracciones del Régimen de protección de la Competencia , 2019)

En atención a estas sanciones, logramos establecer que la normatividad que permite las sanciones de carácter pecuniario, para estas empresas, tiene su sustento en el artículo 47 No. 9 Decreto 2153 de 1992.

De igual forma agotada la etapa probatoria, se estableció responsabilidad, de las empresas y personas en mención de acuerdo a lo estipulado en la ley 155 de 1959 artículo 1.

Por otra parte, nos encontramos que la normatividad en temas sancionatorios es precisa y busca crear una restricción para los que traten de participar de actos colusorios, hacemos mención a la ley 1340 de 2009 **ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS.** (Congreso de la República, 2009)

si bien el articulo da luces de la forma como debe darse la sanción pecuniaria, es claro que dentro del proceso que adelanta la SIC, se establece una sanción para la empresa FERRELÉCTRICA por un total de 430 SMMLV lo cual no alcanza el 1 % de sanción.

Resolución 12992 del 2019. “De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada FERRELÉCTRICA, se le Impondrá una multa de CIENTO VEINTE MILLONES SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE

(\$120.076.820.00) equivalentes a CIENTO CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (145 SMLMV) por la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, se impondrá una multa de DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES TRECE MIL SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 236. 013. 060.00) equivalentes a DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (285 SMLMV) por infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por lo anterior, la sanción total a imponer a FERRELÉCTRICA será de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$356. 089. 880.00) equivalentes a CUATROCIENTOS TREINTA SALARIOS MPINIMO LEGALES MENSUALES VIGENTES (430 SMLMV).

Esta equivale al 30% aprox, de su patrimonio de 2017 y al 12,7% aprox. De sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,43% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009”

(Superintendencia de industria y comercio, 2018) (Congreso de la República, 2009)

Se podría decir que la SIC mantuvo una proporcionalidad en cuanto a esta sanción, pero también es claro que el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, presenta que situaciones agravan la sanción, y estas son taxativas:

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- “1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada”

Bajo estos criterios se podría dictaminar que por parte de la SIC se podría dar una aplicación de una sanción más ejemplarizante, esto porque existen los elementos de prueba que esta empresa coludió, de forma articulada y premeditada, dentro de los procesos donde participo. (Sanciones por Infracciones del Régimen de protección de la Competencia , 2019)

Resolución 12992 del 2019. “En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que TECNIGRUP tuvo una participación activa y protagónica en las conductas anticompetitivas que se acreditaron.

Frente a la conducta procesal de la investigación, este Despacho observó que TECNIGRUP no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción. ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigación TECNIGRUP, se impondrá una multa de OCHENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$82.811.600.00) equivalentes a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) por la infracción a prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Asimismo, se le impondrá una multa de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS VEINTITRÉS MIL DOSCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$165.623. 200.00) equivalentes a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 SMLMV) por las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por lo anterior, la sanción total a imponer a TECNIGRUP será de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$248.434.800.00) equivalentes a TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (300 SMLMV).

Esta sanción equivale al 30% aprox. de Su patrimonio de 2017 y al 24,5% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,3% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009”

(Superintendencia de industria y comercio, 2018)

Para la sanción que se le dio a la empresa TECNIGRUP mostrada en la imagen anterior, tiene como referencia un valor del 0,3%, lo cual no llega el 1% de la sanción

La empresa WILSOR, presenta solo una sanción del 0,36% con un total en salarios mínimos de 364SMLMV, el cual no llega al 1%. Por otra parte lo que pasa con la sanción a las personas naturales, no alcanza a llegar al 1%, el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 “Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el

Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio". (República, Congreso de la, 2009)_(Sanciones por Infracciones del Régimen de protección de la Competencia , 2019)

Resolución 12992 del 2019. “Al investigado RICARDO MÉNDEZ MORA se le impondrá una multa de TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$37.265. 220.00) equivalentes a SETENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (75 SMLMV) por a las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Por lo anterior, la sanción total a imponer a RICARDO MÉNDEZ MORA será de NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$99.373.920.00) equivalentes a CIENTO VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (120 SMLMV)

