



## ABSTRACT

*El marco normativo de protección a la competencia está conformado por las siguientes normas: Ley 155 de 1959, Ley 1340 de 2009 y los Decretos 2153 de 1992 y 3523 de 2009 (modificado por el Decreto 1687 de 2010). Frente a este régimen la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) cumple un papel fundamental como ente supremo de vigilancia y control de la libre competencia económica.*

*En lo relativo al tema de la contratación estatal, la licitación pública es capital en este proceso. Vale precisar que se requiere que existan prácticas sancionatorias y preventivas relacionados con derecho de la competencia también en materia de contratación estatal. Estas deben estar definidas claramente en los reglamentos internos de las distintas entidades públicas. Se requiere, además, que exista un esquema gerencial en cada entidad estatal que le permita tener un conocimiento suficiente sobre los mercados con los cuales llegue a tener contacto y, de igual forma, mediante el cual pueda hacerle frente a las conductas anticompetitivas, colusorias y corruptas.*

## El Derecho De La Competencia y La Contratación Estatal en Colombia

Por: **Juan David Duque Botero<sup>1</sup>** y **Laura Carolina Cleves Forero<sup>2</sup>**

El presente artículo busca analizar el Régimen de la Libre Competencia Económica frente a la Contratación Estatal en Colombia, discriminando así los siguientes acápites: *i*) los acuerdos

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, magíster en Derecho Administrativo de la misma universidad, experto en Contratación Pública de la Universidad de Deusto y Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X El Sabio. Se ha desempeñado como Magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsecretario de Planeación Distrital de Bogotá, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, Secretario General de la Superintendencia de Industria y Comercio y del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Actualmente se desempeña como Director de La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

<sup>2</sup> Abogada egresada de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes y candidata a Magister en Derecho Público para la Gestión Administrativa de la misma Universidad. Actualmente se desempeña como Abogada del Grupo Élite Contra Colusiones de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.



anticompetitivos en la normativa de la contratación estatal, *ii*) la coordinación entre el derecho de la competencia y la contratación estatal como una alternativa, *iii*) los pliegos de condiciones como un instrumento de protección de la competencia, *iv*) carta de compromiso anticollusión, *v*) prácticas colusorias como causal de rechazo de propuestas, las cláusulas ineficaces de pleno derecho, *vi*) suspensión del proceso de contratación por posible colusión, *vii*) revocatoria de actos administrativos en el evento de que haya un acuerdo anticompetitivo, *viii*) las medidas cautelares como un mecanismo para poner en práctica, *ix*) el control de legalidad y la vulneración de la libre competencia, *x*) la acción popular como mecanismo para proteger la libre competencia económica.

Es importante resaltar que el aumento de la oferta posibilita la corrección y modernización de errores que pueden existir en la contratación estatal. El legislador en este sentido ha expedido directrices que buscan desarrollar programas integrales que velen por el crecimiento de los mercados. Para lograr lo anterior, sin necesidad de mayores inversiones, se plantean medidas como: la contratación con pequeñas y medianas empresas (PYMES), el desarrollo de nuevas estrategias para atraer intereses internacionales y el fortalecimiento de la observancia del principio de publicidad en los procesos de contratación estatal a través de medios electrónicos o medios de difusión que sean capaces de llegar a todo el país.

Para la adopción de estas medidas es necesario identificar circunstancias que permitan su realización sin traumatismos. Con relación a las PYMES, hay que tener en cuenta que las exigencias de las contrataciones podrían llegar a ser un obstáculo para su acceso al mercado. A este respecto, se recomienda permitir que los licitadores se organicen como consorcios y uniones temporales, que se abrevien los procesos de licitación y también que la carga administrativa sobre las PYMES se reduzca. Sobre este particular explica el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo:

Nuestra Constitución Política acogió un modelo económico en el cual el Estado debe promover la libre competencia y, para esto, es indispensable que todos los actores del mercado tengan la posibilidad de participar en igualdad de condiciones. Esto también ha inspirado la conveniencia de apoyar a las MIPYME permitiéndoles acceder a los mercados y favorecer la dinámica competitiva. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2015).

Entre los beneficios de acercar a las PYMES a la contratación estatal se encuentran: la promoción de la innovación, el estímulo de la competencia, la generación de empleo y el fomento de la economía sectorial. Existe a propósito de ello toda una normativa, a saber: la



Ley 590 de 2000 (modificada por la Ley 905 de 2004), la Ley 816 de 2003, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1510 de 2013.

El artículo 2 de la Ley 816 de 2003 pone de presente la importancia de otorgar puntajes adicionales en la contratación pública a aquellas empresas que incentiven la industria nacional. La excepción a esta regla se encuentra en la adquisición de bienes y servicios de características uniformes. Por su parte, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo **2.2.1.1.2.2.9** establece en las factores de desempate que la preferencia de bienes o servicios presentados por micro, pequeñas y medianas empresas nacionales.

Es importante destacar también la relevancia de los tratados de libre comercio frente a este asunto. Al respecto, ellos favorecen la entrada de MIPYMES a mercados públicos, la inversión extranjera y el aumento de la competencia simultáneamente. Con relación a lo anterior:

Cada vez más los países guardan una interdependencia comercial, lo que ha fomentado la suscripción de diversos acuerdos comerciales, en los cuales se crean derechos y obligaciones entre los Estados parte. Estos se otorgan concesiones mutuas teniendo como meta ir eliminando barreras arancelarias y medidas no-arancelarias para bienes así como ir liberalizando la prestación de servicios a escala internacional, incrementar el acceso a los mercados y desarrollar normas para la competencia leal. (Osterlof Obregón, Villasuso Morales, & Herdocia Sacasa, 2011).

En cumplimiento de los mandatos de la Organización Mundial del Comercio de la que Colombia es parte, el Estado debe asegurar la no realización de conductas discriminatorias por parte de sus autoridades. Ello implica que se debe propenderse por dar un trato igualitario a las empresas nacionales y extranjeras, al igual que a las macro-empresas y a las MYPYMES.

En relación con lo anterior, la entrada de licitadores extranjeros promueve la competencia siempre y cuando no se perjudique la empresa nacional. Se explica a este respecto:

La inversión extranjera directa se ha convertido en un componente clave en las estrategias de desarrollo nacional, especialmente para aquellos países que han reconocido el papel valioso que desempeña en la determinación de los niveles futuros de desarrollo económico y social. Además de ser una fuente de capital extranjero, la inversión extranjera directa contribuye al desarrollo económico de un país por ofrecer oportunidades de empleo tanto directo como indirecto, el aumento en la competitividad, y la transferencia de habilidades y de conocimiento. (Coleman, 2012, p. 12).

