

## **DECLARATORIA DE DESIERTA: «COLUSIÓN» EN EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN<sup>1</sup>**

Aura Sofía Palacio Gómez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** La «declaratoria de desierta» de la licitación pública ocurre por «motivos o causas que impiden la escogencia objetiva» de una oferta. Al interior de esta categoría se cuestiona si las circunstancias que afectan el mercado y la libre competencia –específicamente, los acuerdos colusorios– se enmarcan en el parámetro legal vigente desde 1993 y, en consecuencia, habilitan a la entidad para hacer esta declaratoria. Para su análisis se estudia, en detalle, la «colusión» en los procedimientos de selección, a partir de lo dispuesto en la normativa y en la doctrina. A su vez, se discute si su evidencia da lugar, necesariamente, a la declaratoria de desierto del procedimiento, o si requiere la concurrencia de otros elementos directamente relacionados con la escogencia del oferente.

### **Introducción**

En los estatutos contractuales anteriores existían varias causales para declarar desierto un procedimiento. De un lado, el artículo 30 del Decreto Ley 150 de 1976 prescribía que ocurría cuando: *i)* siendo pública, no se presentara el número mínimo de propuestas exigido en el pliego de condiciones de la licitación; *ii)* siendo privada, la entidad considerara que el número de proponentes presentados era insuficiente; *iii)* se hubiere pretermitido algún requisito exigido en el estatuto o en sus normas reglamentarias; *iv)* ninguna de las propuestas se ajustara al pliego de condiciones y *v)* las propuestas fueran inconvenientes o se hubiera violado su reserva.

De otro lado, el artículo 42 del Decreto Ley 222 de 1983 conservó en su mayoría las causales, al disponer que la declaratoria de desierta procedía: *i)* cuando no se presentaba el número mínimo de participantes determinado en el pliego o invitación; *ii)* cuando el procedimiento hubiere pretermitido algún requisito del estatuto o de sus normas reglamentarias; *iii)* cuando ninguna de las

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 1 de abril de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Richard S. Ramírez Grisales, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la Contratación Estatal, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Fabián Gonzalo Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

propuestas se ajustara al pliego de condiciones o a la invitación; *iv*) cuando se hubiera violado la reserva de las mismas, de manera ostensible y antes del cierre de la licitación o concurso y *v*) cuando, a juicio de la entidad, las propuestas se consideraran inconvenientes.

Actualmente, la «declaratoria de desierta» de la licitación pública es, en principio, una facultad *reglada* en su procedencia –pues se sujeta a una circunstancia específica–. El artículo 25, numeral 18, de la Ley 80 de 1993 dispone que se declarará únicamente por «motivos o causas que impidan la escogencia objetiva». Sin embargo, la abstracción de la premisa permite la *discrecionalidad* de la entidad al determinar, precisar, delimitar o ampliar el alcance.

A continuación, se cuestiona si los «acuerdos colusorios», como circunstancias que afectan el mercado y la libre competencia, son una causal para declararla, lo que amerita una aproximación al estudio del «derecho de la competencia», cuyo fundamento normativo se encuentra en las leyes 155 de 1959 –«por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas»–, 1340 de 2009 –«por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia»– y en los decretos 2153 de 1992 –«por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones»– y 4886 de 2011 –«por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones»–.

## **1. «Derecho de la competencia»: creación de la Superintendencia de Industria y Comercio y fundamentación de los «acuerdos colusorios»**

Como agente económico interesado en adquirir bienes o servicios, el Estado hace parte del «mercado», de ahí que lo afecten sus desequilibrios, fallas y manipulaciones. En el escenario contractual, la presencia de «prácticas restrictivas de la libre competencia» –entre las cuales destacan los «acuerdos colusorios»– arriesgan el gasto público, alteran el funcionamiento ideal de la oferta y la demanda y, entre otros efectos negativos, perturban el desarrollo económico y social del país.