La anterior sanción equivale al 0,12% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009” (Sanciones por Infracciones del Régimen de protección de la Competencia , 2019)

Bajo estas situaciones esbozadas en los anteriores textos, nuestro grupo considera que las sanciones deben tener una fuerza que permitan crear una conciencia, de que toda actuación contraria a la ley trae consecuencias nefastas para las empresas y quienes las representan, si bien

estas sanciones presentan una firmeza de las SIC, también deja en evidencia que se requiere dejar precedentes jurídicos, garantes hacia futuros procesos contractuales. el tener sanciones que no alcanzan el 1 % deja una brecha entre los alcances de las sanciones, que tiene como tope para las personas jurídicas de los 100.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes y dos mil para personas naturales, es por esto que presentamos en el siguiente documento que las sanciones de acuerdo a lo descrito por la normativizada vigente, su tope de inicio no debe ser inferior inferior al 1% tanto para personas naturales y Jurídicas, pero cabe recordar que existe un pronunciamiento de la Corte Constitucional que podría imposibilitar esta postura **Sentencia C-242 de 2010, por la cual se declaró exequible el inciso tercero del Artículo 175 de la Ley 734 de 2002**, (Sentencia C242-10, 2010). Desde esta óptica se podría decir que existe una ponderación más dentro de una objetividad relativa, ya que se da la sanción, pero esta puede tener un rigor poco disuasivo, al momento de ser impuesta, dando cierta oportunidad de reincidir a los oferentes en las mismas conductas colusorias. (Sentencia C242-10, 2010).

En este sentido, podemos deducir que, la contratación pública en Colombia enfrenta grandes desafíos de cara al creciente número de episodios de corrupción, y más concretamente, de actividades ilegales que conllevan a la configuración de delitos como la colusión. En efecto, los casos de colusión entre oferentes aumentan de manera exponencial, máxime cuando en la actualidad, frente a la necesidad que tiene el Estado colombiano de servirse de particulares para el cumplimiento de sus fines esenciales, todos los días se habla de investigaciones tanto administrativas como del orden penal, implicando tantas compañías como a individuos, por la comisión de estas prácticas ilegales.

Lo anterior, es una clara indicación de que las sanciones de tipo administrativo que pueda llegar a imponer la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC- resulta insuficiente cuando,

en su finalidad de prevención de prácticas que lesionan la libre competencia, la selección objetiva y demás principios constitucionales que irradia la contratación pública, definitivamente, las sanciones que en esta materia se establecen no logran disuadir a los participantes para alejarse de una eventual infracción de la norma.

Con la expedición del Estatuto Anticorrupción – Ley 1474 del 12 de julio de 2012, artículo 27- La colusión en licitaciones públicas, subasta pública, selección abreviada o concurso, es la única práctica restrictiva de la competencia que es considerada un delito, por lo que quien sea condenado por colusión en licitaciones puede incurrir en pena privativa de la libertad de seis (6) a doce (12) años. Así mismo, la mencionada ley establece la posibilidad imponer una pena accesoria, consistente en una multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para contratar con el Estado de hasta 8 años.

Lo anterior, aunado a la dosimetría sancionatoria que ya se expuso en este documento en su capítulo correspondiente, nos permite concluir que el fracaso en la prevención y sanción de esta práctica por demás reprochable desde todo punto de vista, no radica en la ausencia o insuficiencia en materia normativa para su contundente reducción o erradicación definitiva, toda vez que no solo existe una norma que regule la materia. El incentivo para el despliegue de estas acciones, por parte de los oferentes, que incurren en esta conducta, estriba principalmente en la mirada del mercado propiamente dicho, así como de la restricción del derecho a la libre competencia. En efecto, cuando se mira desde esta perspectiva, se constituye un tanto reduccionista porque se considera únicamente la colusión como la alteración de las condiciones normales de mercado y sus distintos efectos. Luego, esta perspectiva *per se* resulta privilegiando la comisión de la conducta dado que, las sanciones se consideran desde un ámbito meramente administrativo. Ahora bien, si además de considerar estas prácticas como limitación o restricción

de la libre competencia, se les considera en un sentido amplio y de cara a la enorme afectación que sufre el Estado como demandante del bien o servicio, cuya prestación resulta alterada, afectando incluso el equilibrio social y económico, donde las sanciones no trascienden del ámbito administrativo o pecuniario, y la Fiscalía General de la Nación, como representación de la potestad de la persecución penal en cabeza del Estado, lograra fortalecer las líneas investigativas presentando, incluso la difusión de los casos en los cuales son hallados responsables, los que atentan contra los proceso de contratación pública, esto complementaría otros esfuerzos encaminados a la concreción del fin de prevención general y especial que desde la dogmática penal se infiere de la imposición de la penal.