Además, es necesario que la Administración proporcione un escenario donde se desarrollen



negocios con un nivel de rentabilidad aceptable y sin barreras administrativas innecesarias para lograr una verdadera integridad del mercado. Con respecto a ello:

Al entender entonces la competitividad como concepto asociado no solo al comercio de bienes y servicios, sino igualmente a avances sociales y económicos, se convierte en eje fundamental para la construcción de una Colombia más equitativa, en paz y mejor educada. Un ambiente favorable al crecimiento de las empresas y el emprendimiento, permite la generación de empleos formales y de calidad, y por tanto la consolidación de la clase media. Igualmente un país más competitivo es aquel que reduce sus costos de transacción, elimina barreras de acceso a los mercados, acerca al ciudadano a los servicios del Estado y mejora la conectividad, facilitando el intercambio de información, bienes y servicios que conducen a la movilidad y prosperidad social. (Gobierno de Colombia, p. 58)

Los acuerdos marco de precios permiten aligerar la carga administrativa de los procesos de compra de las entidades estatales en aquellos procesos de contratación que buscan la satisfacción de las mismas necesidades. Estos acuerdos unifican las condiciones contractuales, lo que permite lograr mejores resultados económicos. “Son un mecanismo para que el Estado agregue demanda y centralice las decisiones de adquisición de bienes, obras o servicios para: producir economía de escala, incrementar el poder de negociación del Estado y compartir costos y conocimientos entre las diferentes agencias o departamentos del Estado” (Colombia Compra Eficiente, 2015, p. 2).

Si bien este criterio se puede utilizar de forma voluntaria, resulta obligatorio para las entidades del orden nacional de la rama ejecutiva.

Colombia Compra Eficiente debe entonces adelantar un proceso de contratación para seleccionar al proveedor o proveedores de los bienes o servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios. Esta labor la realiza por medio de una campaña de comunicación para que las entidades públicas conozcan los Acuerdos Marco de Precios establecidos, así como los bienes y servicios objeto de estos contratos (Colombia Compra Eficiente, 2015, p. 3).

Este tipo de acuerdos son una solución para necesidades universales, estandarizadas y que no requieren flexibilidad para su ejecución. Sobre este asunto se asevera:

Los contratos marco proporcionan una vía interesante para aminorar uno de los problemas centrales de la contratación pública. Un importante número de transacciones de volumen menor – que habitualmente podrían no generarse a través de una licitación abierta y, por lo tanto estarían sometidas a controles menores- pasan a efectuarse en conjunto a través de un proceso licitatorio. No existe, en tal caso,

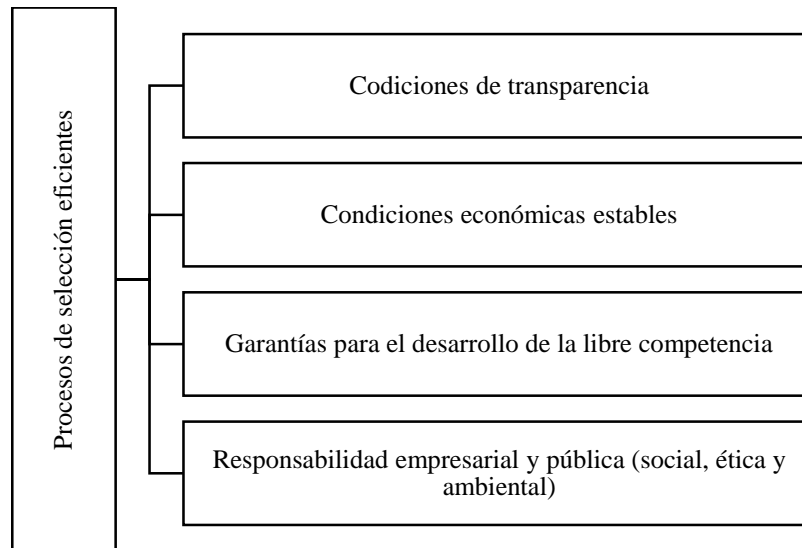


ningún incentivo a dividir transacciones para aprovechar, tal vez intentando agilizar las compras, los menores requisitos de control asociados a adquisiciones más pequeñas. (Arozamena & Weinschelbaum, 2010, p. 12)

La observancia de las directrices del derecho de la competencia en el sistema público permite que la rigidez del procedimiento administrativo se acerque más al pacto contractual, como debe ser. Hace posible además que el sistema responda a las necesidades que día a día se le presentan.

El estilo de *compra inteligente* de Colombia, ha seguido las posturas originadas en el seno de la Unión Europea:

### Ilustración 1. Esquema propio de la oferta más favorable



Fuente: Propia

Con base en el esquema de la oferta más favorable, se han hecho reflexiones importantes con relación a la naturaleza de los procesos de selección, entre ellas que: “los procesos de selección objetiva son en esencia procesos competitivos, a los cuales están llamados a concurrir tantas empresas como existan en el mercado y así lograr obtener las mejores condiciones para la entidad contratante, partiendo de la premisa constitucional de que no hay mejor instrumento de asignación de recursos que el libre mercado” (Archila Peñalosa & Pabón Almanza, 2012).



Referente a un modelo basado en el Derecho de la Competencia, como lo explica la doctrina:

Un mercado competitivo conduce a la asignación eficiente de recursos y confiere ventajas a los consumidores tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si se quiere asegurar clientes y no ver reducidas las ventas. Para atraer a sus consumidores se esfuerzan por mejorar la relación calidad- precio de los productos e innovar para desarrollar nuevos bienes o servicios y emplear tecnologías eficientes con el mínimo coste de producción. (Almonacid Sara, 2013, p. 10)

Ello se puede adaptar a las circunstancias públicas. En particular el Estado puede estimular mecanismos por medio de condiciones sujetas al precio y la calidad:

El proceso de adaptación de la oferta de las empresas a los gustos de los consumidores es posible gracias a la asignación de precios. Si los consumidores prefieren un determinado producto del que no existe una oferta suficiente, están dispuestos a pagar más. Al elevarse el precio, las empresas se animan a incrementar su oferta movidas por la rentabilidad que les reporta este mayor precio. Por eso se afirma que un mercado competitivo nos acerca a un eficiente reparto de recursos: Porque permite que los recursos escasos de la sociedad se asignen a los usos que los consumidores prefieren. (Almonacid Sara, 2013, p. 11)

Trasplantar preceptos desde el Derecho de la Competencia al Derecho Público permite integrar un poco más al Estado en el mercado y, asimismo, hace posible unificar los instrumentos aislados en la normatividad del país. Las buenas prácticas comerciales y el Derecho de la competencia permiten vincular principios como la igualdad, que se manifiesta en las prerrogativas de no discriminación y la libre concurrencia de oferentes en la contratación estatal.

La contratación pública no puede reconducirse a una simple actividad económica de la Administración en términos análogos a los de los operadores privados en el mercado. Así, no basta con que la actuación económica de la Administración se halle presidida por la búsqueda de la mayor eficiencia económica, sino que es dable sostener que la Administración debe tomar también en consideración valores y principios que se corresponden con el interés general. (Martínez Fons, 2009, p. 5)

Relacionado con lo anterior, se establece que:

En concordancia, el Plan de Desarrollo de Colombia establece que los Ministerios deberán adoptar políticas de desarrollo productivo explícitas para incrementar la productividad de las empresas asociadas al sector de su competencia, las cuales deberán ser congruentes con el objetivo y los principios definidos en la visión de este



capítulo. Con esta medida se capitaliza la especialización y conocimiento que cada Ministerio tiene de su sector y se garantiza la provisión de programas e instrumentos acordes con las características de las empresas de cada sector. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Colciencias y el Departamento Nacional de Planeación prestarán su apoyo técnico en los procesos de planeación de dichas estrategias, en el marco del nuevo sistema que unifique el Sistema Nacional de Competitividad y el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. (Gobierno de Colombia, p. 68).

