

UNA APROXIMACIÓN AL TIPO PENAL DE LOS ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

*David Leonardo Pardo Pardo**

Introducción: El presente artículo tiene como objetivo hacer un acercamiento somero al delito de los acuerdos restrictivos de la competencia, con el fin de aportar herramientas útiles para cualquier operador jurídico, estudiante o docente que se vea abocado a tratar este delito; pero no solo eso, dado que las posturas acá defendidas no son absolutas, pues lo que se busca también es generar discusiones que nos lleven a un adecuado tratamiento de esta y otras conductas punibles con rasgos similares, es decir, los llamados delitos económicos.

Palabras clave: Acuerdos restrictivos de la competencia; Economía social de mercado; Colusión; Conducta pluriofensiva; Tipo penal en blanco; Delito de acción; Delito de mera conducta; Ejecución continuada; Delito de peligro.

AN APPROACH TO THE CRIMINAL DEFINITION OF THE RESTRICTIVE AGREEMENTS OF COMPETITION

Abstract: This article has as its purpose to make a brief approach to the 'restrictive agreements of competition' felony, in order to provide useful

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. Correo-e: leonardo92_40@hotmail.com. Fecha de recepción: 16 de enero de 2018. Fecha de aceptación: marzo de 2019. Para citar el artículo: DAVID LEONARDO PARDO PARDO. "Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia", *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 39, n.º 106, enero-junio de 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 103-144. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.04>

tools facility to professionals of law, students and teachers who get involved with the treatment of that conduct; however, that's not all, since the defended positions in this article are not absolute, the desire is to generate discussions which take us to a correct dealing of this, and a variety of similar punishable conducts, which are, economic crimes.

Keywords: Restrictive Agreements of Competition; Social Market Economy; Collusion; Multi-Offensive Conduct; Criminal Offense Which is Defined in Another Law; Positive Act Crime; Crime of Just Action; Continuous Performance Crime; Crime Of Endangerment.

PRECISIONES INICIALES

Para acercarse al contenido del artículo 410-A del Código Penal colombiano¹ es necesario poner de presente que, al menos en el caso colombiano, la regulación de los hechos allí descritos, por parte del Derecho Penal, es relativamente reciente. Es por este motivo que se trata de un caso de accesoriedad de este, respecto del Derecho Administrativo (en específico, la rama referente a la contratación estatal) y del Derecho Comercial (en este caso, principalmente la disciplina conocida como el Derecho de la Competencia).

Si ello es así, se debe tener en cuenta que las otras ramas, más especializadas en su propia área de conocimiento, están llamadas, necesariamente, a aportar elementos que hagan más claro e inteligible el contenido normativo del tipo penal, pero también aportan elementos sustanciales y herramientas que debería usar el juzgador penal a fin de tomar decisiones que se compaginen con nociones de justicia material y esta como la procedente de una comparación entre lo fáctico y lo jurídico que realmente se corresponda; nociones propias de un Estado Social de Derecho, hijo de la ilustración y defensor de las garantías inherentes al Derecho Penal moderno.

En ese sentido, acá se traen a colación elementos del Derecho de la Competencia que, dado lo corto y concreto de este trabajo, aun siendo consideraciones meramente descriptivas, sí deben ser tenidas en cuenta a la hora de guiar un buen análisis jurídico-penal.

El Derecho de la Competencia se encarga de regular y estudiar todos los actos que pueden afectar la competencia en el marco de un modelo económico como el adoptado por Colombia en la llamada Constitución económica², que se conoce como una

1 Ley 599 de 2000.

2 Título XII de la Constitución Política de Colombia.

economía social de mercado³. Así pues, una economía que, además de ser social es de mercado, dependerá de una correcta competencia que desemboque en mayor eficiencia en el uso de los recursos para lograr beneficios para todos los que en ese mercado intervienen. En ese sentido, más importante que una correcta competencia será el que la misma competencia se dé materialmente: toda aquella actividad que pretenda restringir la posibilidad del juego competitivo en un marco económico, debe ser erradicada.

Dichas actividades se conocen como las *prácticas restrictivas de la competencia* y una manera en que la competencia se puede ver restringida cuando, quienes se pretendían competidores entre sí, se abstienen de hacerlo y, en su lugar, *acuerdan* no competir. En términos propios del Derecho de la Competencia, esos acuerdos restrictivos pueden recaer sobre cualquier actividad mercantil que deba, en principio, desarrollarse de manera competitiva.

Ahora bien, ese es el *nomen juris* dado por el legislador al delito que se estudia en este artículo. De esta manera, debe hacerse la primera acotación: en materia penal, estos acuerdos se refieren exclusivamente a aquellos que se dan para evitar cualquier competencia en procesos de selección contractual llevados a cabo por las entidades públicas, es decir, procesos que *per se* deben ser competitivos con el fin de formar la voluntad de la administración en el momento de elegir su contraparte en un futuro contrato.

En este punto se hace necesario hacer referencia al contrato como instrumento jurídico por excelencia para regular relaciones entre los diferentes sujetos de derecho, no solo a nivel civil y comercial, sino también a nivel público, como es el caso del contrato estatal. Tipología contractual esta que se caracteriza porque una de sus partes es calificada –el Estado– y porque esta forma su voluntad como consecuencia de haber llevado a cabo un proceso de selección, de acuerdo con una serie de reglas y principios existentes en el ordenamiento para así poder cumplir con los fines que el mismo ordenamiento le ha asignado.

3 Explicado ampliamente en distintas oportunidades por la Corte Constitucional como en la Sentencia de Constitucionalidad C-197 del 14 de marzo de 2012. El Alto Tribunal Constitucional, en esta providencia, con ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sostuvo que “La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de *economía social de mercado* en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales)”. Y en el mismo sentido Sentencias C-228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-263 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-263 de 2013 M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; C-865 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Resulta importante destacar que en materia de los contratos con el Estado, sin importar si en virtud de mandato legal se deben regir por el Derecho privado o por el Derecho público, de todas formas siempre tienen que respetarse los principios de la contratación pública, tendientes a lograr mayor objetividad, mayor eficiencia de los recursos, evitar la arbitrariedad, entre otros fines. Algunos de esos fines se encuentran expresamente previstos en el Derecho positivo regulatorio de la contratación estatal, algunos de ellos son el del interés general, el de la escogencia objetiva, el de la responsabilidad, el de la economía, entre otros más⁴.

Es allí donde se encuentra el delito que se estudia: donde violando lo que dictan las mejores disposiciones mercantiles, se da un acuerdo cuyo objeto es el de restringir la competencia, pero no cualquier tipo de competencia, sino que la misma estaba, antes del acuerdo penalmente censurado, dirigida a formar la voluntad de la administración, llevándola a elegir un oferente para llevar a cabo el contrato estatal de que se trate y cumplir así, con los fines que se le han asignado en el tráfico jurídico.

I. BIEN JURÍDICO QUE SE PROTEGE CON LA TIPIFICACIÓN DE LOS “ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA”

Como ya se ha dicho, no es este el escenario ideal para abordar una cuestión que tiene a la más alta doctrina penal enfrentada en la actualidad: dilucidar si la función que el Derecho Penal debe cumplir al interior de la sociedad es la protección de bienes jurídicos o de expectativas normativas.

Al respecto, simplemente se anota que, en virtud de estar avalado por la doctrina nacional colombiana, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por ser el norte con el que el legislador ha redactado el Código Penal (contentivo del artículo 410-A), se toma postura a favor de la protección de bienes jurídicos como función que debe cumplir el Derecho Penal en favor de la sociedad. Aunado a lo anterior se toma como base una de las finalidades que cumplen los bienes jurídicos, cual es la de ser crítica con el sistema penal y con la labor del legislador, no acá para decir que el delito *sub examine* no debería existir, sino, más bien, con el fin de decir que estaría ubicado de manera más correcta como protector, de manera prevalente, del orden económico y social, vía protección de la competencia en el marco de un modelo de economía social de mercado como interés constitucionalmente legítimo, válido e incluso, necesario⁵.

4 Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos de Celebración Indevida de Contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000, pp. 58-61.

5 Esta discusión sí se abordó con más alto grado de profundidad y teniendo en cuenta los argumentos de una y otra postura en la tesis ya referida. Cfr. PARDO PARDO, *op. cit.* *Consagración de los acuerdos restrictivos...* pp. 34-63. Además y para mayor conocimiento al respecto, vid. Abanto Vásquez, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: *Revista Penal*. n.º 18 (segundo semestre, 2006),

Así las cosas, si se tiene como válida la postura según la cual la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos⁶, lo lógico antes de abordar el estudio de un delito es preguntarse ¿cuál bien jurídico se protege con la sanción penal de una determinada conducta? Pues bien, en el caso de los acuerdos restrictivos de la competencia podría asumirse que, al encontrarse inmerso en el Título xv⁷ del Libro Segundo (parte especial) del Código Penal, lo que se pretende (al menos, por parte del legislador) será proteger la Administración Pública, como condición necesaria para una convivencia pacífica. Sin embargo, dada la accesoriedad del Derecho Penal –en esta materia– con respecto a las mejores posturas que aportan tanto el Derecho Comercial, como el Derecho Administrativo, se propone acá que lo que primordialmente

pp. 3-44. ISSN 1138-9168 (España) [revisado en 10 de enero de 2018] Disponible en Dialnet.: BERNATE OCHOA, FRANCISCO. El sistema penal debe constituirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado: ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo?. En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 7 n.º 1 (enero – junio, 2005) p. 135. ISSN 0124-0579. Disponible en Dialnet: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10456>> Artículo disponible [en línea] en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2314914>> [revisado en 10 de enero de 2018]; MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO y PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal: Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá, 2006; MÜSSIG, BERND. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época. n.º 9 (primer semestre, 2002). ISSN 1132-9955 (España) [revisado en 10 de enero de 2018] Disponible en Dialnet, pp. 169-210; y ROXIN, CLAUDIUS. ¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal? En: *Problemas actuales del funcionalismo*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía. Bogotá: 2005, pp. 65-81, entre muchos otros.

- 6 Teniendo los mismos como punto común (a efectos de saber, en el presente escrito, a qué se está haciendo referencia) al que hacen alusión los distintos autores en materia jurídico-penal –a pesar de la limitación a los conceptos que impone su definición–, se tomará el siguiente: *los bienes jurídicos son las condiciones, intereses o bienes necesarios para una convivencia pacífica y que se concretan* (es decir, se sabe cuáles son esos intereses o condiciones), *según cada determinado ordenamiento los define*. Es por ello que si el fundamento (para algunos autores) del Derecho Penal, y la posibilidad que tiene el mismo de catalogar determinadas acciones como delictivas, está en el bien jurídico que se debe proteger, el mismo se fundamenta a su vez en el tipo de sociedad que los eleva a tal rango. Así, por ejemplo, un Estado Social y Democrático de Derecho tendrá, indefectiblemente, que ser protector de la vida y la dignidad humana como factores necesarios para garantizar una convivencia pacífica en el desarrollo de las relaciones que tienen lugar entre los asociados; además, deberá proteger una Economía Social de Mercado o una Administración Pública que cumpla eficientemente sus fines. Esta definición se construyó como punto coincidente entre distintas posturas. Cfr. ABANTO, *op. cit. Acerca de la teoría...* pp. 3-5; Barbosa Castillo, Gerardo y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996, p. 38; GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2001, pp. 146 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. 4 ed. Corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. Reppertol S.L. Barcelona, 1996, p. 66, Universidad de Navarra. Crimina 3.4. Glosario. Bien jurídico [En línea]. Disponible en: <<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>> [revisado en 10 de enero de 2018]. Todo ello en: PARDO PARDO, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...*, p. 41.
- 7 De los delitos contra la Administración Pública.

se protege al consagrarse un delito como este es el orden económico y social y más específicamente, la competencia en una economía social de mercado.