12 Referencias Bibliográficas

- Sistema electrónico de Contratación pública- Listado proponentes habilitados. (2016). *Secop I*. Obtenido de Proceso FGN IPSE- 038-2016: <https://www.colombiacompra.gov.co/secop/secop-i>
- Alejandro Infante. (2013). *función pública*. Obtenido de función pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imagenes/631/La%20subasta%20inversa%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf>
- Arozamena & Weinschelbaum . (2004). *El efecto de la corrupción en el comportamiento de licitación en subastas de primer precio*. San Andrés: Universidad de San Andrés.
- Asamblea Nacional Constituyente; Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Diario Oficial.
- Bocanegra, C. E. (2014). *Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano*.
- Camilo Ernesto Ossa Bocanegra. (2015). Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano. *Revista de Derecho*, 158.
- CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA, LUISA FERNANDA GARCIA LÓPEZ, JUAN RAMÓN MARTÍNEZ VARGAS. (MARZO de 2010). *VLEX UCC*.
- Colombia Compra Eficiente. (9 de Noviembre de 2006). *Manual de uso del SECOP II* . Obtenido de Contratación Pública: Manual de uso del SECOP II -Entidades Estatales - Selección Abreviada Subasta Inversa
- Congreso de la República . (28 de Octubre de 1993). *Secretaría del Senado*. Obtenido de Secretaría del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Congreso de la República. (27 de Noviembre de 1909). *Sistema Único de Información Normativa*. Obtenido de Sistema Único de Información Normativa: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1606538>
- Congreso de la República. (24 de Diciembre de 1959). *Función Pública*. Obtenido de Artículo 1 de la ley 155 : <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38169>
- Congreso de la República. (16 de Julio de 2007). *Secretaría del Senado*. Obtenido de Ley 1150 de 2007: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República. (21 de Julio de 2009). *LEY 1340 DE 2009*. Obtenido de Presidencia: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201340%20de%2021%20de%20julio%20de%202009.pdf>

- Creswell, J. Martens, M. . (2014). *Research Design*. California: Mixed Methods Approaches Fourth .
- Daniela Álvarez. (8 de Octubre de 2019). *SURUS*. Obtenido de SURUS: <https://www.surusin.com/un-recorrido-por-la-historia-de-las-subastas/>
- EMILO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, CAMILO PABÓN ALMANZA . (2012). colusiones en licitaciones y concursos, El caso paradigmático para las entidades públicas. *REVISTA DE DERECHO Y ECONOMIA* N° 38, 23.
- Felipe Romero. (2105). El cartel de la Contratación, la historia no revelada. Bogotá: Universidad Nacional .
- Fiscalía General de la Nación. (9 de Noviembre de 2006). *fiscalía*. Obtenido de fiscalía: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/portafolio-de-servicios-institucionales-Fiscal%CC%81a-General-de-la-Nacio%CC%81n-PUBLICADO.pdf>
- Francisco Sanz Salguero. (13 de 07 de 2018). *VLEX UCC*.
- Galvis-Quintero, Deisy. (31 de mayo de 2016). *Vniversitas*. Obtenido de La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana>
- Gobierno Nacional. (17 de Julio de 2013). *Función Pública*. Obtenido de Decreto 1510 de 2013: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>
- Gonzalo Suarez Beltrán. (2014). *Estudios de derecho contractual público*. Bogotá DC: Legis de Colombia.
- HERNÁNDEZ ANDREU, Juan. (2015). *La Riqueza de las Naciones Smith, Adam*. Madrid-España: Universidad Complutense de Madrid (Madrid).
- Jorge Guillén Uyen, Genaro Matute Mejía. (JULIO de 2013). *VLEX UCC*.
- Luis Francisco Velandia Venegas. (2016). *La competitividad en la subasta inversa en la actividad*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.
- Luisa Fernanda Garcia López, Juan Ramón Martínez vargas. (s.f.). *Contratación Estatal*. Obtenido de vlexucc: <https://www.ucc.edu.co/prensa/2014/Paginas/consulta-las-bases-de-datos-que-la-universidad-tiene-para-ti-vlex.aspx>
- Manjarrés Aragón, D., Ortiz Acevedo, S. (2012). *repository.unimilitar.edu.co*. Obtenido de La concurrencia de proponentes en la subasta inversa: Naturaleza y desarrollo de los principios de economía y pluralidad.: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/8259/4/trabajo%20de%20grado.pdf>
- María Elena Giraldo y Nubia González Cerón. (1994). *Diccionario Jurídico*. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica de Colombia.
- Martha Lucía Bahamón Jara. (2018). *Elementos y Presupuestos de la Contratación Estatal*. Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia.