Se evidencia entonces la necesidad de implementar un sistema competitivo que promueva principios como la libre competencia, la igualdad de trato y la libre competencia.

Entre los antecedentes de la protección de la competencia en Colombia se encuentra la Ley 27 de 1888, modificatoria del Código de Comercio del momento. En ella se le asignaba al Gobierno la inspección de la industria y se prohibía la ocurrencia de un monopolio en el ramo de la economía correspondiente. La importancia de la protección a la libre competencia para el Estado se puede ver en que actualmente se cuenta con una autoridad única de protección de la competencia y además en que los acuerdos anticompetitivos frente a entidades públicas se les da la connotación de delito como se determina en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011.

Al respecto, la Constitución Política de 1991 en su artículo 333, establece los principios de libertad de empresa, libre competencia y libertad económica, de la siguiente forma:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en la Ley 1340 de 2009 ha defendido la libre competencia desde dos frentes: imponiendo sanciones a los proponentes que cruzan información de las propuestas para engañar a la entidad contratante y también instruyendo a las entidades públicas con el fin de evitar la ocurrencia de estas situaciones.

En el régimen de la contratación pública, el Decreto 222 de 1983 establecía la declaratoria



desierta de un proceso de contratación cuando se descubrieran acuerdos o maniobras perjudiciales para la Administración por parte de los proponentes. En la legislación actual esto se limita a las prácticas colusorias, por lo cual la declaratoria solo será desierta cuando existan causas que impidan la escogencia objetiva. Esto debe ser debidamente soportado y decidido mediante acto administrativo.

En la contratación estatal excepcionalmente se sanciona al proponente con el rechazo o la no selección de su oferta, por no cumplir con las expectativas definidas por la entidad contratante en los pliegos de condiciones. La función esencial del derecho de la competencia es castigar infracciones a la competencia ya consumados, más que prevenir estas infracciones.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha llevado a cabo varias investigaciones y formulado pliegos de cargos en este sentido. Un ejemplo es la Delegatura de Protección de Competencia de la SIC en la cual ordenó apertura de investigación y formuló pliego de cargos a varias empresas de vigilancia privada y personas naturales involucradas. Lo anterior, con ocasión de la presunta existencia de acuerdos anticompetitivos en un proceso de licitación pública en el año 2011 realizado por el Instituto de Bienestar Familiar. No obstante la sospecha, la entidad pública adjudicó el proceso de licitación por más de cuatro mil millones de pesos y formuló denuncia ante la SIC. La apertura de la investigación se efectuó el 28 de enero de 2015, cuando el contrato que resultó de la adjudicación se encontraba ya ejecutado, y además se habían expedido los recibidos a satisfacción y se había liquidado el contrato. Lo anterior genera grave afectación al bien común y los intereses públicos en una adjudicación que puede resultar ilegal, en caso de configurarse la ocurrencia del acuerdo colusorio.

La contratación estatal involucra el derecho de la competencia que es parte del ordenamiento jurídico y que por ende debe ser aplicado. En efecto, los operadores de la contratación estatal deben proteger la competencia en el desarrollo de los procesos de contratación. Se hace patente, en todo caso, la necesidad de que la conducta anticompetitiva sea sancionada antes de la adjudicación del contrato.

Con el foco en la selección de contratistas, el presente análisis busca que se logre una comunicación y armonización entre el derecho de la competencia y el derecho de la contratación estatal. Lo anterior puesto que la selección es el aspecto esencial de la contratación estatal y es además aquel que más requiere soluciones eficientes en lo referido a las prácticas colusivas, que impidan tener que acudir a entes de control o a largos procesos judiciales.

El impacto de un acto de colusión se extiende más allá de la afectación al derecho a la libre competencia, se conculcan gravemente, además, el patrimonio y los fines estatales “en la medida en que se disminuyen las posibilidades de asignación eficiente de recursos por parte de la respectiva entidad estatal” (Serrano Pinilla, 2011, P. 158).





### ***1. Los acuerdos anticompetitivos en la normativa de la contratación estatal***

En la normativa de la contratación estatal no existe como tal una solución frente a la colusión, lo cual no significa que el operador de esta contratación no pueda hacer nada y acudir al resto del ordenamiento jurídico. Al respecto, el Decreto 2153, en su artículo 47 numeral 9 hace referencia a la conducta de los acuerdos anticompetitivos en los procesos de contratación estatal.

Tanto el Estatuto General de la Contratación como la jurisprudencia, consagran el principio de la libre competencia en los procesos de selección públicos en relación con los principios de libre concurrencia e igualdad de proponentes. El referido estatuto, en el numeral 18, precisa que solo procederá la declaratoria desierta de un proceso de contratación cuando no sea posible realizar una escogencia objetiva. Esta selección objetiva se realiza con base en la comparación de ofertas presentadas a través de factores de ponderación definidos en el pliego de condiciones. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, hace referencia a la selección objetiva, partiendo de factores económicos y técnicos, para la evaluación de las propuestas.

La SIC es la competente para investigar y sancionar acuerdos que realicen los proponentes con la intención de no competir entre ellos, en la medida en que esto representa una infracción al derecho de la competencia. Se reafirma a este respecto que estos acuerdos impactan los intereses de las entidades públicas más que generar únicamente efectos en un mercado determinado.

De otro lado, los ciudadanos o la entidad pública que tenga noticia de un acuerdo anticompetitivo deberán poner en conocimiento de la autoridad competente esta situación. Ahora bien, la ausencia de un mecanismo oportuno para atender estas denuncias, permite que los proponentes coludidos puedan participar, burlen a la Administración y, en últimas, se genere una gran imagen de corrupción e impunidad en la sociedad y entidades públicas.

### ***2. La coordinación entre el derecho de la competencia y la contratación estatal como una alternativa***

La Ley 1340 de 2009, definió mayores sanciones a la violación de las normas de competencia y fortaleció la estructura orgánica de la SIC. Al respecto, se creó un grupo de trabajo que investiga únicamente acuerdos anticompetitivos en procesos públicos. Además, posteriormente mediante la Ley 1474 de 2011, se incluyó como delito en el Código Penal, concertar con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual.

No obstante, estas medidas legislativas no presentaron controles que posibilitaran prevenir la afectación de recursos públicos en el procedimiento contractual. Como se mencionó, las



decisiones de la SIC tienen una función disuasoria, pero solo confrontan el problema cuando el proceso ha sido adjudicado y ya se ha generado un impacto negativo para la entidad pública.

Las entidades pueden adoptar medidas preventivas en los procesos de contratación estatal desde el derecho de la competencia. El Decreto 1510 de 2013, compilado por el Decreto 1082 de 2015, permite que los servidores públicos y particulares contratados participen en la conformación de comités estructuradores y evaluadores de los procesos de contratación. Particulares expertos en Derecho de la Competencia podrían participar en la elaboración de un pliego que disponga de reglas anticolusorias. Esta inclusión de mecanismos de protección de la competencia en los procesos de contratación permite, además de prevenir la colusión, incrementar la posibilidad de adjudicar al mejor proponente ya que se estimula la participación, se logra un mercado más competido, innovador y de precios más beneficiosos.

De manera que se puede afirmar que la protección y garantía de la competencia corresponde a todas las entidades estatales que realizan procedimientos de contratación estatal y no únicamente a los órganos de control y la SIC.