Fernando Jiménez sostiene que en esos escenarios surge el «derecho de la competencia», cuyo propósito consiste en controlar el poder económico, disciplinar el comportamiento de las fuerzas del mercado y restaurar las condiciones del sistema<sup>3</sup>. Se trata de disposiciones tendientes a, de un lado, erradicar estas conductas y, de otro, salvaguardar el desarrollo del libre mercado, para lo cual, por ejemplo, se recurre a la definición de un organismo con

---

<sup>3</sup> JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando. Derecho de la competencia. 1ª Edición. Bogotá: Editorial Legis, 2019. p. 2.

facultades investigativas y sancionatorias –véase a la Superintendencia de Industria y Comercio–, y a la proscripción –e incluso tipificación– de ciertas conductas que alteran el mercado.

En *primer lugar*, como antecedente de la existencia de un órgano encargado de la vigilancia del mercado, se encuentra la Superintendencia de Regulación Económica, creada en el entonces Decreto 1563 de 1960. En el artículo 2 *ibidem* se le asignaron, entre otras, las funciones de hacer estudios de costos de producción para fijar los precios de los artículos de primera necesidad; y estudiar y aprobar, con criterio económico y técnico, las tarifas del servicio público de transportes, las tarifas y reglamentos de los servicios públicos de energía eléctrica, acueductos y alcantarillados y las tarifas de los espectáculos públicos de cine y de los hoteles. Sus funciones estaban sectorizadas, en la medida en que no incluían, de forma general, proteger el funcionamiento del mercado.

Luego de la reestructuración ministerial, en el artículo 25 del Decreto 2974 de 1968 se creó la Superintendencia de Industria y Comercio, como una entidad adscrita al entonces Ministerio de Desarrollo Económico. Entre sus funciones se encontraba la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre la profesión de comerciantes y de las disposiciones sobre normas técnicas y requisitos de calidad fijadas por el Ministerio, pero no existía una competencia para vigilar las prácticas restrictivas y peligrosas para el mercado. Para la época, su función era muy restringida.

Más tarde, el Decreto 201 de 1974 creó la Superintendencia Nacional de Producción y Precios. Entre sus funciones se encontraba elaborar o coordinar estudios sobre la producción nacional de bienes y servicios, con el fin de determinar el comportamiento de la oferta y la demanda en ciertos periodos. Sin embargo, dos años después, el Decreto 149 de 1976 suprimió esta entidad, repartió sus funciones en otras y, además, reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio al asignarle funciones como la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, establecidas en la Ley 155 de 1959.

Con la Constitución Política de 1991 se amplió sustancialmente el objetivo de este tipo de entidades: aunque no se refirieron mandatos o prohibiciones directos, se estableció un marco económico concreto. El Decreto 2153 de 1992 reestructuró la Superintendencia, adecuando sus funciones y permitiéndole, entre otros aspectos, imponer sanciones por la violación de normas referidas a prácticas comerciales restrictivas, y también por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones, impartiera.

Siete años después, el artículo 146 de la Ley 446 de 1998 estableció que la Superintendencia tenía las mismas atribuciones señaladas para la promoción de

la competencia y prácticas comerciales restrictivas si requería enfrentar conductas constitutivas de «competencia desleal». Este aspecto se amplió con la Ley 510 de 1999, que, en su artículo 148, parágrafo 3, se refirió a la liquidación de los perjuicios. En sentido similar, el artículo 37 del Decreto 1130 de 1999 se refirió a la prevención de conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas en la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Entre los años 1999 y 2008 la Superintendencia de Industria y Comercio amplió y modificó sus funciones, quedando encargada, entre otras, de vigilar y reglamentar el Registro Nacional de Avaluadores –leyes 546 y 550 de 1993–, de tramitar la etapa conciliatoria en procedimientos relacionados con la protección de la competencia y del consumidor –Ley 640 del 2001–, de llevar a cabo el proceso jurisdiccional en materia de competencia desleal –en el marco de las leyes 962 de 2005 y 1395 de 2010– y de vigilar los operadores, fuentes y usuarios de la información –Ley 1266 de 2008–.