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución 27915 de 2018 (Superintendencia de industria y comercio 25 de Abril de 2018).

Mónica Safar. (2 de Febrero de 2016). *Revistas Universidad Externado*. Obtenido de Revistas Universidad Externado: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4596/5401>

Plata, A. M. (2017). *Problemas y perspectivas y prospectivas de la contratación pública* (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Presidencia de la República . (26 de Mayo de 2015). *Contratación Estatal*. Obtenido de Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2015/08/decreto-unico-reglamentario-1082-de.html>

Presidencia de la República. (30 de Diciembre de 1992). *Función Pública* . Obtenido de Decreto 2153 : <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38168>

Real Academia de la Lengua Española, 2001. (12 de Noviembre de 2001). *Real Academia de la Lengua Española, 2001*. Obtenido de Real Academia de la Lengua Española, 2001: <https://www.rae.es/recursos/diccionarios/diccionarios-antiores-1726-2001/diccionario-de-la-lengua-espanola-2001>

República, Congreso de la. (2009). *Ley 1340 de 2009, artículo 26*. Bogotá D.C.

Safar. (2009). *Función pública*. Obtenido de Función pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imagenes/631/La%20subasta%20inversa%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf>

Sanciones por Infracciones del Régimen de protección de la Competencia , Resolución 12992 del 10 de mayo de 2019 (Superintendencia de Industria y Comercio 10 de Mayo de 2019).

Sentencia C-228/10, C-228/10 (Corte Constitucional de Colombia 24 de Marzo de 2010).

Sentencia C242-10, C242-10 (Corte Constitucional 7 de Abril de 2010).

Sentencia C-713/09 , C-713 (Corte Constitucional 7 de octubre de 2009).

Sentencia Consejo de Estado, 11001-03-06-000-2009-00049-00 (1966) (Consejo de Estado 25 de febrero de 2010).

Serrano-Pinilla. (2011). *EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMO MECANISMO PARA GARANTIZAR RIVALIDAD EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS E IMPULSAR EL CRECIMIENTO ECONÓMICO*. Bogotá D.C.: Universidad Javeriana.

SUPERINTENDEDECIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO SIC. (2010). *SIC*. Obtenido de GUÍA PRÁCTICA, CONVATIR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES : sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio. (15 de Diciembre de 2006). *SIC*. Obtenido de Historia: <https://www.sic.gov.co/historia>

Superintendencia de industria y comercio. (25 de abril de 2018). *Industria y comercio Superintendencia*. Obtenido de Industria y comercio Superintendencia: <https://www.sic.gov.co/integraciones-aperturas-de-investigacion>

Tafur Raúl. (2008). *esis Universitaria*. Lima - Perú: Montero.

Tamayo & Posada. (2004). *Función Pública*. Obtenido de Función Pública: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/imagenes/631/La%20subasta%20inversa%20en%20la%20contrataci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf>

Universidad del Norte. (2015). Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria. *Revista de Derecho ISSN;0121-8697*, 239.