### ***3. Los pliegos de condiciones como un instrumento de protección de la competencia***

Dentro del acto administrativo de pliego de condiciones, la Administración puede incluir las condiciones que considere convenientes y necesarias, siempre y cuando no estén prohibidas por la Ley. El Consejo de Estado, sobre el particular ha señalado que en un primer momento la Administración debe observar las normas legales y reglamentarias que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones. En un segundo momento debe establecer las reglas y criterios, objetivo y razonables, para así complementar las disposiciones legales y reglamentarias. En tercer lugar, la Administración debe:

Subsumir procedimientos de aplicación reglada del Derecho en las normas legales completadas en su supuesto de hecho con los criterios objetivos y razonables introducidos en los pliegos de condiciones por la entidad contratante en cada caso concreto, los presupuestos fácticos de éste para adoptar, así, la decisión más conveniente al interés general, lo cual, en materia de contratación estatal, supone, en especial, escoger la mejor propuesta de conformidad con los parámetros fijados en los plurimencionados pliegos de condiciones o sus equivalentes. De ahí que esta concepción de la discrecionalidad encaje perfectamente con la postura que ha asumido la Sala en el sentido de sostener que la facultad que ejerce la entidad pública al adjudicar el contrato es eminentemente reglada y no discrecional, como en otras ocasiones se sostuvo. (Límites a la facultad administrativa de configuración de los



pliegos de condiciones, 2013)

Según el principio de mensurabilidad, la potestad discrecional de la Administración no es indefinida e ilimitada:

En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues ‘en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución’. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa sólo contiene una actuación legítima, en tanto y en cuanto, se ejecute en función de las circunstancias, tanto teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede. (Cconst. C-318/1995, MP Alejandro Martínez Caballero)

Como fue mencionado, las entidades públicas pueden incluir cláusulas que permitan proteger la libre competencia ya que al hacerlo se estaría actuando conforme los fines de la contratación y además dentro de la potestad discrecional administrativa. Ello permitirá que el proceso contractual se desarrolle evitando posturas encubiertas, supresión de ofertas y asignación de mercados, al igual que limitará el abastecimiento simultáneo y controlará la subcontratación entre los oferentes con efectos anticompetitivos. Sería adecuado, al respecto, que los pliegos se refirieran a las normas de competencia y también a la “Guía práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal” expedida por la SIC, lo que hará posible que los proponentes conozcan de las normas y consecuencias del derecho de la competencia.

#### ***4. Carta de compromiso anticollusión***

Dentro de las recomendaciones de la SIC y la OCDE se encuentra la de que en los pliegos de condiciones se estipule que los proponentes presenten una carta que incluya el compromiso efectivo de no participar en acuerdos anticompetitivos. Similar a lo que ocurre con la carta de presentación de la propuesta se puede incluir un documento anexo que contenga un modelo de esta carta. Esta carta es disuasoria en la medida en que informa sobre los efectos de incumplimiento, al igual que difunde entre los futuros proponentes y en la contratación pública en general las normas de la competencia.

Esta carta hará posible iniciar investigación por parte de la autoridad de competencia e iniciar



las acciones penales tanto por falsedad de documento como por acuerdos restrictivos de la competencia. También se evitará que los proponentes aleguen falta de conocimiento. Es importante que se ponga en conocimiento y se haga énfasis a los posibles oferentes sobre los efectos jurídicos y sanciones que se pueden derivar de suscribir tales compromisos.

##### ***5. Prácticas colusorias como causal de rechazo de propuestas. Las cláusulas ineficaces de pleno derecho.***

Teniendo en cuenta que se ha indicado que es recomendable que las entidades públicas incluyan parámetros en los pliegos de condiciones que favorezcan la libre competencia, cabe preguntarse si puede la Administración establecer una causal de rechazo diferente a las definidas en la Ley en este sentido. A este respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado señalando que es posible que la Administración establezca condiciones distintas a las establecidas en la Ley, siempre y cuando esto no vaya en contravía de normas superiores y con ello se desarrolle a los principios de la contratación estatal, en particular, al principio de selección objetiva<sup>3</sup>. Sobre el particular, el referido tribunal determina que:

La Administración tan solo está facultada para aplicar la Ley y aquellas regulaciones que ella misma diseñó con las características de claridad, precisión y objetividad, en orden a seleccionar la propuesta más conveniente al interés público; de tal suerte que la Administración no se encuentra facultada para excluir a su leal saber y entender alguna o algunas propuestas participantes en la convocatoria, si previamente este supuesto no se encuentra regulado en disposiciones legales. (Consejo de Estado. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, 2008)

De manera que la inclusión de criterios dentro de los pliegos de condiciones debe ser atendiendo los principios de proporcionalidad, razonabilidad y objetividad y dentro del marco de las normas superiores. Lo anterior garantiza la prevalencia del interés general y la selección objetiva. Además:

El objetivo último que se busca con la materialización de esos principios es, lograr la mayor eficiencia en el gasto público, la mayor rentabilidad económica y social del dinero que la Administración invierte a su aprovisionamiento de obras, servicios y

---

<sup>3</sup> En concordancia, la doctrina se ha pronunciado indicando que “el estatuto de contratación debe considerarse como una Ley de principios, que no debe ser interpretado sobre el apartamiento o no coincidencia del pliego frente a una estipulación específica reglamentaria o legal. Se trata de determinar, bajo una interpretación sistemática, si realmente la falencia u omisión ha desconocido uno de los principios de selección, en especial el principio de igualdad de oportunidades (...)” González López, E., (2012) El pliego de condiciones en la contratación estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



suministros. (Martínez Fernández, 2016, p. 55)

En este entendido la Administración tiene la posibilidad de incluir las cláusulas que considere siempre y cuando, se repite, lo haga respetando los principios y el ordenamiento jurídico. Resuelto este interrogante conviene ahora preguntarse si la inclusión de estas cláusulas soportaría un eventual control judicial por nulidad por la privación del derecho a ser adjudicatario de un proponente que así lo considere. Esto podría ocurrir ya que en los pliegos de condiciones se estarían incluyendo cláusulas referentes a rechazo de propuestas que no tengan aplicación legal o reglamentaria directa. El acto de adjudicación podría ser declarado nulo y se podría condenar por perjuicios a la entidad pública por privar del derecho a ser adjudicatario del proceso de selección. Lo anterior en la medida en que el demandante demuestre violación a normas superiores y ponga en evidencia que realizó la mejor propuesta sometiendo a las normas.

A propósito de la inclusión de cláusulas ilegales se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado:

Quizás por ello el actual estatuto contractual expresa e inequívocamente determinó que aquellas estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia que contravengan las prescripciones contenidas en el art. 24 de la Ley 80 de 1993 consagratorio del principio de la transparencia “serán ineficaces de pleno derecho, particularmente aquéllas que establezcan reglas de selección por fuera de la objetividad, claridad y justicia que debe manifestarse en los pliegos que gobiernan el proceso de selección. (Superintendencia Financiera de Colombia, 1998)

De manera concordante se ha pronunciado la Corte Constitucional:

Sólo razones que tengan suficiente fundamento constitucional y que demuestren la legitimidad y la necesidad de un trato diferenciado (...), pueden en realidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que normalmente acompaña a las decisiones generales o particulares de los poderes públicos que hagan uso de tales parámetros con el fin de regular o tratar de manera distinta situaciones aparentemente semejantes. (Cconst. C-047/97. MP. Jorge Arango Mejía)

Es así que los procesos de selección deben garantizar la objetividad, preservar el interés general, seguir los lineamientos de la buena fe, garantizar el principio de igualdad y sobre todo observar las normas constitucionales y legales. Las cláusulas de rechazo de ofertas cuando se evidencia una colusión se deban incorporar teniendo en cuenta lo anterior. Conviene hacer varias precisiones sobre el particular:

En primer lugar, similar a lo que ocurre con la información suministrada por el oferente y la veracidad de la misma, que se ha estipulado como causal de rechazo sin que exista previa



declaratoria judicial de falsedad, también sería posible incorporar cláusulas que protejan el mercado de acuerdos colusorios y que permitan el rechazo de propuestas cuando estos acuerdos se presenten.