A. CONDUCTA PLURIOFENSIVA

Si la simple existencia de la duda que se ha planteado es válida, puede afirmarse sin miramientos que se trata de una conducta pluriofensiva, pues cuando dos o más oferentes invitados a competir para que el mejor postor logre la adjudicación de un contrato estatal, no compiten por esa adjudicación⁸ pueden verse comprometidos los principios llamados a regular la actividad contractual del Estado y, de esta manera, afectar el buen funcionamiento de la Administración Pública; no obstante, por otro lado, con esta conducta puede afectarse la libre competencia, afectando así el modelo económico mismo sobre el cual se sostiene el desarrollo de esta nación y de contera, generando perjuicios para el Estado como supremo director de la economía, para los consumidores (vistos, en este caso, desde la óptica de la entidad pública que habrá de consumir el bien o servicio objeto del futuro contrato, como también a los administrados que deberían verse beneficiados con la ejecución del mismo), y para otros competidores que en ese momento no se encontraban coluidos, pues un acuerdo de esa naturaleza tiene la potencialidad de reducir sus probabilidades de resultar adjudicatarios del contrato, de manera totalmente injustificada, por ser ellos competidores en franca lid.

Si se tuvieran en cuenta los diferentes estudios que de esta conducta se han hecho desde la óptica del Derecho de la Competencia⁹, así como usando el Derecho comparado para analizar la tipificación de esta o similares conductas en otros ordenamientos¹⁰

8 Que es, en últimas, en lo que consiste la conducta punible que se pretende analizar.

9 Vid. GALVIS QUINTERO, DEISY. La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. En: *Revista Universitas*. n.º 132. (enero - junio, 2016) pp. 133-196. ISSN digital: 2011-1711. (Bogotá, Colombia) [Revisado en 10 de enero de 2018]. Disponible [en línea] en: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view-File/16568/13669>>

10 Se rescatan, a modo de simples ejemplos, en primer lugar, el párrafo 298 del *Strafgesetzbuch*, según el cual se sanciona no el acuerdo en sí, sino la presentación de una oferta que esté basada o motivada en un acuerdo de este tipo y que pretenda deformar la voluntad de la entidad organizadora del proceso competitivo. Es un delito consagrado en el vigesimosexto título ('hechos punibles contra la competencia) y además no admite tentativa. Cfr. *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán) López Díaz, Claudia. *Código Penal Alemán*: Traducción. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999, p. 308. Lo vetusto de esta traducción hecha directamente del alemán al español no es obstáculo para su plena aplicación vigente, pues se comparó esa traducción con la traducción hecha del alemán al inglés en <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/> [en línea] [revisado en 10 de enero de 2017], que es una página del gobierno alemán y en la que se encuentra que su contenido no ha cambiado. En el caso de Canadá (con la Competition Act), se considera este tipo de actos colusorios o 'Bid-Rigging' se consideran como delitos en relación con la competencia, según su artículo 45. Cfr. Competition Bureau. *Bid-Rigging*. [En Línea] Disponible en: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03152.html>> [Revisado en 10 de enero de 2018]. En igual sentido, la FTC de Estados Unidos explica el alcance de la Sherman Act, como ley que

donde ha sido regulada anteriormente (y con mejor criterio, en muchos casos), puede llegarse a la conclusión de que material y correctamente esta conducta afecta de manera prevalente la economía social de mercado y, en ese sentido, asalta la duda al intérprete sobre la corrección de la labor adelantada por el legislador.

Lo hasta acá propuesto constata que se trata de una conducta pluriofensiva dado que, por un lado, afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en el entendido de que al deformarse por parte de terceros la voluntad que debe formar la entidad contratante, se afectarán los fines que la misma persigue cuando adelanta cualquier proceso competitivo con el objetivo de escoger al mejor contratista y así racionalizar los recursos que se suponen escasos o limitados. En segundo lugar, también se afecta la economía nacional al interferir con la competencia que debe reinar en el marco de una economía de mercado, economía que supone el desarrollo mismo de una nación en los términos en que está instituida en la llamada Constitución económica.

En ese sentido, lo que se debe analizar es cuál es el bien jurídico que prevalece, a efectos de determinar que la conducta típica es, también, antijurídica, por ello es que para Barbosa y Gómez Pavajeau, desde la vigencia del Código Penal anterior, pero con plena aplicabilidad actual:

La doctrina nacional admite mayoritariamente que el contenido material de la antijuridicidad radica en la ofensividad de las conductas típicas, medida en función del bien jurídico; por esta razón el principio consagrado en el artículo 4° del Código Penal se denomina ordinariamente “principio de la antijuridicidad material.

Aun cuando normativamente no existe duda en cuanto a que la ausencia de lesión o puesta en peligro de los bienes tutelados excluye, en el Derecho colombiano, la punición de los comportamientos típicos (...)»¹¹.

regula la competencia y proscribire tanto los acuerdos colusorios como los demás que restringen la competencia, dándole atribuciones al Departamento de Justicia para que persiga estas conductas penalmente con severas sanciones tanto para las personas naturales, como para las empresas que resultan favorecidas por estos hechos. Cfr. FTC. *The Antitrust Laws*. [En línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> [Revisado en 10 de enero de 2018]. En el caso del Perú, se tenía hasta antes de junio de 2008 en el artículo 232, se sancionaba el ‘abuso de poder económico’, en el cual, entre otros hechos, se sancionaban los acuerdos restrictivos de la competencia de todo tipo (no solo los colusorios) como hecho atentatorio del orden económico. Debe aclararse que siempre ha existido un delito de colusión y que es atentatorio de la Administración Pública, pero el mismo difiere del que se estudia, pues consiste en que un acuerdo de similar naturaleza, tiene como parte del mismo al servidor público que cohonesta con dicha conducta. Así mismo y sin mayor explicación se refiere, para quien se interese en esta temática, el artículo 262 del Código Penal Español, que también prevé sanción para la empresa a la que representa el autor del delito, de conformidad con la Ley Orgánica 05 de 2010.

11 BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, *op. cit.*, *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales*, p. 108.

En ese sentido, saber cuál bien jurídico es el prevalente tiene un hondo calado de cara a saber cuándo puede tenerse como antijurídica una conducta, puesto que la barrera de análisis a partir de la cual se puede afirmar que el comportamiento a estudiar es injusto, variará en función del bien jurídico que se protege primordialmente con un tipo penal, por ello se analizan las dos perspectivas: el estado actual de la cuestión según se estatuyó en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011^[12], es decir, la que se encuentra en el actual artículo 410-A del Código Penal; y también la que acá se propone y es que, aun teniendo exactamente la misma conducta, estaría tipificada con mayor corrección en el Título X del Libro Segundo (parte especial) del Código Penal, es decir, en los delitos contra el orden económico y social, como se viene proponiendo.

B. BIEN JURÍDICO QUE PREVALECE SEGÚN EL LEGISLADOR

Como se ha dicho con anterioridad, para el legislador del año 2011, cuando promulgó el estatuto anticorrupción, se dictaron una serie de medidas de distinta índole para hacer frente a la corrupción tanto en el ámbito público como privado, algunas de esas medidas fueron de orden penal y consistentes, al menos en el caso que nos atañe, en la tipificación de nuevas conductas con sanciones penales. En su sentir, una conducta como la de los acuerdos restrictivos de la competencia ataca directa y primordialmente a la Administración Pública vía celebración indebida de contratos públicos. Es así como debe hacerse un acercamiento somero a lo que significa el bien jurídico de la Administración Pública y a lo que se pretende proteger con las conductas que forman el capítulo de la celebración indebida de contratos.

1. Del bien jurídico de la Administración Pública

A efectos de lo que debe entenderse –desde una perspectiva penal– por Administración Pública, se trae a colación lo expuesto por Pabón Parra, quien sostiene que:

... este título pretende *compendiar las conductas que en forma genérica lesionan o amenazan el adecuado desarrollo de la actividad estatal.*

Atentan contra la dinámica del Estado *las conductas que enturbian, alteran, obstaculizan o impiden el normal funcionamiento de los órganos del poder público.*

En sentido lato mientras los títulos XVII¹³ y XVIII¹⁴ de la parte especial del Código protegen (...) el ser del Estado, *el título XV protege (...) el actuar del Estado,*

12 Estatuto anticorrupción.

13 Delitos Contra la Existencia y Seguridad del Estado.

14 Delitos Contra el Régimen Constitucional y Legal.

su dinámica, sus relaciones intra e interorgánicas y su desenvolvimiento ante los asociados¹⁵ (destacado fuera del original).

Puede asumirse que prevalece un criterio funcional sobre un criterio orgánico de Administración Pública, se protege la buena marcha del Estado.

Esto es tanto como decir que las conductas que constituyen un obstáculo conscientemente causado para el correcto desarrollo de la actividad¹⁶ administrativa, son punibles precisamente por la importancia que tiene la misma de cara a todos los habitantes del territorio nacional, por los fines que persigue y que el ordenamiento previamente le ha asignado. Prevalece así un concepto funcional sobre uno orgánico de 'Administración Pública', lo que se quiere significar es que lo realmente importante para el derecho penal es el funcionamiento correcto de la Administración Pública, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y no las simples infracciones de deber por parte de quienes ostentan determinado cargo¹⁷.

Para efectos del presente trabajo, baste con identificar la Administración Pública más correctamente con la función pública, como objeto de protección penal, puesto que es un acercamiento muy superficial a este aspecto.

a. De la celebración indebida de contratos

Ahora bien, es necesario también tener claridad sobre la forma de afectación de la función pública, puesto que cada capítulo del Título XV muestra diferentes aspectos de la misma que son objeto más concreto de protección, es decir, no se afecta de la misma forma la Administración Pública cuando se comete un peculado y se afecta el erario, que cuando se comete un abuso de autoridad por parte de un servidor público. Lo mismo sucede con los delitos que forman parte del Capítulo IV, pues se afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, cuando no se le permite a la entidad estatal de que se trate, celebrar los contratos que necesita celebrar para cumplir sus objetivos, de la manera en que el mismo ordenamiento lo prevé.

15 PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Manual de Derecho Penal: Parte general – Parte especial*. 6 Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2002, p. 1.159.

16 Más precisamente función, como el conjunto de actividades propias de las autoridades de la República, dirigida a satisfacer las necesidades que previamente ha delimitado la normatividad, la misma que puede determinar la manera de hacerlo. Pardo Pardo, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...* Nota al pie n.º 144.

17 PARDO PARDO, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...* pp. 67-68. Donde se toma como base lo escrito por los autores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, citando ellos a distintos doctrinantes tanto internacionales (Ranieri, Manzini, Mir Puig O Cussac), Como Algunos Del Orden Nacional (Bernal Pinzón, Escobar López, Luis Carlos Pérez e incluso, Pacheco Osorio). En: GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Delitos contra la Administración Pública*. 2 Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004, pp. 54-55.

Sin entrar en mayores detalles, se suscribe la explicación que al respecto sostiene Diego Corredor, en los siguientes términos:

... el objeto jurídico que se protege en esta clase de ilícitos es la Administración Pública; más específicamente, *el objeto protegido se concreta en la transparencia, la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez que deben tener frente a la actividad de la contratación administrativa los servidores públicos y los particulares que atienden la invitación del Estado de contratar con él...*¹⁸ (destacado fuera del original).

Es decir, lo que se afecta finalmente sigue siendo la Administración Pública, pero las conductas tipificadas bajo este rubro solo serán antijurídicas en tanto se vulnere o ponga en peligro, entre otros, la transparencia que deben observar, en el específico caso del artículo 410-A los particulares llamados a contratar con el Estado.

Así las cosas, en el delito objeto de estudio, el mismo solo será antijurídico cuando la conducta entrañe un peligro cierto sobre el proceso precontractual, desviándolo¹⁹ de los fines para los que se organiza el mismo.

