

Editorial

¿Era necesaria la criminalización de los acuerdos colusorios?

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
earchila@uexternado.edu.co

Dada la coyuntura en la contratación pública –particularmente en el Distrito Capital– se promulgó la Ley 1474 de 2011, que tipificó como delito los “acuerdos restrictivos de la competencia”. Esta novedad dentro de nuestro derecho penal económico, sin embargo, no era necesaria ni tampoco será la solución para perseguir la colusión en los procesos de contratación.

Con ocasión de los fenómenos de colusión en la contratación pública (particularmente el denominado “carrusel de la contratación” en el Distrito Capital y los múltiples descubrimientos a nivel nacional sobre maniobras fraudulentas en los procesos de selección objetiva), se promovió al interior del Congreso la criminalización de estos comportamientos anticompetitivos, que como resultado arrojó el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, a continuación manifiesto mi entendimiento de por qué era innecesario hacerlo, ese no era el enfoque de solución al problema y no es clara la correlación entre el delito y la contravención administrativa.

1. No era necesario, porque desde tiempos remotos existe un tipo penal que re-

procha las maniobras teatrales y engañosas para defraudar a un tercero: La estafa. Dice el tipo que será delito obtener “provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños”. Al respecto, la colusión contraría las normas de contratación estatal, para obtener un provecho ilícito simulando una situación de libre competencia. Entonces, ya existía un tipo penal que por excelencia reprocha “el teatro, la escena, el ardid, la quimera, la fantasía, la imaginación, el artificio, el engaño engendrado por el artificio del agente”, en perjuicio de un tercero –el contratante–, en concurso con el ‘concierto para delinquir’ que caracteriza a un acuerdo de esta naturaleza. Por lo tanto, la solución al problema no estaba en crear un nuevo tipo penal.

2. En línea con lo anterior, la solución a la perversa realidad es otra: La persecución de la conducta. ¿Existe suficiente personal con funciones de policía judicial, para levantar evidencias materiales de las conductas, interrogar y entrevistar, o incluso capturar a los presuntos autores? La respuesta es afirmativa: Resulta válido recordar que “policía judicial” no es sólo el CTI y la Policía Nacio-

nal, sino que todos los órganos de control y vigilancia (y particularmente la Superintendencia de Industria y Comercio) tienen funciones de policía judicial, por lo cual es obligatorio que cuando tengan conocimiento de alguna presunta conducta delictiva, pongan en conocimiento de la Fiscalía los hechos y toda la actividad que como policía judicial hayan desarrollado. No es muy claro que esta Superintendencia hoy tenga vinculada su actividad con la Fiscalía, para generar mayor persecución de esas conductas.

3. Si lo anterior fuera poco, enuncio algunos interrogantes sobre la operatividad del nuevo tipo penal: Se tipificó como delito la colusión dentro de la "licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso". Dada la interpretación estricta y restrictiva de la ley penal, ¿se entiende que está incluido el reproche a conductas dentro de procesos de contratación directa, o de mínima cuantía? Otro tanto ocurre sobre la correlación punitiva entre el delito y la contravención administrativa: Si un empresario acude como delator ante la Superintendencia de Industria y Comercio esto le puede significar hasta la rebaja total de la multa

administrativa, pero no le garantiza que la Fiscalía le dará beneficio alguno (particularmente que no le privarán de su libertad). Por el contrario, si primero acude como delator ante la Fiscalía podrá optar por el 'principio de oportunidad' por "colaborar eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros", y así garantiza que no le privarán su libertad ni le impondrán la multa propia del tipo penal, sin perjuicio de lo que ocurra ante la Superintendencia. ¿Qué pasará si el primer delator ante la Fiscalía es diferente al primer delator ante la Superintendencia? ¿Qué pasará si la Superintendencia acepta garantías de los investigados, pero el empresario sigue expuesto a la pena prevista en el tipo penal?

No es claro entonces el tratamiento y la correlación que se dará entre una y otra actuación, sin perjuicio de lo cual reitero que la estafa ya sanciona la simulación de libre competencia, que la Fiscalía es superior funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio y que deben actuar de la mano, para garantizar un tratamiento justo a los investigados por una misma conducta.