En segundo lugar, si bien no existe una disposición legal que expresamente ordene a las entidades incluir estas cláusulas, esto se podría hacer con sustento en los principios generales de la contratación pública y también en las Leyes de la competencia, que concretan la libre competencia establecida en el artículo 333 de la Constitución Política.

En tercer lugar, no sería de recibo el argumento de que estas causales de rechazo sean ineficaces de pleno derecho por el simple hecho de no estar fundamentadas en una prohibición legal expresa. Lo anterior puesto que las entidades públicas, como se observó, lo pueden hacer en ejercicio de la facultad discrecional que ostentan, dentro de los límites legales y con el propósito de defender el interés general y la libre competencia.

#### ***6. Suspensión del proceso de contratación por posible colusión***

En el entendido de que el actual reglamento de compras y contratación pública, el Decreto 1082 de 2015, no incluye expresamente la suspensión por circunstancias de interés público que requieran analizarse y que puedan afectar la normal culminación del proceso, como si ocurría con los anteriores decretos sobre la materia, cabe preguntarse: ¿sería posible suspender un proceso de selección de contratistas por los motivos antes señalados aunque no exista norma que sustente dicha suspensión?

El Estatuto de la Contratación Pública es una norma de principios, en ese sentido no es necesario que la Administración, en ejercicio de su discrecionalidad técnica, cuente con reglas de acción u omisión que direccionen su conducta. La Ley 80 de 1993 define como fines de la contratación: la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, la efectividad de los derechos e intereses de los contratistas, al igual que en la escogencia se tendrán en cuenta los mandatos de la buena fe y la igualdad. Para ello, el contratante debe definir reglas objetivas, justas, claras y completas que garanticen una escogencia objetiva.

Dentro de los principios que deben observarse al momento de incluir, modalidades, condiciones y estipulaciones en los contratos, se encuentra el de transparencia sobre el cual se ha afirmado lo siguiente:

Ahora bien, debe mencionarse que el principio de transparencia es consecuencia del de igualdad de trato, un principio vertebrador de toda la contratación pública, que alcanza a todo contrato público, independientemente de que esté o no sujeto a las Directivas; a todos los procedimientos; y a todas las fases del contrato. Es también un principio de marcado carácter instrumental o finalista y no meramente formal, dado



que tiene el objetivo de generar una mayor concurrencia empresarial y competencia que redunde en una mayor eficiencia en la inversión de los recursos públicos. (Martínez Fernández, 2016, p. 57)

El artículo 49 del Estatuto de la Contratación Estatal, permite que la Administración sanee mediante acto motivado los vicios que no constituyan causal de nulidad cuando las necesidades del servicio y las reglas de la buena administración así lo exijan. Dentro de las actuaciones necesarias para sanear los vicios que se presente, se encuentra dar nuevos plazos que garanticen la igualdad de los participantes.

Sobre el particular, el numeral 11° del artículo 3° expresa lo siguiente:

Las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

Se pone de presente que las autoridades pueden remediar inconvenientes en el desarrollo de los procesos públicos de contratación, para lo cual pueden suspender el proceso de forma tal que se clarifiquen aspectos que afecten gravemente su desarrollo, como el hecho de que exista sospecha de algún tipo de fraude entre los proponentes que pueda llegar a afectar la adjudicación. El Consejo de Estado a propósito ha establecido que:

(...) la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las Leyes y reglamentos, inspirados en una doble finalidad: 1° asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; 2° evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación (...). (Consejo de Estado, Exp. 31447/2007, CP. Ruth Stella Correa Palacio)

Los actos administrativos que suspenden el proceso deben estar suficientemente motivados, esto es, de forma clara y razonable indicando los hechos y normas que lo sustentan, todo ello conforme con los principios de la contratación estatal y el interés público. El propósito de la referida suspensión no es otro que prever vicios que pueden conllevar a la ilegalidad del proceso, en el evento de un acuerdo colusorio.

### ***7. Revocatoria de actos administrativos en el evento de que haya un acuerdo anticompetitivo***

Durante la vigencia del numeral 11 de la Ley 80, no era posible la revocatoria del acto de



adjudicación en tanto así lo establecía la norma. Ello en contraste con lo dispuesto el Código Contencioso Administrativo del año 1984 que admitía la revocatoria en tres eventos: primero, cuando había autorización expresa del titular de derechos; segundo, cuando el acto se obtuviera por medios ilegales y, tercero, cuando se presentara alguna de las causales de revocatoria.

La Ley 1150 de 2007 reafirmó que no era posible revocar el acto administrativo de adjudicación, con excepción de que se configurara una inhabilidad o incompatibilidad posterior a la adjudicación y anterior a la firma del contrato o si se demostrase que la adjudicación se obtuvo por medios ilegales. Por su parte, la Ley 1437 de 2011 estableció que el acto particular únicamente es revocable si se cuenta con la autorización del titular y, en el evento que el acto sea motivado por hechos ilegales se requerirá que la Administración demande su propio acto administrativo.

Como corolario de lo anterior, la regla general es que el acto de adjudicación es irrevocable, no obstante existen tres excepciones: i) que exista la autorización expresa del adjudicatario del proceso de selección; ii) que se presente una inhabilidad o incompatibilidad durante el plazo establecido entre la adjudicación y la suscripción del contrato; iii) en el evento en que se demuestre que el acto fue obtenido por medios ilegales.

Por vía de la tercera excepción será posible revocar el acto administrativo de adjudicación, cuando la entidad contratante demuestre la existencia de un acuerdo colusorio, en el que haya participado el proponente adjudicatario. De manera inmediata se deberá dar inicio al proceso penal por el delito establecido en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 y al proceso administrativo adelantando por la SIC. A propósito, el Consejo de Estado indicó:

(...) Se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrada tal situación. Es por ello, que debe seguirse el procedimiento del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, el que a su vez remite a la actuación del artículo 28 (comunicación a los interesados de la actuación administrativa y citación) con el fin de que el administrado haga uso del derecho de defensa y contradicción. (Consejo de Estado. Sentencia 2003-02691. MP. Bertha Lucía Ramírez De Páez)

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. (Ídem)





En la providencia anteriormente referida, la Sala Plena del Consejo de Estado, también manifestó:

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento (Ídem)

Como se puede inferir la existencia de un acuerdo colusorio es en efecto un fraude significativo que tiene la intención de distorsionar la decisión de la entidad contratante.

Con respecto al acto administrativo de apertura existe más claridad. Aunque la Ley 80 guardaba silencio sobre este asunto, en tanto el acto administrativo de apertura era general, impersonal y abstracto, se podía revocar de acuerdo a las causales del derogado Código Contencioso Administrativo.