En sede de antijuridicidad debe tenerse en cuenta que solo se afecta el bien jurídico de la Administración Pública, cuando el acuerdo tiene tal entidad que puede llegar ciertamente a afectar el proceso competitivo sobre el que recae dicho acuerdo.

C. CRÍTICA PROPOSITIVA

Como ya se ha venido marcando a lo largo del presente acápite, se sostiene que el delito en cuestión, desde una perspectiva crítica, pero propositiva, estaría ubicado con mayor corrección en el Título X del Libro Segundo del Código Penal, es decir, como un delito que afecta prevalentemente el orden económico y social, vía afectar la competencia, como pilar fundamental del modelo económico por el que se ha optado en Colombia, según lo dispone la misma Constitución Política²⁰, en el sentido en que se viene sosteniendo a lo largo del presente artículo.

Así las cosas, resulta también necesario hacer una aproximación a este interés jurídico para, posteriormente, explicar los beneficios que se encuentran en una posible rectificación en el sentido que acá se propone.

18 CORREDOR BELTRÁN, DIEGO. *Celebración indebida de contratos*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p. 332.

19 La corrupción se entiende como desviación de unos fines anteriores hacia los fines que se propone el corrupto, hacia sus propios fines, así, cobra total sentido que este delito haya sido incluido en la legislación penal por medio del estatuto anticorrupción.

20 Título XII Superior, como se ha dicho previamente.

1. Del orden económico y social

Sea lo primero resaltar que la existencia de un bien jurídico tal como lo es el orden económico tiene un total soporte constitucional, de cara a la relevancia que entraña, para la convivencia pacífica en sociedad, una economía dinámica, saludable, limpia y correctamente ejercida por parte de todos los agentes económicos, pues es el motor mismo por el cual todos –incluso el Estado– adquieren bienes y servicios para satisfacción de sus necesidades. Como es lógico se debe proteger el mercado mismo, pero también la libre competencia, la libertad de empresa, la protección de la producción de bienes y servicios, el intercambio justo de recursos, los precios adecuados; entre otros aspectos que hacen que la economía sea tal como se describió en líneas precedentes.

Para efectos de lo que se debe desarrollar como los delitos que atentan contra el orden económico y social, es importante remitirse a los artículos 333 y siguientes de la Constitución, que consagran la libertad de empresa, la economía de mercado, la libre competencia, la prohibición de monopolios, la dirección de la economía nacional por parte del Estado, entre muchos otros valores que hacen de la nuestra una *economía social de mercado*, con todo lo que ello implica y como modelo que debe ser protegido por la legislación nacional. Éste plantea un armónico equilibrio que permita la colaboración, pero también la protección tanto de la iniciativa privada como de la intervención estatal, con el fin de lograr la satisfacción de necesidades para los asociados, en medio de productos que tienden la escasez, como propone la ciencia económica.

Finalmente, habrá que resaltar que las conductas que atentan contra este interés superior, desde el punto de vista penal, son los llamados delitos económicos que presentan especiales peculiaridades frente a la criminalidad tradicional, verbigracia, el tratarse de delitos de peligro y en blanco, con cualificación– así sea de facto –del sujeto activo, siempre con afectación al Estado, a los usuarios o consumidores y a otros empresarios con la ejecución de esas conductas, entre otros aspectos específicos²¹ (destacado fuera del original).

Para los autores Pinzón y Carrillo, basándose en la obra de Bajo Fernández, el orden económico es el objeto del Derecho Penal Económico, pues el Estado tiene interés en conservar la producción, guardando así el orden legal y cumpliendo con sus

21 PARDO PARDO, *op. cit.* *Consagración de los acuerdos restrictivos...* pp. 75-76. Basado en: CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL y RUIZ, CARMEN ELOÍSA. *Delitos contra el orden económico social*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 237-241.

tareas²². Coinciden los mentados autores²³, con otros como Buitrago y Monroy²⁴ en que el orden económico y social es la regulación jurídica de la intervención que hace el Estado en la economía, intervención que no solo está permitida, sino que es de obligatorio cumplimiento en el entendido de que la economía actual debe tener al Estado como su supremo director.

En tiempos recientes, asiste el mundo a un cambio en la criminalidad predominante, se trata de una criminalidad distinta a la que suele estudiarse por medio de las herramientas que ofrece el Derecho Penal tradicional. Es organizada, es planificada, atenta contra la economía nacional o contra el patrimonio y otros intereses jurídico-penalmente protegidos, con tal de obtener réditos particulares; puede, incluso, llegar a afectar el equilibrio económico por el que propende el Estado²⁵.

En este contexto, entendería la doctrina, primero que el tipo de “acuerdos restrictivos de la competencia” es un delito económico, pero no sólo eso, dado que hoy se acepta que existen múltiples delitos económicos que, precisamente por su hondo calado social son pluriofensivos y en esa medida pueden proteger prevalentemente otros bienes jurídicos.

En segundo orden, se podría aseverar entonces, que los acuerdos restrictivos de competencia, a pesar de que en su descripción se refieran únicamente a los acuerdos colusivos, lo cierto es que cuando se comete este delito, se podría asegurar que se está atentando contra la organización económica, se están afectando o poniendo en riesgo los principios del modelo económico adoptado por Colombia. En suma, se aceptaría que atentar cuando se comete esta conducta se afectaría la competencia²⁶ como pilar fundamental sobre el cual se sostiene la economía social de mercado²⁷.

22 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho Penal Económico aplicado a la Actividad Empresarial*. Madrid. Civitas. 1978, p. 36. Citado por: Pinzón Sánchez, Jorge y Carrillo Flórez, Fernando. *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Temis. Bogotá, 1985, p. 89.

23 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *La Constitución económica española y el derecho penal*. En: *Estudios de Derecho Penal*. Colección pequeño foro. Bogotá: 1983, p. 203. Citado por: PINZÓN y CARRILLO, *op. cit. Sector Financiero...*, p. 89.

24 Cfr. BUITRAGO RUIZ, ÁNGELA MARÍA y MONROY VICTORIA, WILLIAM. *Delitos contra el orden económico y social*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p. 721.

25 Piénsese en casos de hondo calado que no solo afectan a ciertas empresas, sino, incluso la balanza comercial de todo un sector económico y las transacciones transnacionales que se dan con plena naturalidad en un mundo globalizado. V.gr. el caso de Odebrecht y Siemens en distintos países.

26 Y con esta, la libertad de empresa, la libre concurrencia de los agentes económicos al mercado, los principios de oferta y demanda como principal patrón para fijar precios y calidad de productos y el libre mercado. PARDO PARDO, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...* Nota al pie n.º 171,

27 PARDO PARDO, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...* p. 77.

Así la crítica que se erige no recae sobre el hecho de no haber escogido todos los posibles acuerdos restrictivos de competencia²⁸ y solo haber tenido en cuenta los colusivos, ni la legitimidad misma de la existencia de este tipo penal, a pesar de que hubiera sido aconsejable, sin olvidar que esta consagración es expresión de la libertad de configuración en materia penal de que goza el legislador al momento de erigir nuevos tipos penales.

La crítica se esboza en el sentido ya propuesto y es que se comprueba, no solo con base en el Derecho Comparado o en disposiciones del Derecho de la Competencia, sino que material y primordialmente se afecta la libre competencia cuando se comete la conducta objeto del presente estudio y, en ese sentido, el modelo económico de economía social de mercado constitucionalmente establecido. Es decir, para saber si la conducta es contraria a Derecho (además de ser típica), se debería constatar primero su afectación a la libre competencia y, posteriormente, puede analizarse su afectación a la Administración Pública, esto por cuanto decidió el legislador que, de los múltiples acuerdos restrictivos de competencia, solo serían punibles aquellos que versaran sobre licitaciones públicas, selección abreviada o concurso²⁹, pero ello no constituye motivo suficiente para aceptar que el bien jurídico a ser protegido de manera prevalente por este delito sea la Administración Pública.

Aunado a lo anterior, una consagración del delito en la forma que se propone habilitaría al juez penal para aplicar racionios propios del Derecho de la Competencia³⁰,

28 Vid. Artículo 47 Decreto 2153 de 1992.

29 La omisión en este punto de la subasta no es casual, se corresponde con las disposiciones que sobre la materia se han dictado en términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (primordialmente Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 734 de 2012, Decreto 1082 de 2015) dado que se entiende, por medio de una interpretación sistemática, que la subasta es una modalidad específica de selección abreviada.

30 Sin importar que en la actualidad las autoridades nacionales en materia de prácticas restrictivas de la competencia (Consejo de Estado y Superintendencia de Industria y Comercio), no las hayan utilizado de manera apropiada o hayan explicado su procedencia, como lo retratan Tamayo Álvarez y Zárate Pérez. Cfr. Tamayo Álvarez, Rafael. Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso ANDEVIP y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia, 6 *Revista del Derecho de la Competencia*. n.º 6, 145-172, 167 (Bogotá, enero-diciembre 2010). Disponible: <www.javeriana.edu.co> <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-tamayo-alvarez.pdf>> [Revisado en 10 de enero de 2018]; ZÁRATE PÉREZ, ANÍBAL RAFAEL. *Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo. Prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos de fijación de precios*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero del 2010, expediente n.º 25000-23-24-000-2001-00364-01, en los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana, 410-418, 417-418 (Ospina Garzón, Andrés Fernando. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013) citados por: GALVIS QUINTERO, *op. cit. La colusión como una práctica...* nota: 37. En la que además se adhiere a dicha crítica que se ha hecho a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de la SIC, por no adecuar las conductas colusorias ni dar clara explicación sobre la procedencia de las reglas para resolver esos casos.

tales como la regla de la razón y la regla *per se*³¹; o el análisis entre los acuerdos ‘por objeto’ por diferencia de los ‘con efecto’³². Es decir, ofrecería al juez penal herramientas propias de otra rama, pero que se justifica su adecuada utilización de cara a la obligación que tienen de prodigar justicia material –que se compadezca con la realidad fáctica– a quienes están juzgando y ofreciendo mayores argumentos que sustenten la decisión –sea esta condenatoria o absolutoria–, que ha de tomar sobre la libertad de un infractor de la ley penal. No solo esto, sino que en materia de antijuridicidad material, el uso de este tipo de reglas permite al juez analizar la verdadera dañosidad que el acuerdo colusorio tendría para la sociedad. Daño que, se insiste, se concentra primordialmente en la afectación a la libre competencia y con ella al modelo económico por el que se propende desde la misma Constitución.

Téngase en cuenta que en Colombia se sanciona el acuerdo que realizan dos posibles oferentes; en ese entendido, un acuerdo anticompetitivo siempre afecta la libre concurrencia de los agentes económicos al mercado; no obstante, no todo acuerdo colusorio afecta, por existir, a la Administración Pública. Piénsese en el caso en que el acuerdo colusorio consiste únicamente, en que uno de los que se conciertan no se presentará al proceso precontractual de que se trate, en un país donde existe la libertad de empresa, de forma tal que esa acción no puede tenerse como punible, si además, los que sí se presentan lo hacen en franca lid, sin faltar a la verdad y sin incumplir requisito alguno y, por ello, la entidad contratante termina por elegir al mejor postor, materializando así los principios de la contratación pública. En este caso se ve cómo claramente el acuerdo, por existir, es una afectación a la libre competencia, pero no a la Administración Pública. Lo anterior no es más que la constatación de la falta de coherencia existente al interior del ordenamiento jurídico colombiano, puesto que

31 Para entender la diferencia entre estas tipologías de acuerdos y las reglas a ser aplicadas para su resolución, por no ser tema central de este trabajo vid. MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados. En: Revista *Con-Texto*. n.º 3. (1998), pp. 21-32. ISSN digital: 2346-2078 (Colombia) [Revisado en 10 de enero de 2018] Disponible [en línea] en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/viewFile/1699/1526>>. De todas formas se explica, con el fin de mostrar los beneficios en términos de justicia material, que tanto la *Supreme Court* -Corte Suprema de los Estados Unidos- como las distintas organizaciones federales que tienen que ver con el tema, han dejado claro que para poder interpretar los acuerdos, se debe partir de dos reglas: para algunos se aplica la regla *per se*, según la cual el acuerdo es en sí mismo nocivo y negativo para la competencia y por tanto debe ser sancionado; según la *Sherman Act*, estos acuerdos, además pueden tener sanciones penales. Otros serán los acuerdos que no necesariamente son ilegales y son aquellos que resultan *irrazonables*, es decir, el juez debe aplicar la regla de la razón y contrastar los beneficios que puede producir para el mercado en general, frente a lo anticompetitivo del mismo acuerdo.