Posteriormente, en el 2009, las funciones de la Superintendencia, en relación con el inicio de investigaciones administrativas y la imposición de multas, se volvieron exclusivas. El artículo 6 de la Ley 1340 le asignó la competencia, de forma privativa, de conocer investigaciones administrativas; imponer multas y, especialmente, adoptar decisiones por infracción a normas relacionadas con la protección de la competencia<sup>4</sup>. De esta forma, la SIC se consolidó como el órgano técnico encargado de *corregir* las desviaciones del mercado a causa de la conducta de sus agentes.

En *segundo lugar*, refiriéndose a otro componente del «derecho de la competencia», se destacan las prácticas y acuerdos que pretenden ser erradicados. El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe los «acuerdos contrarios a la libre competencia», entre los cuales se encuentran: *i)* los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; *ii)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores y, entre otros, *iii)* los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de

---

<sup>4</sup> «Artículo 6o. Autoridad nacional de protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

»Parágrafo. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio».

adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

Especialmente se hace hincapié en los «acuerdos colusorios», que no tienen una definición expresa y consolidada, aun cuando existan elementos para construirla. Por un lado, el artículo 45 *ibidem* definió «acuerdo» como «Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas». Por otro lado, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define «colusión» como «Acuerdo restrictivo de la competencia»; mientras que el Diccionario de la Lengua Española lo contempla como un «Pacto ilícito en daño de tercero».

José Miguel de la Calle emplea el término «colusión» para referir una práctica que restringe la competencia, y que se concreta en la alteración de las condiciones de competencia en los procedimientos de selección de contratistas. «Por lo general, esta conducta se configura cuando dos o más empresas que se encuentran concursando en un proceso público de selección contractual deciden aliarse para no competir y/ o manipular las condiciones de dicho proceso»<sup>5</sup>. Nótese que, en su definición, la colusión se concreta como una práctica entre dos o más empresas. En sentido similar, la Superintendencia de Industria y Comercio lo define como una de las principales vías de defraudación al Estado, que se presenta cuando quienes están llamados a competir se ponen de acuerdo para elevar precios, disminuir la calidad de los productos o servicios o aumentar sus oportunidades de ser adjudicatarios<sup>6</sup>.

A su vez, Fernando Jiménez define los «acuerdos colusorios» como las conductas o prácticas empresariales mediante las cuales los operadores económicos –supuestamente independientes entre sí– coordinan su actuación en el mercado<sup>7</sup>. Entre los requisitos para que se configuren, Jiménez Valderrama destaca los siguientes: *i)* «concierto de voluntades entre dos o más empresarios», *ii)* abandono del comportamiento independiente por un objetivo común y *iii)* efectos restrictivos de la competencia<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> DE LA CALLE, José Miguel. Tratado general de libre competencia. Análisis jurídico y económico. 1ª Edición. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2022. p. 547.

<sup>6</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal. [Consultada el 14 de marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Guia\\_practica\\_acuerdos\\_colusorios\\_25\\_01\\_2016.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_practica_acuerdos_colusorios_25_01_2016.pdf)

<sup>7</sup> JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando. Op. cit., pp. 18 a 24.

<sup>8</sup> Estas referencias coinciden con lo señalado por la jurisprudencia; por ejemplo, en las siguientes providencias: CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 2021. M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 25000-23-41-000-2013-00609-01; y CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 25000-23-24-000-2012-00790-01. Allí

El *primero* implica que, para que exista un «acuerdo colusorio», debe haber por lo menos dos operadores económicos o empresarios pertenecientes a distintos grupos empresariales, que pacten o concierten –sin formalidades exigidas– la actuación de los participantes en el mercado. Como ejemplo, se mencionan los carteles, que son acuerdos secretos entre dos o más competidores, en relación con el precio y la cuota de producción, de venta o de reparto de mercados, o incluso con la restricción de importaciones o exportaciones. El *segundo* requisito supone que los agentes renuncien a su autonomía y no compitan entre sí, sino que opten por aliarse y crear una única voluntad. El *tercero* se refiere a la anulación o restricción de la competencia en el mercado, de ahí que solo sería prohibido el acuerdo que efectivamente afecte o pueda afectar el sistema de competencia. «En este sentido, para que se incurra en el ilícito concurrencial, basta con que se realice la concertación y que esta pueda llegar a afectar el sistema competitivo, incluso en aquellos casos en los cuales no se ha producido aún el efecto restrictivo de la competencia»<sup>9</sup>.