El Decreto 066 de 2008, consagró la posibilidad de revocar el acto de apertura teniendo en cuenta las causales del artículo 669 del Código Contencioso Administrativo. En los Decretos siguientes sobre la materia, la norma fue reiterada (Decretos, 2474 de 2008, Decreto 734 de 2012). El Decreto 1082 de 2015 que es el que actualmente está vigente, derogó el Decreto 1510 de 2013, que ya había derogado el Decreto 734 de 2012. Con respecto al acto de apertura el actual decreto no dice nada expresamente. Ello no indica que este acto no se pueda revocar, sino que las autoridades deben sustentar esta revocatoria en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que expresa lo siguiente:

Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

En tanto el acto de apertura es un acto administrativo general este puede ser revocable como mecanismo de autocontrol de la administración. En reciente fallo el Consejo de Estado así lo ha establecido:

(...) es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la revocatoria directa, es decir, a través de la expedición



otro acto administrativo en sentido opuesto. Vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad (...) (Consejo de Estado. Sentencia 31297/2014 CP. Carlos Alberto Zambrano Barrera)

En este escenario, es perfectamente posible que la Administración ante acuerdos colusorios, pueda revocar el acto de apertura del respectivo proceso, en tanto ese actuar es manifiestamente contrario a la Constitución y la Ley y atenta contra el interés público.

#### ***8. Las medidas cautelares como un mecanismo para poner en práctica***

El régimen general de protección de la competencia está compuesto por la La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Las normas particulares que existen para ciertos sectores prevalecerán en el sector específico.

La SIC dentro del proceso que investiga y sanciona las violaciones del régimen de competencia, puede imponer medidas cautelares como la suspensión inmediata de conductas que pueden resultar contrarias a las normas de protección de la competencia, para evitar que se ponga en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

En este sentido la SIC podría llegar a suspender un proceso de selección de una entidad, si logra evidenciarse un acuerdo colusorio. Esto no ha ocurrido en la práctica ya que la autoridad le es dificultoso contar con medios probatorios idóneos que le permitan tomar la decisión. Sin embargo, lo anterior podría lograrse con el apoyo de las demás entidades a la SIC.

La entidad pública que tenga indicios de un acuerdo anticompetitivo en un proceso de selección de contratistas, debe recopilar las pruebas necesarias para solicitar a la SIC que ordene una medida cautelar encaminada a cesar temporalmente efectos del acuerdo colusorio, hasta tanto no se lleve a cabo la investigación que podría concluir con una sanción.

#### ***9. El control de legalidad y la vulneración de la libre competencia***

El licitante puede presentar las observaciones que considere al pliego de condiciones para que sean incluidas en el pliego de condiciones definitivo. En caso de que existan condiciones que restrinjan la libre competencia podrá el proponente afectado pedir al juez contencioso la nulidad y reparación de los perjuicios respectivos. Al respecto, cabe señalar que tanto los pliegos de condiciones como la evaluación de las propuestas son los momentos en donde podría llegar a restringirse en mayor grado la libre competencia y libre concurrencia en la



etapa precontractual.

El control de legalidad de los actos precontractuales se podría dar en dos vías: por medio de control de simple nulidad y por medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Estos actos precontractuales deben diferenciarse en tanto si son de simple trámite, preparatorios o actos definitivos. El acto preparatorio determina o influye la decisión que pone fin al procedimiento. El acto de trámite, da impulso al proceso contractual. El acto definitivo pone fin al procedimiento y establece la decisión de la Administración mediante adjudicación o declaratoria desierta del proceso. Con respecto a los actos de trámite se ha afirmado:

Los actos de simple trámite, no constituyen decisión de la Administración por carecer del carácter de definitivos, impidiendo que se controviertan ante el juez contencioso administrativo, en consideración que ante este juez solo se controvierte son decisiones administrativas definitivas. (Dromi, 1987, p. 114)

Esta postura es recogida en el artículo 75 del CPACA. A propósito, el Consejo de Estado ha señalado:

El acto de trámite no incide en la decisión misma que haya de tomarse, mira aspectos de puro procedimiento, pero es necesaria su expedición habida cuenta en cada caso concreto del procedimiento previsto por la Ley para llegar a aquella. (Consejo de Estado, Sentencia. 830/ 1989. C.P. Simón Rodríguez)

También la Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, indicando que los actos de trámite son “instrumentales” y sus defectos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, por ejemplo, por haberse adoptado con desconocimiento del procedimiento previo que constituye requisito formal del mismo acto (CConst. Sentencia T-88 de 2005, MP. Manuel José Cepeda).

Frente a los actos preparatorios, el Consejo de Estado ha manifestado que preestablecen el contenido de la decisión de mérito, es decir, preparan el acto definitivo a través del cual se tome la decisión (Consejo de Estado, Sentencia. 830/ 1989. C.P. Simón Rodríguez).

El profesor Güecha Medina a este respecto ha afirmado que el acto preparatorio es un acto de trámite de naturaleza especial, ya que agota etapas del procedimiento administrativo y se caracteriza por influir de manera notaria en la decisión final que expide la Administración (Güecha Medina, 2016).

El acto de apertura, el pliego de condiciones y la evaluación de propuestas son entonces actos preparatorios. El acto de apertura es el cual da inicio al proceso oficialmente; la evaluación de propuestas es el acto administrativo en que se define, de manera ulterior al análisis técnico,



jurídico y financiero, el orden de elegibilidad de los proponentes del proceso contractual; el pliego de condiciones, determina las reglas de juego al igual que estipula los parámetros de participación en el proceso contractual público los cuales deben ser claros, precisos, justos equitativos y provistos de un criterio objetivo, de forma tal que garanticen la transparencia e igualdad en la adjudicación del contrato como acto definitivo de la Administración y hagan posible una correcta ejecución del contrato. Al respecto se indica:

Es aquí, donde el pliego de condiciones incurre normalmente en violaciones de la Ley, por cuanto al establecer requisitos para poder participar, impide la libre concurrencia de los posibles oferentes estableciendo exigencias de participación que limitan la posibilidad de presentar propuestas, dando lugar a que el control de legalidad del acto se haga efectivo. Para que existan criterios de objetividad, transparencia e igualdad, la entidad pública debe incluir dentro del pliego de condiciones, las reglas a que se deben sujetar los proponentes para la elaboración de sus propuestas, las cuales deben estar asistidas de la garantía de imparcialidad; es decir, que no pretendan favorecer a uno o a unos de los proponentes; imparcialidad que permite que la escogencia o selección del contratista sea objetiva. (Güecha Medina, 2016)

Ahora bien, el artículo 75 de la Ley 1437 imposibilita el cuestionamiento de los actos que no tengan carácter definitivo. Como consecuencia, el reproche de legalidad del pliego de condiciones o la evaluación del proceso solo podrá hacerse dentro del control de legalidad del acto administrativo que adjudica el proceso contractual o declara desierto el proceso, por ser estos, como se explicó, actos preparatorios y no definitivos.

Como lo afirma García Enterría (2013) la imposibilidad de impugnar los actos de trámite no implica que estos nunca se puedan impugnar, sino que se debe hacer cuando se reprochen los actos definitivos a los cuales dieron lugar.