32 En Derecho Continental europeo existe esta clasificación, consistente en que los acuerdos restrictivos de competencia pueden ser clasificados si la restricción del mercado era *el objeto* del acuerdo o es uno de *los efectos*. En ese sentido, los primeros son más graves, pues si ese fue el objeto del acuerdo, no es necesario demostrar que tuvo un efecto nocivo para la competencia. Cfr. GALVIS QUINTERO, *op. cit.* *La colusión como una práctica...* Nota 38, p. 150.

distintas ramas jurídicas que regulan, desde sus diferentes perspectivas, un mismo punto, no muestran una concordancia mínima.

Finalmente, decantarse en favor de esta postura permitiría:

... tener en cuenta el derecho comparado en materia del reproche penal que hacen a esta conducta en múltiples ordenamientos, conocidos precisamente por reconocerle a estos hechos el carácter dañino que realmente tienen, pues son más adelantadas en materia de protección del mercado. Y alinearnos en materia de regulación económica en un mundo globalizado no tiene nada de malo, por el contrario, es lo aconsejable para que los agentes económicos encuentren reglas similares en todos los lugares donde quieren ofertar los bienes o servicios que venden, producen o distribuyen³³.

II. ANÁLISIS DEL TIPO

Lo procedente ahora será analizar el tipo de los acuerdos restrictivos de la competencia, con ayuda de los elementos que la doctrina ha elaborado. Lo primero será, necesariamente, traer a colación el tipo penal que se pretende analizar, con el fin de, posteriormente, elaborar un análisis sobre el tipo objetivo y subjetivo, clasificarlo según algunos criterios, con ciertas implicaciones de la mayor importancia y, finalmente, analizar si cabe la tentativa en este delito.

Así las cosas, el delito de ‘acuerdos restrictivos de la competencia’ introducido en el ordenamiento penal por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, es el siguiente:

ARTÍCULO 410-A. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

33 PARDO PARDO, *op. cit.* Consagración de los acuerdos restrictivos... p. 79.

A. TIPO OBJETIVO

Cuando se estudia la *estructura del tipo* lo primero que se debe ver es

(...) la cara “externa”, “objetiva” y “objetivada” de la descripción típica, que no solo contiene objetos del mundo exterior, sino también otros elementos que –por encontrarse situados fuera de la esfera psíquica del autor– pueden comportar una valoración más allá de lo descriptivo, sin que sea viable separar lo objetivo de lo subjetivo con base en una división tajante³⁴.

1. Sujeto activo

Cuando el tipo penal que acá se estudia hace referencia a “*el que (...) con otro*”, lo que finalmente está diciendo es que se trata, para este caso, de un sujeto activo indeterminado y plurisubjetivo, es decir, la prohibición jurídico-penal se hace de manera indistinta a cualquier ciudadano, pues se asume que todos están en condición de cometerla. Además, es un delito con sujeto activo plurisubjetivo por cuanto se exige, de manera expresa, la presencia de dos o más sujetos activos³⁵.

Lo que sí es necesario destacar acá es que, en la actualidad, es un punible que atenta –según su tipificación– contra la función pública y que este tipo de delitos suele contener una cualificación en los sujetos, ya sea por activa o por pasiva, en especial, haciendo referencia a los servidores públicos; no obstante, no es nada extraño que, en la actualidad, un sujeto indeterminado sea quien cometa estos punibles, así lo explican Gómez Méndez y Gómez Pavajeau:

En principio se tiene que sólo los servidores públicos ostentan la calidad de sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública.

No obstante, *se constata que también múltiples delitos contra dicho bien jurídico pueden ser realizados por sujetos activos indeterminados*, toda vez que la descripción típica no exige particulares características o cualidades (...)

Para determinar la autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública de sujetos no cualificados *se siguen*, en general, *las mismas reglas señaladas para todos los demás tipos penales de sujetos activos indeterminados*³⁶ (destacado fuera del original).

34 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual De Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2013, p. 353.

35 Cfr. *Ibidem*, p. 354. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

36 GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, *op. cit. Delitos contra la Administración Pública*, p. 93.

Obsérvese –y se anticipa desde ya– que se trata de un delito de peligro y, en ese sentido, cabría una cualificación de facto del sujeto activo, pues solo podría tenerse como autor de este punible a dos personas que se conciertan como lo establece el delito, pero que, dada su posición intelectual y económica, están en condiciones de participar y, posteriormente, ser adjudicatarios del futuro contrato. Adjudicación por la cual no competirían; sino que se ponen de acuerdo para evitar la competencia y desviar la finalidad perseguida por la entidad que organiza el proceso de que se trate. Se tiene por ejemplo que dos arquitectos, aun poniéndose de acuerdo sobre las resultas de un concurso de méritos, si el mismo buscaba llenar una vacante para algún abogado, mal podrían ser autores del delito en comento.

Ahora bien, volviendo sobre lo plurisubjetivo del sujeto activo, se tiene que es necesaria la presencia de dos sujetos que se ponen de acuerdo, de manera paralela y concertada, dirigida a un mismo fin, cual es, según el mismo artículo 410-A, alterar ilícitamente el procedimiento contractual. De esta manera, se observa que se trata de un tipo de convergencia y no de encuentro³⁷. Es por ello que, al ser exigida, en el mismo tipo penal, la presencia de dos o más sujetos, cuando se les imputa la conducta, se tendrá a cada uno de ellos como autor del delito³⁸.

Se plantea, a modo de discusión, la posibilidad de imputar el hecho a quienes se conciertan en el ‘actuar por otro’³⁹, según el Código Penal, que a la letra dice:

37 Cfr. CARRASCO ANDRINO, MARÍA DEL MAR. *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Editorial Comares. 2002 Fragmento. En: Publicaciones Universidad de Alicante. *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria: Fragmento*. [En línea] Disponible en: <<http://publicacions.ua.es/publica/Detallesval.aspx?fndCod=LI9788484444787&idet=635>> [Revisado en 10 de enero de 2018].

38 Hay que tener en cuenta que el objeto del acuerdo en este delito es, única y exclusivamente, la de alterar el proceso contractual; no la de cometer más delitos en abstracto o concreto, como sería el caso del concierto para delinquir o de la coautoría, respectivamente. Vid. Sentencia de Casación de 25 de septiembre de 2013. Radicado: 40545. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M,P María Del Rosario González Muñoz. En la cual, la Corte enseña las notas diferenciadoras entre el concierto para delinquir y la coautoría. Acá se reseña que, dado el objeto del convenio disímil entre el concierto para delinquir y los acuerdos restrictivos de la competencia, son punibles totalmente distintos y que afectan intereses jurídicos diferentes. No obstante, al tratarse, en ambos casos, de delitos que se cometen con el simple acuerdo entre las partes, puede entenderse que sí comparten sus diferencias frente a la coautoría. Por ejemplo, esta última siempre requerirá actuación material, al menos en el grado de tentativa, del delito para el cual los coautores se ponen de acuerdo; en el caso de los acuerdos restrictivos de la competencia, se sanciona el acuerdo en sí, sin que necesariamente se vayan a cometer delitos con posterioridad –a título de tentativa o consumados– en virtud del mismo.

39 Posibilidad que se volvería de probable utilización por parte el ente acusador en orden a lograr una imputación, acusación y sentencia condenatoria que *de verdad respete las garantías de los asociados*, dado que se trata de un delito de peligro que exige la constatación de dicha potencialidad, lo que deriva en una cualificación de facto de los sujetos activos y puede darse, en no raras ocasiones, que dicha cualificación no la ostente la persona natural que se concierta, sino, más bien, la persona jurídica a la que aquella representa. Ello tiene total sentido si se analiza que la prohibición desde el Derecho de la Competencia va dirigida a empresas, es decir, a actividades económicas organizadas, pues son

Artículo 29. Autores.

(...)

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

Si se aceptara la teoría que se expuso, sobre la cualificación de facto, resulta lógico que es la colectividad, la actividad económica organizada, la persona jurídica a quien se dirige la prohibición desde el Derecho de la Competencia, la que tiene esas cualificaciones en muchos casos y no su representante como persona natural, pero que sí se concierne en nombre de dicho ente.

Finalmente, si se tiene claro que el delito exige, para su tipificación, la existencia y actuación positiva en orden a materializar el acuerdo objeto de punición, de por lo menos dos personas, se cometería una flagrante y clara violación al principio del *non bis in idem*, el hecho de que fuera materia de imputación por este delito, la agravante genérica de ‘actuar en coparticipación criminal’⁴⁰, pues ese hecho ya se evaluó y valoró negativamente cuando se constató la existencia de la conducta.

2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es siempre el titular del bien jurídico que se tutela en el correspondiente tipo penal⁴¹ y este específico tipo penal se enmarca en el bien jurídico de la Administración Pública. Es por ello que se afirma que el sujeto pasivo de esta conducta es el Estado. Sin embargo, quien sufrirá, en concreto, por la comisión del punible, será la entidad estatal que dispone del proceso con el fin de contratar y cumplir así con la satisfacción de necesidades de la comunidad.

Ya se ha sostenido que en la actualidad no solo los delitos contra el orden económico y social se pueden tratar como delitos económicos. En ese sentido, a pesar de su infortunada tipificación como delito que atenta contra la Administración Pública, ya se puede tratar como delito económico. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que en

ellas las que persigue el Derecho Administrativo Sancionador en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

40 Actualmente prevista en el numeral 10º del artículo 58 de la Ley 599 de 2000.

41 Cfr. REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Obras completas* Vol. I. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 104.

este tipo de conductas se observan siempre tres perjudicados, a saber: el Estado, pero en su rol de supremo director de la economía, como motor para el desarrollo de la población nacional, que es; los otros empresarios que también producen, distribuyen o en cualquier forma comercian con el mismo bien o servicio con que se relaciona el delito económico, en este caso puede tratarse de los demás competidores que sí acuden a la invitación del Estado en franca lid, o, incluso, los empresarios en cadena vertical que tengan que ver con el producto –bien o servicio– que se ofertaba en el proceso materia de la colusión, y los consumidores, en este caso se tiene no solo a la entidad estatal que organizaba la competencia, pues iba a ser el consumidor directo del bien o servicio objeto del proceso precontractual, sino también la población que se vería finalmente beneficiada con la ejecución del futuro contrato, es decir, los administrados como consumidores indirectos o secundarios del producto objeto de contratación.

3. Conducta

Los delitos de comisión –como es el que se estudia– se rigen por acciones que son prohibidas, es decir, el efectuar una de esas acciones resulta en la comisión de la conducta típica. Ello se hace por medio del *verbo rector*, que es, en esencia, la conducta que ha prohibido el legislador. En el caso de los acuerdos restrictivos de la competencia, tal verbo es el de ‘concertarse’, con esa acción, dados los demás elementos objetivos y subjetivos que componen el delito, se daña la Administración Pública de manera prevalente y la economía social de mercado, de manera secundaria. Lo anterior no es nada distinto a repetir lo que ya se ha sostenido con anterioridad: el simple hecho de ponerse de acuerdo –atendidos los demás elementos del tipo– es lo que se sanciona penalmente.