Así las cosas, puede concluirse que un «acuerdo colusorio» supone una práctica concertada entre dos o más personas, cuyo propósito consiste en defraudar un procedimiento competitivo, afectar la libertad de competencia y manipular las oportunidades de los participantes. Por lo tanto, el «derecho de la competencia» se ocupa de erradicarla, sirviéndose de la potestad sancionatoria del Estado.

## **2. «Acuerdos colusorios» en el procedimiento de selección: un análisis sobre la suficiencia para declarar desierto el procedimiento de selección**

Como premisa inicial se sostiene que una misma conducta puede tener varios efectos, y que este caso no supone una excepción. Por un lado, para la Superintendencia de Industria y Comercio, el «acuerdo colusorio», además de ser un comportamiento que afecta a los interesados que no participan en el acuerdo colusorio y al mercado en general, hace parte de los supuestos fácticos para la imposición de multas, conforme a los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2006<sup>10</sup>.

---

se indica que para que exista «acuerdo colusorio» es necesario que concurra la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia –lo que se traduce en la voluntad o consenso de las partes de llevar a cabo una conducta contraria a la libre competencia– y una pluralidad de empresas.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal. [Consultada el 14 de marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Guia\\_practica\\_acuerdos\\_colusorios\\_25\\_01\\_2016.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_practica_acuerdos_colusorios_25_01_2016.pdf)

La *primera* disposición incluye una multa hasta por la suma de cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes –en adelante, SMLVM– a la *persona jurídica* que viole cualquier disposición sobre protección de la competencia, incluyendo la omisión de acatar las solicitudes de información, órdenes e instrucciones, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial, las derivadas de su aprobación condicionada o la terminación de una investigación por aceptación de garantías; mientras que la *segunda* se dirige a la *persona natural* que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia –entre las cuales se encuentran los «acuerdos colusorios»– e incluye multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) SMLVM.

Por su parte, el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 tipifica estos «acuerdos», asignándoles consecuencias no solo patrimoniales y sancionatorias, sino también penales. Señala que quien se «concierte» con otro para alterar ilícitamente el procedimiento contractual, podría incurrir en prisión de seis a doce años y multa de doscientos a mil SMLMV e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho años. Solo existirían beneficios si ocupa la condición de «delator» o «clemente», dando lugar a la reducción de la pena, de la multa y de la una inhabilidad para contratar.

La cantidad de consecuencias negativas ante la ocurrencia de este tipo de acuerdos responde al esfuerzo estatal de combatir conductas que afecten el funcionamiento del mercado de la compra pública. Según lo plantean Ismael Beltrán Pardo, Aura María García y Ana María Pérez el gasto público es el instrumento con el cual el Estado cumple su función de promover el desarrollo económico y social, esto es, es la herramienta para materializar condiciones más beneficiosas en áreas como la infraestructura, la salud, la educación y el saneamiento ambiental, entre otras; de ahí que se justifique su preocupación por erradicar el fenómeno<sup>11</sup>.

En relación con las consecuencias, a continuación se discute si existen, en el marco de la etapa precontractual de la licitación pública, efectos de relevancia semejante, detectados con anterioridad a la adjudicación del contrato. Concretamente se analiza si su configuración en un procedimiento de selección es causal para declararlo desierto, o si solo da lugar a los efectos patrimoniales, disciplinarios y penales referidos previamente, que en principio no afectan la elección del contratista –sin tener en cuenta las consecuencias obvias de la inhabilidad que se configuraría–.