Puede solicitarse entonces la revisión de legalidad, tanto por expedición irregular como por falsa motivación, cuando se vulnere la libre competencia y la libre concurrencia mediante la inclusión de prohibiciones o reglas de participación ilegales que afecten a los posibles proponentes. Este cuestionamiento únicamente se podrá hacer una vez se expida el acto definitivo que pone fin al proceso contractual administrativo. De esta manera, se hace visible la limitación que existe para proteger la libre competencia por vía de los medios de control ordinarios, que serán mecanismos para lograr la indemnización de perjuicios pero no para evitar que se transgreda la libre competencia.

### ***10. La acción popular como mecanismo para proteger la libre competencia económica***



La libre competencia económica es la capacidad de desenvolverse en términos pacíficos en un mercado, evitando alteraciones provenientes de conductas de los agentes económicos competidores (Corte Constitucional, C-616 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil).

La Corte Constitucional ha señalado que la libre competencia en un mercado se da cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, sin que existan obstáculos de entrada al mismo u otras prácticas que restrinjan la actividad económica. El núcleo de este derecho de libre competencia implica la posibilidad de acceder al mercado por parte de los oferentes sin que existan barreras injustificadas (Corte Constitucional, C-228-2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

El mismo tribunal aclara que la libre competencia debe ser entendida como derecho o interés colectivo, como derecho individual económico y como principio rector de la economía, el cual tiene sus límites en la intervención razonable del Estado al igual que el interés general. El Consejo de Estado, por su parte señala:

Para que resulte procedente una acción popular por violación o puesta en peligro del derecho a la libre competencia económica, se hace necesario evidenciar la dimensión colectiva de este. Como consecuencia de ello no basta la demostración de la afectación que de este derecho le haga un agente económico a otro, sino que se hace necesario demostrar y evidenciar una afectación a una colectividad indeterminada o determinable. (Consejo de Estado, Sentencia 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP), CP. Alier Hernández Enríquez)

El interés colectivo de la libre competencia tiene dos dimensiones: primero, el derecho del que son titulares los afectados del mercado que deben probar el detrimento por la alteración de la actividad económica; segundo, la garantía por parte de la Administración de preservar en orden el mercado y en dado caso corregirlo de actuaciones individualizadas del propio Estado o particulares como agentes del mercado.

Esta restricción y afectación se puede dar por parte de la entidad pública cuando limita la participación de proponentes de manera injustificada en un proceso contractual. Las restricciones tienen siempre que estar fundamentadas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que los criterios que tengan las entidades públicas para evaluar los procesos contractuales deben ser razonables y estar relacionados con el objeto del contrato. Al respecto afirmó:

la libre concurrencia como principio no absoluto, garante de la participación de todas las personas, quienes a más de interesadas deben acreditar la habilitación que para tal efecto determine la entidad contratante que propende exclusivamente por encontrar



el proponente idóneo. Interesante resulta el planteamiento doctrinario de excepción al principio general de concurrencia, que deriva de la necesidad de asegurar la capacidad y la idoneidad del contratista, las calidades técnicas, económicas, financieras y profesionales del contratista en aras de garantizar el cumplimiento del objeto contractual: “es legítimo que atendiendo las características propias del objeto del contrato, la entidad pública circunscriba la participación a una determinada categoría de contratistas (...) esta restricción será válida siempre y cuando, sea razonable y adecuada al objeto del contrato. Lo que es censurable, es que se limite la participación de los proponentes con la exigencia de calidades profesionales que resulten inocuas para el cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, lo que genera la nulidad del procedimiento licitatorio. (Consejo de Estado, Sentencia 15188 de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez)

De manera que, en tanto la libre competencia es un derecho colectivo se podría proteger vía acción popular. El artículo 44 de la Ley 472 de 2008, que desarrolla la acción popular, remite a los procesos administrativos generales, en lo que no estuviese expresamente regulado por la Ley, en tanto no se oponga a la finalidad y naturaleza de la acción.

Ahora bien, existen diversas acciones que objetan la legalidad del acto administrativo en el sistema jurídico colombiano: medio de control de simple nulidad (artículo 137 Ley 1437 de 2011), nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 Ley 1437 de 2011), nulidad electoral (artículo 139 Ley 1437 de 2011), controversias contractuales (artículo 141 Ley 1437 de 2011 y artículo 77 Ley 80 de 1993), acción de nulidad ambiental (artículo 73 de la Ley 99 de 1993), nulidad de patentes (Decisión 486 Comisión de la Comunidad Andina). A este respecto, vale decir que la legalidad de estos actos de manera excepcional se discute vía acción de tutela o acción popular.

A propósito de los derechos colectivos objeto de defensa de la acción popular, el Consejo de Estado los ha definido así:

Aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la Ley” “los derechos particulares comunes a un grupo de personas no constituyen derechos colectivos.

No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas de terminadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con



exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y solo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar. (Consejo de Estado, Sentencia 76001-23-31-000-2003-01856-01(AP)), C.P. Martha Sofía Sanz Tobón)

Por su parte, Bejarano Guzmán a este respecto afirma: “los intereses colectivos se refieren a aquellos vinculados a un grupo de personas organizado e identificable, en cambio, los difusos se predicen de un grupo de personas indeterminado y no organizado como grupo” (Bejarano Guzmán, 1993, p. 31).

Con relación al tema objeto de estudio, la acción popular podría llegar a proteger la libre competencia económica en un proceso contractual, anulando actos administrativos como el acto de apertura o el acto de adjudicación. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha tenido diversas posturas:

La primera es la tesis restrictiva según la cual no es posible declarar nulo un acto administrativo vía acción popular (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, Sección Cuarta AP – 102 del 3 de diciembre de 2001, Subsección B, 12 de julio de 2001, exp. AP 114, radicación número: 17001-23-31-000-2000-0981-01(AP-114), AP-047, radicación número: 25000-23-25-000-2000-0014-01.)

Esta posición se fundamenta en que ya existen los medios de control de nulidad y restablecimiento y la nulidad simple para contrarrestar los actos administrativos, que garantizan la presunción de legalidad de la cual gozan los actos administrativos. Esta postura indica que la legitimidad en las acciones populares no requiere configurarse, contrario a lo que ocurre con los medios de control de nulidad, en donde esta legitimidad se debe demostrar<sup>4</sup>.

Se indica que la intención del legislador no era establecer posibilidades para ejercer los medios de control que conllevara a la congestión de los despachos, utilizando medios alternativos que suplantarán los medios ordinarios para ejercer control de legalidad. Existen, no obstante, objeciones a esta tesis:

---

<sup>4</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución, la defensa de los derechos colectivos puede hacerla cualquier persona natural o jurídica, sin que deba probar ningún interés particular o el hecho de residir en el lugar donde se amenazó o vulneró el derecho o interés colectivo. (Consejo De Estado, exp.52001-23-31-000-2004-00092-01(AP), C.P. Ruth Stella Correa Palacio)



La posición asumida por la tesis judicial restrictiva y los argumentos en que se apoya son cuestionables como pretendemos demostrar, lo que nos permitirá concluir que en desarrollo de una acción popular sí se puede anular un acto administrativo e incluso decretar la suspensión provisional, todo enmarcado en que la función judicial en la acción popular, en cuyo trámite el juez obra como juez constitucional, es esencialmente diferente a la que cumple como juez contencioso de las acciones ordinaria. (...) Aceptar que a través de la acción popular sí se puede anular un acto administrativo. (...), no implica vulnerar el principio de la competencia judicial, pues precisamente la jurisdicción contencioso administrativa... es la que estaría calificando la validez del mismo [se refiere al acto administrativo]" (Botero Aristizábal, 2004, Págs. 83, 93 y 94, citado por el fallo: Consejo de Estado en sentencia 2007, 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP), M.P. Enrique Gil Botero).