El que esa sea la conducta tiene como consecuencia (como ya se ha esbozado en un caso y como se verá más adelante) dentro de la doctrina penal⁴², que se trate de un delito de mera conducta⁴³, de ejecución permanente⁴⁴ y de peligro⁴⁵.

Otro verbo que aparece en la descripción típica es el de *alterar*, pero el mismo se circunscribe al ingrediente subjetivo, al ánimo, a la finalidad perseguida por los autores en el momento de concertarse entre sí.

42 Cfr. REYES ECHANDÍA, *op. cit.* (Vol. I), p. 115 y en el mismo sentido cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal* Parte General: Teoría del delito y de la pena. Volumen I. Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 87.

43 O de pura actividad, por diferencia de un delito de resultado. Razón que justifica que no se estudie ni el resultado ni el nexo de causalidad.

44 Por diferencia de los delitos de conducta instantánea.

45 Por diferencia de los delitos de lesión.

Debe tratarse de un convenio plausible, creíble, sólido que dé cuenta de cuál es la finalidad que se persigue y una idea mediana sobre lo que el acuerdo comporta para quienes hicieron parte del mismo, de otra manera no podría intervenir el Derecho Penal.

4. Objeto material

Es aquel sobre el cual recae la conducta, puede ser una persona, una cosa o un fenómeno. Si se tiene en cuenta lo explicado por Reyes Echandía, se puede concluir que el objeto material del delito de los ‘acuerdos restrictivos de la competencia’ es fenomenológico, por cuanto “... es aquel fenómeno *jurídico*, natural o social *sobre el cual se concreta la violación del interés jurídicamente protegido y al que se refiere la acción u omisión*”⁴⁶ (destacado fuera del original). Se trata, sin más, del proceso de selección específico y concreto, sobre el cual se conciertan los infractores.

En ese sentido, resulta una nota diferenciadora de este, respecto de los demás delitos incluidos en el mismo capítulo, dado que los últimos siempre recaen en el contrato como tal, en este caso el acuerdo se refiere al proceso competitivo de selección de contratista y es sobre ese proceso específico sobre el cual se concreta el interés jurídico protegido, es decir, la buena marcha de la Administración Pública.

5. Ingredientes normativos dentro de la descripción de la conducta ilícita (primer inciso del artículo 410-A)

Como tales se observan en el tipo los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada y el concurso, lo que los convierte en ingredientes normativos extrapenales, dado que la ley penal no los explica de manera satisfactoria; es más, se trata de un ‘tipo penal en blanco’⁴⁷ mientras no se haya estudiado el Estatuto General de Contratación Pública y demás normas que lo modifiquen o complementen, para poder dotar al tipo de algún sentido.

Son procesos precontractuales, definidos como “un conjunto de actos, pronunciamientos y decisiones que permiten a la Administración, salvaguardando sus intereses económicos y el principio de igualdad de los administrados ante los beneficios y cargas públicas, elegir, de entre las personas que voluntariamente se ofrecen para ello, al sujeto más apto para contratar”⁴⁸. Teniendo en cuenta que en la actualidad solo se tiene por punible dicha conducta si afecta la función pública, lógico resul-

46 Op. Cit. REYES ECHANDÍA (Vol. I), p. 110.

47 Se utiliza la locución ‘tipos en blanco’ para referirse a “... *aquellos casos en los que el supuesto de hecho se halla consignado de forma total o parcial en una norma de carácter extrapenal...*” VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal...*, p. 410.

48 EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho colombiano y español: Análisis de selección de contratistas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 396 y 397.

ta sostener que los mismos fungen también como marco circunstancial dentro del cual la conducta es relevante para el Derecho Penal. Se habla acá de “ingredientes normativos circunstanciales”, en cuanto son circunstancias de tiempo durante las cuales se comete este ilícito.

Por ser tales, la ley penal debe acudir al Derecho Administrativo, con el fin de constatar en qué momento se encuentra una entidad en este proceso, cuándo se ha iniciado efectivamente el mismo, y se debe concluir, para empezar, que mientras se estén dando todos los actos previos, dirigidos a cumplir con el principio de planeación, no se ha dado inicio al marco temporal que exige el tipo penal⁴⁹.

Dado lo invasivo que puede resultar la aplicación del Derecho Penal, teniendo en cuenta su carácter fragmentario y teniendo en cuenta el principio insoslayable de última *ratio*, debe tenerse claro el momento en que una conducta puede ser tenida como relevante para el mismo. Por suerte, en la actualidad⁵⁰ los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos⁵¹ tienen un denominador común y es que todos inician clara y ciertamente, por medio de la expedición de la resolución de apertura. Es este el momento en el que la entidad de que se trate se obliga a llevar a cabo el proceso de selección de contratista. Ninguno de los actos anteriores (v.gr. la publicación de prepliegos) la compele a llevar a cabo, hasta sus resultados, este tipo de procesos. Aunado a ello se aclara que se trata de una resolución, que tiene carácter de acto administrativo (antes se trataba de un mero acto de apertura) y que como tal tiene presunción de legalidad; debe ser proferido por quien tiene competencia para ello, así como para firmar el contrato; debe motivarse y, en general, sigue todas las reglas de acto administrativo general⁵².

Como acto administrativo que es y, para efectos del marco circunstancial que la ley penal requiere, se entiende que en la actualidad comienza a producir efectos una vez se cumple con el requisito de la publicidad del mismo, cuando se publica en el SECOP⁵³,

49 Cfr. MALLANA CAMACHO, ERNESTO. Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. 4ª Ed. (Incluye Decreto 1082 de 2015). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 461-484, así como pp. 497 y ss. En estas páginas el autor describe cada uno de esos requisitos previos, su fuente formal y la jurisprudencia que habla sobre la materia.

50 Gracias al Decreto 1082 de 2015, pues elimina para la entidad de que se trate, la posibilidad de suspender o revocar el proceso.

51 Acá no se menciona la subasta aunque esté expresamente prevista en el artículo 410-A del Código Penal, dado que -como se analiza en líneas siguientes- la misma es solo una especie de selección abreviada, una modalidad específica.

52 Cfr. *Op. cit.* MALLANA C., pp. 503-505, además en esas páginas se expone dicha resolución con sus anexos de manera adecuada.

53 Sistema Electrónico de Contratación Pública, que permite a los contratistas y a las entidades contratantes, tener control de la contratación pública en Colombia según la información que el mismo ofrece en línea.

sin necesidad de hacerlo por medio de diarios oficiales o gacetas territoriales⁵⁴. Es este el momento cuando se puede afirmar que se encuentra la infracción en el marco temporal que el tipo penal ha dispuesto.

Como se trata de un marco temporal específico, es necesario analizar en qué momento ya no se está en presencia del proceso de selección. Así las cosas, los tres procesos tienen dos formas, en común, para darlos por terminados. En primer lugar, se termina el proceso por medio de la adjudicación del contrato a quien resulte ganador en el juego competitivo; esa adjudicación siempre se realiza por medio de acto administrativo, aunque en algunos casos deba hacerse en audiencia pública (como es el caso de la licitación pública). La otra posibilidad de acabar con un proceso precontractual es con la declaratoria de desierto del proceso, cuyas causales deben estar previa y específicamente expresadas en el pliego de condiciones de que se trate y esto último, a su vez, de conformidad con el ordenamiento jurídico⁵⁵.

Definidos los elementos comunes, cabe hacer un acercamiento somero a cada elemento normativo que se encuentra en el inciso que se estudia.

a. *Licitación pública*

Para el Consejo de Estado,

... es un procedimiento de formación del contrato, que tiene por objeto la selección del sujeto que ofrece las condiciones más ventajosas para los fines de interés público, que se persiguen con la contratación estatal.

Consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la mas (sic) ventajosa (adjudicación)⁵⁶.

Es de cardinal importancia pues se trata de uno de los procesos hito, por medio del cual se materializa el principio de transparencia que persigue el Estado, cuando somete todas las contrataciones a procesos de selección de contratistas.

54 Auto del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2011 Radicado: 38924 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, según la autorizada interpretación de Matallana Camacho.

55 Cfr. *Op. cit.* MATALLANA C., p. 532, de nuevo como elemento común a todas las modalidades de selección.

56 SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *La Licitación Pública*. Montevideo, 1940, p. 53. Citado en: Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicado: 11001-03-26-000-1996-3771-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Según el numeral segundo (modalidades de selección) de la Ley 1150 de 2007⁵⁷, es esta la regla general para contratar, es decir, los otros procesos de selección tienen previstas unas causales específicas por las cuales se procede con ellas, tan es así que el párrafo del mismo artículo obliga a que, la entidad que deba hacer una contratación por cualquiera de las otras modalidades, lo justifique en acto administrativo.

b. Subasta pública

Como se ha dicho en líneas anteriores, a pesar de ser contemplado en el tipo *sub examine*, lo cierto es que su inclusión expresa en el tipo no era necesaria, puesto que se tiene como una especie, una modalidad de selección abreviada⁵⁸, con la alusión a esta última modalidad hubiera sido suficiente para que se entendiera la subasta como uno de los procesos sobre los cuales recae la conducta prohibida. Se trata de un proceso edificado para la compraventa de bienes estatales, dado que el mejor postor será a quien se adjudicará el contrato y se le enajenarán dichos bienes.

Debe tenerse en cuenta el proceso de *selección inversa*⁵⁹, por medio del cual el Estado busca comprar bienes con características uniformes; en ese sentido, el factor diferencial será el precio: aquel oferente que ofrezca los bienes que requiere la entidad al menor coste será al cual se le adjudicará el contrato.

Los dos procesos presentan modalidad presencial y electrónica y terminan por medio de la adjudicación del contrato o, bien, por la *declaratoria de desierto* del proceso.

A modo de hipótesis, se puede sostener que el hecho de incluir la subasta pública de manera expresa dentro del artículo 410-A del Código Penal, obedece a razones de política criminal, dado el alto costo y el daño que genera para las finanzas públicas el que haya colusión en la compraventa de bienes con las entidades públicas⁶⁰.

57 “1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo”.

58 La selección abreviada se encuentra en el numeral segundo del artículo segundo ya referenciado de la Ley 1150 de 2007, la subasta se encuentra prevista en el literal g de dicho numeral, razón por la cual se entiende que es una modalidad específica de selección abreviada. Sobre la subasta inversa, prevista en el Decreto 734 de 2012, se sostiene que es solo un decreto que reglamenta este tipo de contratación, desarrolla la ley, pero no por ello hace que se trate de una modalidad autónoma y diferente de contratación.

59 Su fuente se encuentra en el artículo 3.2.1.1.2 del Decreto 734 de 2012.

60 Vid. CRCAL – Centro Regional de Competencia para América Latina. *Estudio sobre el combate a la colusión en compras públicas en América Latina. Como “Estudio de compras públicas CIDAC”* Junio de 2014. Para Colombia, pp. 45-50.

c. *Selección abreviada*

Consiste en un proceso breve en el cual, dado el objeto a contratar, la Administración encuentra de manera rápida al contratista idóneo y no tiene que acudir a la licitación pública. Las causales o razones por las cuales la entidad puede acudir a este método de selección se desarrollan en el numeral segundo del artículo segundo de la Ley 1150 de 2007.

Artículo 2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Como resulta apenas obvio, la causal que se invoque a fin de adelantar este tipo de contratación debe estar taxativamente expresada en el acto administrativo que decida esta modalidad, y además ello tiene que estar en total concordancia con los estudios que se debieron haber realizado en la etapa de planeación.