---

<sup>11</sup> MELO RODRÍGUEZ, Francisco. Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019. p. 143.

Sin duda, los efectos económicos de estos acuerdos son considerables y, como se ha referido, afectan el mercado. Según Emilio José Archila y Camilo Pabón, en los pliegos de condiciones posteriores a la Ley 80, las entidades incluían como causal de declaratoria de desierto del procedimiento a las maniobras o acuerdos de los proponentes que fueran perjudiciales para la Administración. Incluso mencionan como antecedente de esta práctica lo que ocurrió en vigencia del Decreto Ley 222 de 1983. Según indican, por ejemplo, el Concejo Distrital de Bogotá, en virtud de su autonomía territorial, agregó una sexta causal de declaratoria de desierto –distinta a las cinco que originalmente traía el artículo 42 del entonces estatuto–, que ocurrían cuando se descubrían acuerdos o maniobras perjudiciales para la Administración por parte de los proponentes<sup>12</sup>.

Actualmente, y a diferencia de los estatutos contractuales anteriores, el artículo 25, numeral 18, referido al «principio de economía» de la Ley 80 de 1993 señala que la «declaratoria de desierto» solo procede por motivos o causas que impidan la *escogencia objetiva* del contratista. De ese modo, existe una única causal para que ocurra –facultad reglada en su procedencia–, consistente en la afectación de la «objetividad». No obstante, la abstracción del concepto –«objetividad», y la posibilidad de que se encuentre más de una solución correcta– permite la *discrecionalidad* de la entidad al determinar, precisar, delimitar o ampliar su alcance.

En ese sentido, se sugiere entender que cuando la ley dispuso que la declaratoria de desierto ocurre con la afectación de la «selección objetiva» no enunció un único escenario, sino que trazó un parámetro para definir la inclusión de cualquier otro, esto es, la medida interpretativa que permite que existan causales por circunstancias que, efectivamente, materialicen la afectación de la objetividad. En esos términos, para validar si existe una razón para que el procedimiento se declare desierto se tendrá que justificar y motivar cómo *impide* –es decir, imposibilita– la escogencia objetiva. No basta con que se exponga un supuesto que afecte el mercado –y quizá altere la igualdad, la libertad de concurrencia, la competencia y la eficacia de la elección–, sino que se requiere que lo ocurrido *impida* la objetividad de la escogencia.

En atención a lo expuesto se considera que la existencia, pura y simple, de un «acuerdo colusorio» no es elemento suficiente para que el procedimiento se declare desierto, en tanto se requiere que esta situación *impida* objetivamente la

---

<sup>12</sup> ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José *et al.* Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas. En: Con-texto. Revista de derecho y economía. No. 38. 22 de octubre de 2012. En palabras de los autores: «[...] Entonces, por primera vez aparecía en un estatuto de contratación pública expresamente la prohibición de adjudicar un contrato que fuera el resultado de un acuerdo o maniobra fraudulenta o colusoria».

elección del contratista. En otros términos: no es suficiente que exista el «pacto colusorio», sino que es necesario que se derive la imposibilidad de una selección objetiva.

En el mismo sentido, para Archila y Pabón, actualmente una entidad puede declarar desierto un procedimiento de selección si advierte colusión, pero siempre y cuando se pruebe que existe un acuerdo que impida o imposibilite una escogencia objetiva. De lo contrario, los autores sugieren que la entidad opte por establecer esta circunstancia como una causal de rechazo en el pliego de condiciones<sup>13</sup>. Su propuesta no resulta contraria al ordenamiento jurídico, en la medida en que sería el resultado del esfuerzo de la Administración para erradicar esta conducta de la contratación del Estado, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, lo significativo que representan los recursos públicos para el producto interno bruto del país. Siempre y cuando no se incurra en un ilícito, no se estaría afectando algún derecho de participación.