La segunda postura del Consejo de Estado, es la denominada tesis amplia según la cual es posible que la acción popular anule o suspenda los actos administrativos. A este respecto, este tribunal ha aceptado dar prevalencia al derecho colectivo y anular un acto administrativo, permitiendo así que pueda cuestionarse la legalidad del acto y ordenar la medida de suspensión provisional, cuando sea posible determinar que el acto es jurídicamente discutido en relación con derechos o intereses colectivos. (Consejo de Estado, AP. 026, C.P. Julio E. Correa Restrepo)

En sentencia del 21 de febrero de 2007, con ponencia de Enrique Gil Botero, se expone la tesis intermedia y la tesis con criterio finalístico, como nuevas posiciones jurisprudenciales sobre este asunto:

La tesis judicial intermedia, no admite la posibilidad de anulación del acto, pero si admite la procedencia de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. La tesis fue expuesta en sentencia de la Sección Tercera, de 6 de octubre de 2005, donde se concluyó: "que dentro de las facultades previstas en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 no se incluyó la de anulación de los actos administrativos, porque tal decisión no se encuentra o deriva de la facultad de impartir órdenes de hacer o no hacer "lo cual no impide que pueda entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo se acusa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo".

Con respecto a la tesis con criterio finalístico, esta acepta que en el trámite de acción popular pueda discutirse la legalidad del acto administrativo, teniendo en cuenta la finalidad esperada por el accionante y cuando el acto vulnere o amenace el derecho colectivo que se pretende amparar, no podría incoarse para buscar fines distintos a este amparo.





Queda latente el siguiente interrogante: ¿los actos que no son anulables en las acciones ordinarias, como los de ejecución o preparatorios, podrían anularse vía acción popular? En principio se podría afirmar que sí. No obstante, habrá casos en que la lesión al derecho colectivo se podría atribuir más al acto definitivo que a los preparatorios o de trámite. En este supuesto será el primer acto anulable y no los demás, ya que carecería de sentido dejar vivo el acto definitivo cuyo fundamento se encuentra en un acto de trámite o preparatorio que ha violado o amenazado un derecho colectivo.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se zanja la discusión sobre el asunto. Esta norma establece:

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Artículo 144).

Así pues, el legislador determinó que la acción popular no es el mecanismo procedente para anular y cuestionar la legalidad de un acto administrativo, aunque deja abierta la posibilidad de suspender los efectos del acto cuando esto sea necesario para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos o intereses colectivos.

La Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad del CPACA establece que:

Encuentra la Corte que la expresión: “sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, y referida a los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias, no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece y clarifica los alcances de su competencia, habida cuenta de los desacuerdos y divergencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado sobre la materia, resultando válido que haya sido el propio legislador quien, dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene, haya dado solución definitiva al problema de precisar la improcedencia de que el juez de la acción popular decida sobre la anulación de actos administrativos y contratos estatales, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares, que en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata pues de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de



control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011. (CConst, sentencia C-644 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

En conclusión, aunque el juez constitucional no puede anular los actos administrativos o contratos, cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos cuando la conducta se concrete o provenga de esta clase de actos jurídicos y puede pedir al juez que adopte las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

De lo anterior se sigue que la acción popular puede ser utilizada para proteger el derecho colectivo de la libre competencia económica cuando el acto de apertura o de adjudicación contractual o, incluso el mismo contrato, vulnera o amenaza el derecho referido. Se podrá solicitar ante el juez la suspensión de los efectos que vulneren o amenacen la libre competencia. No se podría en cambio objetar la legalidad del acto, ya que para esto existen los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales son competencia del juez contencioso administrativo.

### **Bibliografía**

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 17783 (Consejo de Estado 4 de Junio de 2008).

Archila Peñalosa, E., & Pabón Almanza, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. En el caso paradigmático para las entidades públicas. *Revista de Derecho y Economía*, 38.

Almonacid Sara, F. (2013). *Defensa de la Competencia en los Procedimientos especiales de Contratación Pública*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Arozamena, L., & Weinschelbaum, F. (2010). *Compras Públicas: Aspectos Conceptuales y Buenas Prácticas*. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín.

Bejarano Guzmán, R. (1993). *Las Acciones populares*. Bogotá: Ediciones Forum Pacis.

Coleman, T. (2012). *Tendencias e impactos de la inversión extranjera directa en Colombia*. Bogotá: Universidad EAN.



Colombia Compra Eficiente. (2015). *Guía para entender los Acuerdos Marco de Precios*. Bogotá: Gobierno de Colombia.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 1997, de 6 de febrero. Copia tomada directamente de esa corporación.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001, de 13 de junio. Copia tomada directamente de esa corporación.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 644 de 2011, de 13 de agosto. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-88-2005, 3 de febrero. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, de 24 de marzo. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera). Sentencia 31297 de 2014 de 26 de noviembre. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera), Auto del 10, Sentencia 830 de 1989, de 10 mayo. Copia tomada directamente de esa corporación



Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera). AP 76001-23-31-000-2003-01856-01 de 2007 de 10 de mayo. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera) Sentencia 15188 de 2006 de 26 de abril. Copia tomada directamente de esa corporación.

Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda). AP. 114 de 12 de julio de 2001. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera). AP 25000-23-25-000-2005-00355-01 de 18 de mayo de 2000. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera). AP 25000-23-25-000-2005-00355-01 de 18 de mayo de 2000. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta). AP. 026 7 de abril de 2000. Copia tomada directamente de esa corporación

Colombia. Consejo de Estado. (Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera). Expediente 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP) de 21 de febrero de 2007. Copia tomada directamente de esa corporación



Dromi , J. (1987). *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I*. Buenos Aires : Astrea .

de 2001 de 14 de septiembre. Copia tomada directamente de esa corporación.

Güecha Medina, C. (2016). *Contratos Administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación* . Bogotá: Ibañez.

Límites a la facultad administrativa de configuración de los pliegos de condiciones, Sentencia 24059 de 2013 (Consejo de Estado 14 de Marzo de 2013).

Martínez Fernández, J. M. (2016). *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Madrid: Wolters Kluwer.

Martínez Fons, D. (2009). *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública* . Fundación Alternativas .

Ministerio de Industria y Comercio. (2015). *Apertura económica y crecimiento*. Obtenido de <http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=11202>

Osterlof Obregón, D., Villasuso Morales, A., & Herdocia Sacasa, M. (2011). Las regulaciones sobre compras públicas en los tratados de libre comercio de centroamerica y las mipymes. *Red Latinoamericana de política comercial* , 3-35.

Sentencia de Constitucionalidad , c-318 de 1995 (Corte Constitucional 1995 de Julio de 19).

Superintendencia Financiera de Colombia. (1998). *Análisis de jurisprudencia, boletín - 05 de Mayo 1998*. Bogotá: Gobierno de Colombia.