En este texto, solo resta hablar de lo que resulta al comparar lo previsto por el artículo 410-A *sub examine*, frente a lo que prevé el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, dado que en este último no se menciona de manera expresa la modalidad de la selección abreviada. Aunque esto pueda tener múltiples razones, lo cierto es que lo importante es resolver esta disyuntiva, si se sostiene, como se ha venido sosteniendo, que el Derecho Penal debe remitirse siempre al Derecho Comercial, dada la especialidad de este al tratar estos asuntos. Si ello es así, se constata una incoherencia aparente en el ordenamiento y por ello es necesario hacer unas precisiones al respecto.

Pues bien, lo primero sea que el Derecho Penal aún conserva autonomía propia como para tipificar conductas y asignarles consecuencias penales, independientemente de lo que pueda encontrarse en áreas más especializadas, aunque no sea siempre aconsejable. Aunado a lo anterior, debe observarse que, en la segunda parte del mencionado numeral 9° cuando reza con la disyuntiva 'o', que también son colusorios los acuerdos "... que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas"⁶¹, esto es, cuando se evalúan por sus efectos, entra todo tipo de proceso de selección de contratista, no solo la licitación o el concurso de méritos. Finalmente, se sostiene que, con el fin de cumplir con el principio de legalidad en materia penal, incluyendo este la taxati-

61 Numeral 9°. Artículo 47. Decreto 2153 de 1992.

vidad que debe existir en los tipos penales, resulta no solo clara la razón por la cual se incluye este tipo de selección de contratista; es más, resulta deseable si se quiere hablar de un Derecho Penal serio y garantista.

d. Concurso

Finalmente, la última modalidad de selección por revisar se trata del concurso y dado que la regulación que existía del mismo en la Ley 80 de 1993 fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 pues en la actualidad es esta la única que lo regula. Con posterioridad, el artículo 2° de dicha norma fue modificado por el Decreto Ley 019 de 2012 “Ley Antitrámites”; así las cosas, se redujo esta figura al ‘concurso de méritos’ cuya previsión legislativa actual es la siguiente:

3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado⁶².

Lo hasta acá retratado de los cuatro tipos de selección de contratista, sumado a los decretos que reglamenten la materia, además de los pliegos de condiciones y demás normatividad que se expida para el caso en concreto, es lo que debe ser analizado por el operador jurídico cada vez que quiera saber si se está o no en presencia del delito de acuerdos restrictivos de la competencia; es por ello que se viene afirmando que se trata de un tipo penal en blanco.

Ya se ha sostenido que estos cuatro ingredientes normativos son, además, circunstanciales, puesto que dotan a la conducta de relevancia penal si es que se comete en el transcurso que se esté dando en una de estos procesos. Es decir, se trata de elementos normativos, y además ofrecen una circunstancia de tiempo y es que solo se pueden tener por delictuales los acuerdos que persiguen el fin que el delito prescribe, si se dan en el marco temporal en el que existe la selección; de no ser así, se trataría de una conducta inane a los ojos del Derecho Penal. Como se advertirá líneas después,

62 Numeral 3°. Artículo 2°. Ley 1150 de 2007 modificada por el artículo 219 del Decreto Ley 019 de 2012.

se trata de un delito de peligro concreto y dicha potencialidad de daño solo es probable y relevante para nuestro sistema punitivo, si el acuerdo se realiza durante el período en que la entidad adelanta el proceso. Solo en esos momentos tiene entidad tal como para afectar a la Administración Pública. Incluso, si se admite la tesis que acá se propone, debe acatarse el mismo término como referencia para evaluar la peligrosidad al bien jurídico del orden económico y social.

Concluyendo así que como tiempo de realización de la conducta, como marco relevante para el Derecho Penal, se tendrá desde la expedición de la resolución de apertura y hasta el momento en que o bien se dé la adjudicación del contrato, o la declaración de Desierto del proceso.

Finalmente, se reitera la crítica ya esbozada en punto a que no era necesaria la inclusión de la subasta pública, puesto que la misma es solo una modalidad de selección abreviada y dentro esta se preveía aquella.

6. Ingredientes normativos contenidos en el párrafo

El párrafo del artículo 410-A incluye algunos beneficios penales para quienes, habiendo surtido un probable proceso ante la Superintendencia de Industria y Comercio, hayan cumplido con los requisitos que exige dicha autoridad a fin de lograr exoneración total de la multa. Ello es así pues es esta la encargada de usar el Derecho Administrativo Sancionador como herramienta para perseguir todo tipo de prácticas restrictivas de la competencia y en lo que a este artículo respecta, es la encargada de sancionar a las empresas que coludan para afectar los procesos de selección de co-contratistas por las autoridades públicas.

El párrafo que se pretende estudiar, reza:

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

Si se está hablando de un proceso ante un ente administrativo por cuenta de los acuerdos colusorios que ya se hicieron, resulta claro que se trata de un hecho post-delictual, y en el entendido de la Corte Suprema de Justicia, no logra ser un real modificador de *quantum* punitivo a imponer según lo prescribe el artículo 60 del Código Penal. Se

deja el tema planteado para futuras discusiones; sin embargo, cabe anotar que por tratarse de un tema de punibilidad no se estudia en este escrito⁶³.

Si se sigue sosteniendo que la Superintendencia de Industria y Comercio puede también conocer, por colusorios, los acuerdos restrictivos que se hagan en el marco de selección abreviada, lo cierto es que del mismo modo podrían acceder a las rebajas en comento quienes sean investigados por esa entidad por haber realizado esos acuerdos sobre una selección abreviada.

Tanto la delación como la clemencia son dos figuras que se pueden dar en el marco de un proceso administrativo de investigación por conductas constitutivas de prácticas restrictivas –en específico sobre acuerdos restrictivos– de la competencia. Como no es tema de esta publicación, simplemente baste con decir que es un proceso administrativo que inicia una vez la autoridad encuentra indicios de que la conducta o el abuso se presentaron (el procedimiento como control previo a las integraciones empresariales es distinto, precisamente por ser previo) con cargos, descargos y fase probatoria y una audiencia de alegatos que genera un informe motivado por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el que recomienda la decisión a ser tomada y que va dirigido al Superintendente de Industria y Comercio, quien toma la decisión finalmente en forma de resolución y con las características de ser un acto administrativo, contra esa decisión solo procede recurso de reposición⁶⁴.

a. Delator o clemente

Las dos figuras que se tratan como relativamente sinónimas en la Ley Comercial, tienen aplicación exclusiva en materia de prácticas y se da únicamente en procesos en que se investiguen hechos constitutivos de acuerdos restrictivos de la competencia.

La clemencia consiste en un mecanismo a través del cual se intenta desestabilizar los carteles y reducir los costos administrativos del procedimiento sancionatorio, en tiempo y en dinero, a través de la creación de unos incentivos para que los cartelistas colaboren con la autoridad de competencia admitiendo su participación en la conducta y aportando pruebas. Una persona –natural o jurídica– aun cuando esté siendo objeto de una investigación por efectuar acuerdos restrictivos de la competencia puede acceder a dos tipos de bene-

63 No obstante, se sienta una postura y es que dicha rebaja es de ley y es autónoma, razón por la cual debe, necesariamente, poderse acumular con las rebajas que prevé la Ley Procesal Penal (en especial, lo referente a la justicia premial como lo es la rebaja -hasta- del 50% de la pena imponible cuando el imputado se allane a los cargos en audiencia de imputación, entre otras).

64 Su fuente formal se encuentra en primer lugar en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y, con posterioridad en la Ley 1340 de 2009 y los decretos que la desarrollan, en especial el Decreto Ley 019 de 2012 (artículos 155 y siguientes).

ficios: la exoneración total de la multa o la reducción de la misma (esto se define según el orden de llegada ante la autoridad: el primero en solicitarla se queda con la exoneración, los demás con una reducción que cada vez es inferior en la medida en que tiene otros clementes antes que él). Para acceder a dichos beneficios debe delatar y aportar todas las pruebas que tenga en su poder, reconociendo que existe una cartelización o acuerdo. Evitando así desgastes para la administración que está llevando a cabo la investigación⁶⁵.

Debe cumplir ciertos requisitos de cara a ser exonerado de la sanción, puesto que además de las pruebas que aporta, no ser instigador del acuerdo y de cesar su participación en el cartel, para que se le pueda exonerar de la multa imponible, debe haber sido el primero en cumplir con todos los requisitos. Lo último es de total importancia para el presente análisis, por cuanto solo aquel podrá hacerse acreedor de los beneficios previstos en la ley penal, por expresa previsión del párrafo en comento.

b. Acuerdos anticompetitivos

Aunque no es tema de esta investigación y existe bastante literatura especializada sobre la materia, sí pueden definirse con base precisamente en lo que prevé el Derecho de la Competencia. Así las cosas, en virtud del Decreto 2153 de 1995, los acuerdos anticompetitivos serán los convenios, acuerdos, concertaciones, etc. que busquen evitar competir cuando deberían haberlo hecho, afectando la libre competencia. Es decir, no se trata de una actividad consistente en competir de manera desleal: se trata de evitar por completo la competencia que, de otra manera, debió haber existido.

Ahora bien, entendiendo estos ingredientes normativos, se tiene que existe prejudicialidad entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal y que el ser clemente exonerado de la multa por parte de la autoridad en materia de competencia, le permite a ese mismo clemente una reducción de la pena en la tercera parte (es decir, el *quantum* punitivo correría ahora de 2 a 4 años) el 40% de la multa (ahora será de 120 a 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes) y una inhabilidad para contratar con entidades estatales de 5 años (frente a los 8 que dispone el primer inciso).

Al respecto de este párrafo, solo resta decir que tiene total asidero este beneficio previsto por el legislador, pues se refuerza la política tendiente a dismantelar los carteles con ayuda precisamente de sus participantes. La existencia de figuras que premien la asistencia para dismantelar las prácticas concertadas que restringen la competencia, redundan en coherencia entre las distintas áreas del Derecho que regulan estas conductas. Coherencia que, decididamente, se apoya, puesto que es deseable que se tomen medidas que sean efectivas de cara a lograr fines que protejan nuestro modelo económico.

65 PARDO PARDO, *op. cit.* *Consagración de los acuerdos restrictivos...*, pp. 108-109.

B. TIPO SUBJETIVO

1. Dolo

De un análisis sistemático de los artículos 21, 22 y el propio artículo 410-A *sub examine* se puede concluir con facilidad que la conducta punible prevista en el mismo solo puede ser realizada de forma dolosa, en virtud de que no se previó de manera expresa una modalidad culposa o preterintencional.

Lo anterior tiene sentido si se sabe que el dolo consiste, primordialmente, en conocimiento *de lo que se está haciendo*⁶⁶ aunado a la voluntad dirigida a realizar eso que se sabe que se está haciendo. Si ello es así, difícilmente podría predicarse de un acuerdo que el mismo se haya llevado a cabo por impericia o negligencia⁶⁷.

Al respecto, la doctrina indica:

En síntesis, pues, hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley, a sabiendas de lo [que] hace y con voluntad de llevarlo a cabo, de donde se desprende que está conformado por dos momentos: uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo y otro voluntario, voluntativo o volitivo; por eso emplea la ley las expresiones “conocer” y “querer”...⁶⁸.

Entonces, como manifestación de la voluntad que supone el acuerdo, obvio resulta que el acuerdo en sí mismo demuestra el elemento volitivo; sobre el elemento cognoscitivo, debe tenerse en cuenta que se predica de todos los elementos del tipo.

2. Ingrediente subjetivo distinto del dolo

Conocidos son los casos en que la ley prevé la existencia de ingredientes que tienen una carga subjetiva diferente al dolo, se estudian con base en la *teoría de los elementos subjetivos del tipo*, algunos de los cuales son los que exigen, como condición para que efectivamente se configure el delito en cuestión, un determinado propósito dentro del actuar del agente⁶⁹ y que se suman a los ingredientes subjetivos del dolo, y que se conocen como *especiales elementos subjetivos*⁷⁰.