Piénsese que, por ejemplo, en un procedimiento de selección se presenten varias ofertas, y tres de ellas provengan de personas que se concertaron previamente para establecer ofrecimientos económicos manipulados y, en consecuencia, definir quién sería el ganador. Hasta este punto ya existiría un «acuerdo colusorio»; sin embargo, puede ocurrir que, de un lado, efectivamente la oferta presentada responda a las dinámicas del mercado y a la necesidad de la entidad, en cuyo caso no existiría una imposibilidad para elegirla; o, por otro, que ni siquiera con el intento de crear un escenario de fraude quienes presentaron oferta estuvieron en la lista de habilitados –en cuyo caso se estaría ante un supuesto donde se presenta un acuerdo colusorio entre varias ofertas que ni siquiera podían ser ganadoras–; o si bien participaron, sus ofertas no ocuparon los primeros lugares. En este escenario, pese a existir colusión, no hubo una afectación real a las condiciones del procedimiento de selección, y mucho menos a la objetividad al escoger la oferta ganadora.

Ahora, si se concluye que el acuerdo colusorio sí impidió la escogencia objetiva, porque la manipulación del procedimiento evitó que se eligiera el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, el operador jurídico enfrentaría una circunstancia procedimental compleja, en la medida en que no es claro si se requiere que la conducta «colusoria» o «restrictiva de la competencia» sea declarada por la Superintendencia de Industria y Comercio antes de que surta alguno de los efectos señalados, o si basta con que concurren las circunstancias materiales de hecho para que la entidad tome la decisión de desestimar el ofrecimiento y, en ausencia de otra oferta, declarar desierto el procedimiento.

---

<sup>13</sup> Ibid.

Se discute, por tanto, si es posible que se configure una «prejudicialidad», es decir, que la entidad estatal, directora del procedimiento, no pueda tomar una decisión hasta tanto exista decisión de la Superintendencia descartando o declarando la existencia del acuerdo colusorio. Si fuera el caso, la decisión de la entidad dependería del procedimiento administrativo de la SIC. Aun cuando se reconoce la autoridad de la superintendencia, como órgano encargado de vigilar la libre competencia, se considera que la decisión de declarar desierto un procedimiento le pertenece al ordenador del gasto, es decir, a la entidad, que deberá fundamentar su decisión para evitar que, en un futuro, y ante una declaratoria contraria de la SIC, prosperen las eventuales pretensiones judiciales que se adelanten contra el acto administrativo que rechazó la oferta o declaró desierto el procedimiento.

Reconociendo la complejidad del asunto, se considera apropiado que la entidad establezca parámetros para detectar estos acuerdos en sus procedimientos de selección. De esta forma, sin necesidad de que se surta un procedimiento administrativo –que lógicamente resultaría dispendioso– podría definirse como una causal de rechazo que, en ausencia de otra oferta, daría lugar a la declaratoria. En ese sentido, no existiría una usurpación de competencias entre la entidad y la SIC, en la medida en que esta conservaría la posibilidad de iniciar el procedimiento administrativo, imponer multas e incluso remitir al juez penal, sin que ello influya para declarar desierta la licitación.

## Bibliografía

### **Doctrina**

DE LA CALLE, José Miguel. Tratado general de libre competencia. Análisis jurídico y económico. 1ª Edición. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2022. 1090 p.

ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José *et all.* Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas. En: Con-texto. Revista de derecho y economía. No. 38. 22 de octubre de 2012.

JIMÉNEZ VALDERRAMA, Fernando. Derecho de la competencia. 1ª Edición. Bogotá: Editorial Legis, 2019. 204 p.

MELO RODRÍGUEZ, Francisco. Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 294 p.

## ***Jurisprudencia***

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 2021. M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Rad. 25000-23-41-000-2013-00609-01.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 25000-23-24-000-2012-00790-01.

## ***Cibergrafía***

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal. [Consultada el 14 de marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Guia\\_practica\\_acuerdos\\_colusorios\\_25\\_01\\_2016.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_practica_acuerdos_colusorios_25_01_2016.pdf)