66 Sobre los elementos del tipo.

67 No obstante, probablemente la academia y más seguramente la doctrina de los negocios jurídicos, podría inventarse algún ejemplo que dé cuenta de un acuerdo o concertación producto de la negligencia de uno de los contratantes; sin embargo, ello no podría constituir delito, al menos no sin una elucubración bastante trabajosa.

68 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal...*, p. 389.

69 Piénsese en el ánimo de obtener provecho propio o para un tercero en la mayoría de los delitos contra el patrimonio económico.

70 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal...*, pp. 395 y 396.

Cuando en la descripción típica del delito *sub examine* el legislador establece que quienes se concierten lo hagan “con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual”, lo que está prescribiendo es que ese debe ser el fin perseguido por los agentes para que dicho acuerdo pueda ser tenido como delito. Deben buscar un cambio en los fines perseguidos originalmente por quien organiza la competencia de que se trate, para llevar el mismo hacia lo que ellos persigan. El fin perseguido con el acuerdo es desviar los principios de transparencia, honradez, idoneidad, etc. que deberían regir estos procesos de selección de contratista.

Esto tiene gran relevancia, pues puede pensarse en la constitución de consorcios o uniones temporales entre quienes pudieran competir por la adjudicación del futuro contrato, pero dicha concertación se hace con la aquiescencia del servidor público y con el fin de cumplir cabalmente con las obligaciones del futuro contrato, no para alterar el procedimiento contractual, tanto que esa posibilidad está reglada en el ordenamiento jurídico⁷¹, motivo por el cual se afirma que no sólo no se realiza la acción que describe el ánimo en los que se concertan (alterar) y mucho menos de la manera en que se exige en el artículo 410-A (ilícitamente). Es un convenio que se hace de manera pública y que incluso los demás competidores lo conocen⁷².

C. CLASIFICACIÓN DEL TIPO

1. En relación con el bien jurídico tutelado

a. *Por el número de intereses jurídicos afectados*

A este respecto, es importante recordar que, como se ha dicho en precedencia, la conducta contenida en el delito de “acuerdos restrictivos de la competencia” es pluriofensiva pues, con la misma, se afectan, simultáneamente, distintos intereses o bienes necesarios para una sana convivencia en comunidad y que se definen de conformidad con el propio ordenamiento jurídico colombiano. En específico se comentó en su momento que se puede observar un daño para el orden económico y social, particularmente, a la economía de mercado, vía afectación de la competencia, como pilar fundamental que es de aquella; por otro lado, se observa, dada su especificación dirigida a los acuerdos colusorios, que afecta la buena marcha de la Administración Pública.

71 Artículo 7° de la Ley 80 de 1993.

72 PARDO PARDO, *op. cit.* *Consagración de los acuerdos restrictivos...*, p. 113.

b. *Por el tipo de daño que se requiere causar al bien jurídico para que la conducta sea punible*

Esto se refiere a si se requiere una efectiva lesión del bien jurídico o si con una puesta efectiva en peligro del mismo es suficiente para que la conducta sea objeto de sanción penal. Pues bien, debe asumirse que, teniendo en cuenta el verbo rector que dispuso el legislador (“concertarse”), no se requiere un efectivo daño al bien jurídico; por el contrario, si basta con el hecho de ponerse de acuerdo entre dos potenciales oferentes inmersos en un proceso de selección de contratista, debe, forzosamente, concluirse que se trata de un *tipo de peligro*. Esto se concluye por cuanto, si lo que resulta punible es que dos o más personas se pongan de acuerdo (con el fin de alterar ilícitamente el proceso contractual de que se trate), sin que se requiera alguna actuación posterior por parte de dichos oferentes, no se exige entonces que la Administración Pública se vea efectivamente lesionada para que el acuerdo sea perseguible por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, si por ejemplo se declarara desierto el proceso de selección, de todas formas, se activaría el órgano jurisdiccional de persecución punitiva, por cuanto el Derecho Penal anticipa sus barreras de protección solo con comprobarse la potencialidad del daño al bien jurídico⁷³. En ese sentido, como se comentaba en líneas anteriores, la cualificación de facto del sujeto activo se da totalmente, debido a que solo cierta clase de oferentes estarían en capacidad de afectar la Administración Pública con su decisión de no competir.

Ahora bien, ha sostenido la doctrina que los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro abstracto y concreto, explicando, además, que dicha distinción se establece teniendo en cuenta la mayor o menor cercanía que tenga la conducta respecto del daño efectivo del bien jurídico⁷⁴. Procedimiento que, desde el punto de vista práctico, no ofrece mayor ayuda; no obstante, se puede afirmar que se trata de un *delito de peligro concreto*, debido a que, para ser punible (y por tanto su potencial dañino jurídicamente evaluable), el acuerdo debe referirse a un proceso precontractual específico (y, como se dijo, abierto oficialmente por la administración) adelantado por una entidad determinada y cuyo futuro objeto contractual es, cuando menos, determinable. Sumado a lo anterior, el mismo tipo penal señala los procesos

73 Véase cómo la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: “... el carácter lesivo del acto delictivo en los delitos de peligro, acorde con un carácter de prevención en el que el Derecho Penal se anticipa y protege el bien de un futuro daño, se toma como algo potencialmente dañoso...” Auto de 21 de enero de 2015. Radicado: 44992. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier. En: VELÁSQUEZ GÓMEZ, IVÁN. *Jurisprudencia Penal Extractos: Primer semestre de 2015*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2015.

74 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit.* *Manual de Derecho Penal*, p. 414.

precontractuales sobre los que puede recaer el acuerdo ilícito y sobre uno de ellos es que se conciertan los agentes, lo que *concreta* finalmente la forma en que el bien jurídico específico se podría ver afectado y el aspecto del mismo que se afectaría⁷⁵.

2. Según su contenido⁷⁶

a. *Por la necesidad de la producción del resultado perseguido*

En este punto se diferencian los delitos de *mera conducta* de los de *resultado*⁷⁷. En los delitos de mera conducta, el legislador no exige la producción de un resultado ulterior y sanciona la simple realización del verbo rector, es decir, le da mayor peso al desvalor de acción⁷⁸. Ya se puede concluir que se trata de un delito de mera conducta, puesto que no se exige ninguna conducta posterior producto del acuerdo ilícito⁷⁹.

Debido a que es un delito de *mera conducta*, en el tipo objetivo no se analizó el nexo de causalidad ni el resultado, como procedería si se tratara, precisamente, de un tipo de resultado.

75 En ese sentido, la Administración Pública, como ya se vio, se puede afectar cuando se violan los principios que rigen la Administración Pública, así como la credibilidad de las autoridades o el mismo patrimonio público.

76 “Esta clasificación se refiere a los diversos aspectos a que da lugar la técnica empleada por el legislador para describir los modelos de comportamiento susceptibles de sanción penal”. REYES ECHANDÍA, *op. cit. Obras Completas* (Vol. I), p. 115.

77 Acá debe entenderse resultado como un resultado naturalístico, una consecuencia de la conducta desplegada y descrita en el tipo observable en el mundo exterior; no se refiere a un resultado jurídico, puesto que todos los delitos exigen una consecuencia jurídica que es la puesta en peligro o afectación del bien jurídico, es decir, la exigencia dispuesta en el artículo 11 del Código Penal. Con ello coinciden VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal*, p. 410. Y en el mismo sentido cfr. REYES ECHANDÍA, *op. cit. Obras Completas* (Vol. I), p. 116.

78 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal*, p. 410.

79 Desde el punto de vista del Derecho Comparado, puede traerse a colación la legislación alemana que plantea este delito como un delito de resultado en el §298 del StGB, dado que la conducta sancionada es precisamente presentar una oferta producto de un acuerdo anticompetitivo, es más, en el tercer párrafo de dicho parágrafo se exime de sanción penal a los agentes si la oferta no fuera aceptada cuando el agente se esfuerza para impedir esa aceptación. Vid. “§ 298. Acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas (1) Quien presente en una licitación pública sobre mercancía o servicios comerciales una oferta que se base en un acuerdo ilegal que tiene por objetivo motivar al organizador a la aceptación de una propuesta determinada, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) A la licitación pública se equipara en el sentido del párrafo 1 la licitación privada de un pedido después de un concurso previo de participación. (3) Conforme al párrafo 1, también en relación con el párrafo 2, no será castigado quien impida que el organizador acepte la propuesta o que éste ofrezca sus servicios. Si sin intervención del autor no se acepta la propuesta o no se ofrecen los servicios del organizador, entonces permanecerá sin castigo si se esfuerza voluntaria y seriamente para impedir la aceptación de la propuesta o la prestación de los servicios”. LÓPEZ DÍAZ. *Op. Cit. Código Penal Alemán*.

b. *Por el momento en que se agota la conducta*

Es este un criterio temporal que atiende no solo al momento en que se inicia la conducta, sino al momento en que se agota la misma. Acá se suele distinguir entre delitos de *conducta instantánea* frente a los delitos de *conducta permanente* (o de ejecución continuada). Esta no es una mera disquisición doctrinal sin mayor trascendencia práctica, puesto que presenta importantes repercusiones frente a tránsitos legislativos y frente a temas de prescripción de la acción penal.

Los delitos de ejecución instantánea, los supuestos de hecho, se agotan en un mismo momento; por otro lado, los de ejecución permanente se siguen ejecutando desde que se empieza a realizar la conducta hasta que la misma deja de ejecutarse⁸⁰.

Teniendo en cuenta que presenta algunas similitudes con el delito de concierto para delinquir (puesto que la conducta materialmente exigida es la misma: el ponerse de acuerdo, la diferencia es *sobre qué* se ponen de acuerdo los agentes), de la misma forma el delito de acuerdos restrictivos de la competencia es de *conducta continuada* y el mismo se estará ejecutando mientras el acuerdo mantenga vigencia, ya sea por la terminación del proceso de selección o porque alguno de los concertantes se retira de dicho acuerdo.

c. *Por el modo de realización de la conducta*

En virtud del artículo 25 del Código Penal, la conducta punible solo se realiza por acción o por omisión (ejecutando la acción prohibida o absteniéndose de ejecutar la acción mandada teniendo el deber de hacerlo, respectivamente). En ese sentido, si se atiende a las reglas de la experiencia, nadie se pone de acuerdo con un tercero de manera omisiva. Así pues, en principio, solo podría ejecutarse esta conducta por medio de acciones positivas.

Ahora bien, desde la teoría del negocio jurídico se pueden encontrar algunos casos en los que se presume que hay un acuerdo entre dos partes cuando una de ellas no niega expresamente su concierto para hacerlo, pero ello requiere de determinados presupuestos derivados precisamente del rol que representa este último frente a la sociedad (por ejemplo, cuando a un comerciante dedicado a ello, se le hace una oferta relacionada con el giro ordinario de sus negocios y no se rehúsa en un tiempo determinado). Nadie puede pretender que se presuma un acuerdo ilícito y con un fin específico destinado a afectar la competencia o la contratación pública cuando quien recibe la oferta no ha cohonestado con ello de manera expresa, lo contrario

80 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *op. cit. Manual de Derecho Penal*, p. 411; REYES ECHANDÍA, *op. cit. Obras Completas* (Vol. I), p. 117.

sería tanto como generar una responsabilidad penal objetiva en la que bastaría un simple dejar de actuar para presumir la culpabilidad de una persona⁸¹.

D. TENTATIVA

Se trata de un *dispositivo amplificador del tipo* en el entendido de que si se contrasta lo realizado frente a lo dispuesto en el tipo penal, no podría sancionarse penalmente a quien ha dado inicio a la ejecución de un delito, pero que, por razones ajenas a su voluntad, el mismo no se consuma, puesto que el delito previsto en la ley siempre se trata de un delito consumado. Desde un punto de vista de política criminal, resulta necesario sancionar a quien se encuentra en esta situación, dado que la no consumación no depende de su voluntad⁸², razón por la cual se habla de una anticipación de las barreras de protección del Derecho Penal.

Resulta necesario hacer alusión a las etapas que conforman el *iter criminis*, cuales son la ideación, la preparación, la ejecución y la consumación. La última es la obtención del resultado perseguido por el agente desde la ideación. Así, lo que se logra por medio de la figura de la tentativa es aplicar una pena (disminuida) en virtud de que la conducta se encuentra en la fase de ejecución, pero no se ha dado la consumación por razones distintas al querer del sujeto activo. Es por ello que resulta necesario lograr separar los actos ejecutivos (punibles en virtud de la tentativa) de los preparativos (puesto que no son punibles, salvo que constituyan en sí mismos un delito, pero ya no en virtud de la no consumación del fin perseguido)⁸³.

Para poder hablar de la tentativa se requieren cuatro requisitos, cuales son:

- Dolo: debe existir en el sujeto, un propósito de cometer un delito. De esta manera, no puede utilizarse la tentativa para ampliar los tipos culposos o preterintencionales.
- Principio de ejecución: como ya se comentó, solo los actos ejecutivos son materia de sanción penal en virtud de la aplicación de esta figura.
- Idoneidad y univocidad de la conducta: los actos ejecutivos serán idóneos si son normalmente aptos para producir el resultado que finalmente no se dio. Serán unívocos si se dirigen exclusivamente a conseguir ese resultado.

81 Lo que sería totalmente contrario a los principios basilares en que se cimenta el moderno Derecho Penal, principalmente el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia.

82 Cfr. CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL. *La tentativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1993, pp. 13-14.

83 Cfr. CÓRDOBA ANGULO, *op. cit.* *La tentativa*, pp. 15-33; CÓRDOBA ANGULO, Miguel. *La tentativa*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2011, pp. 309-312.

– No consumación por razones ajenas a la voluntad del agente: resultarán punibles esos actos, si la no consumación no se debe a un cambio en el propósito (primer requisito) del agente, sino más bien, obedece a razones ajenas a su voluntad⁸⁴.

Ahora bien, sobre si cabría aplicar la tentativa al delito *sub examine* en una legislación que la contempla de manera similar, ya se ha pronunciado Zaffaroni, sosteniendo que “En nuestra ley, además todos los delitos dolosos en principio admiten la tentativa, a diferencia de otras legislaciones en las que sólo la ley determina en qué casos la tentativa es punible. En consecuencia, cualquier delito doloso puede quedar en grado de tentativa, aun los delitos de peligro y los llamados de pura actividad”⁸⁵

Con esta postura ha coincidido la Corte Suprema de Justicia⁸⁶, corporación que ha considerado en distintas oportunidades que sin importar qué clase de delito sea, en principio, todos admiten la tentativa.

No obstante lo anterior, Miguel Córdoba, basándose en criterios ofrecidos por Juan Fernández Carrasquilla y Jescheck, sobre los delitos de mera conducta, ofrece el siguiente matiz, pues para ellos en estos delitos “... sí cabe la tentativa [...], siempre y cuando resulte posible diferenciar distintos momentos o medie cierto espacio de tiempo en la realización de la acción típica”⁸⁷.

Ahora bien, sobre los delitos de peligro –concreto– el mismo autor refiere que la figura se puede aplicar solo cuando la conducta a realizarse esté conformada por varios actos que sean susceptibles de ser suspendidos antes de que se consume el fin perseguido por el sujeto activo y, aunado a ello, los actos ya consumados deben poner, al menos, en peligro abstracto el bien jurídico protegido por el delito que se pretende tentado.

En este punto debe, entonces, concluirse que resultaría difícil y forzado el encontrar acciones que en sí mismas entrañen un peligro para la Administración Pública y que sean separables de la concertación, puesto que esta se consuma en un solo acto, máxime cuando desde el mismo tipo se exige la concurrencia de dos o más personas. Es decir, la mera oferta de uno no podría constituir tentativa del acuerdo.

84 Sobre estos requisitos cfr. PARDO PARDO, *op. cit. Consagración de los acuerdos restrictivos...* p. 122. Basado en CÓRDOBA ANGULO, *op. cit. La tentativa*. En: *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, pp. 312-314.

85 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de Derecho Penal*: Parte General. Título IV. EDIAR. Buenos Aires, 1982, p. 415-416.

86 Decisión de 27 de julio de 2009. Radicado: 31948. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. Yesid Ramírez Bastidas; así como Sentencias de 23 de febrero de 2006 Radicado: 20616; 05 de febrero de 2007 Radicado: 22164; de 8 de agosto de 2007 Radicado: 25974. Citadas en: *Código Penal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012, p. 72.

87 CÓRDOBA ANGULO, *op. cit. La tentativa*, p. 96.

Así, el legislador adelantó tanto las barreras del Derecho Penal que resulta difícil, si no imposible, tener acciones separadas que entrañen *per se* un peligro para el bien jurídico. Aunado ello a la conducta censurada por el legislador, puesto que la misma se consuma con un solo acto (que podría ser, a su vez, preparatorio de otros delitos), lo que impide que naturalísticamente hablando se puedan separar temporalmente más de una acción. En ese sentido, se arriba a la conclusión de que no es aplicable la figura de la tentativa para el delito en cuestión.

Además, el convenio como tal, no puede tener actos previos en el entendido de que el objeto y el contenido del acuerdo no están determinados hasta tanto el acuerdo no se dé. No sólo eso, sino que es en el momento en que se perfecciona el acuerdo entre las partes que se determina su voluntad de hacer parte del cartel colusorio, es imposible antes, pues se estaría puniendo una mera intencionalidad, una ideación y ello no es compatible con el principio del derecho penal de acto que informa todo el sistema penal colombiano.

Ahora bien, aun tratándose de un delito de peligro concreto, lo cierto es que, si bien en virtud del acuerdo se pueden cometer muchas acciones, también lo es que lo punible es el acuerdo en sí y no las demás acciones subsiguientes que pueden llegar a concursar o no con este punible, según las reglas generales de los concursos⁸⁸.

De esta manera, se ofrece al lector un acercamiento bastante útil que puede servir para entender y aplicar la normatividad de la manera más correcta posible.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En: *Revista Penal*. n.º 18 (segundo semestre, 2006). ISSN 1138-9168 (España) [revisado en 10 de enero de 2018] Disponible en Dialnet.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho Penal Económico aplicado a la Actividad Empresarial*. Madrid. Civitas, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *La Constitución económica española y el derecho penal*. En: *Estudios de Derecho Penal*. Colección pequeño foro. Bogotá, 1983.

88 PARDO PARDO, *op. cit.* *Consagración de los acuerdos restrictivos...*, p. 124.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Bien Jurídico y Derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

BUITRAGO RUIZ, ÁNGELA MARÍA y MONROY VICTORIA, WILLIAM. *Delitos contra el orden económico y social*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL. *La tentativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1993.

CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL. *La tentativa*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

CÓRDOBA ANGULO, MIGUEL y RUIZ, CARMEN ELOÍSA. *Delitos contra el orden económico social*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

CORREDOR BELTRÁN, DIEGO. *Celebración indebida de contratos*. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011.

EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho colombiano y español: Análisis de selección de contratistas*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Parte General: Teoría del delito y de la pena*. Volumen I. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá, 2012.

GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2001.

GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Delitos contra la Administración Pública*. 2 Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA. *Código Penal Alemán: Traducción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

MATALLANA CAMACHO, ERNESTO. *Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993*. 4ª Ed. (*Incluye Decreto 1082 de 2015*). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. 4 ed. Corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995. REPERTOL S.L Barcelona, 1996, Universidad de

Navarra. Crimina 3.4. Glosario. Bien jurídico [En línea]. Disponible en: <<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>> [revisado en 10 de enero de 2018].

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO y PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal: Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá, 2006.

MÜSSIG, BERND. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. En: *Revista De Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época. n.º 9 (primer semestre, 2002). ISSN 1132-9955 (España) [revisado en 10 de enero de 2018] Disponible en Dialnet.

PABÓN PARRA, PEDRO ALFONSO. *Manual de Derecho Penal: Parte general – Parte especial*. 6 Ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2002.

PARDO PARDO, DAVID LEONARDO. *Consagración de los acuerdos restrictivos de la competencia como delito: Análisis Dogmático*. Bogotá D.C., 2017, 163h. Trabajo de investigación para optar a título (Abogado). Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho.

PINZÓN SÁNCHEZ, JORGE y CARRILLO FLÓREZ, FERNANDO. *Sector Financiero y Delincuencia Económica*. Temis. Bogotá, 1985.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *Obras completas* Vol. I. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

ROXIN, CLAUS ¿La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal? En: *Problemas actuales del funcionalismo*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía. Bogotá, 2005.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Delitos De Celebración Indevida De Contratos: Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *La Licitación Pública*. Montevideo, 1940.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual De Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2013.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Título IV. EDIAR. Buenos Aires, 1982.

ZÁRATE PÉREZ, ANÍBAL RAFAEL. Análisis económico por el juez de lo contencioso administrativo. Prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos de fijación de precios. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero del 2010, expediente n° 25000-23-24-000-2001-00364-01, En: OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO. Ed. Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. P 410-418. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

Documentos en internet

BERNATE OCHOA, FRANCISCO. El sistema penal debe constituirse a partir de las finalidades que se le asignen y del modelo de Estado: ¿Cambio de paradigma gracias a la irrupción del funcionalismo? En: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 7 n.º 1 (enero – junio, 2005) p. 135. ISSN 0124-0579. Disponible en Dialnet: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=10456>> Artículo disponible [en línea] en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2314914>> [revisado en 10 de enero de 2018].

Bunderministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. *German Criminal Code*. [En línea] Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/> [Revisado en 10 de enero de 2018].

CARRASCO ANDRINO, MARÍA DEL MAR. *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Editorial Comares. 2002 Fragmento. En: Publicaciones Universidad de Alicante. *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria: Fragmento*. [En línea] Disponible en: <<http://publicacions.ua.es/publica/Detallesval.aspx?fndCod=LI9788484444787&idet=635>> [Revisado en 10 de enero de 2018].

Competition Bureau. *Bid-Rigging*. [En Línea] Disponible en: <<http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03152.html>> [Revisado en 10 de enero de 2018].

FTC. *The Antitrust Laws*. [En línea]. Disponible en: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>> [Revisado en 10 de enero de 2018].

GALVIS QUINTERO, DEISY. La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. En: *Revista Universitas*. n.º. 132. (enero – junio, 2016) pp. 133 – 196. ISSN digital: 2011-1711. (Bogotá, Colombia) [Revisado en 10 de enero de 2018]. Disponible [en línea] en: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/16568/13669>>

MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados. En: Revista *Con-Texto*. n°. 3. (1998), pp. 21-32. ISSN digital: 2346-2078 (Colombia) [Revisado en 10 de enero de 2018] Disponible [en línea] en: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/viewFile/1699/1526>>.

TAMAYO ÁLVAREZ, RAFAEL. Fundamentos económicos para la aplicación de las normas de libre competencia y el caso ANDEVIP y la existencia de prácticas restrictivas absolutas en Colombia, 6 *Revista del Derecho de la Competencia*. n°. 6, 145-172, 167 (Bogotá, enero-diciembre 2010). Disponible: <www.javeriana.edu.co> <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-tamayo-alvarez.pdf>> [Revisado en 10 de enero de 2018].

Universidad de Navarra. Crimina 3.4. Glosario. BIEN JURÍDICO [En línea]. Disponible en: <<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>> [revisado en 10 de enero de 2018].

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicado: 11001-03-26-000-1996-3771-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Auto del 22 de marzo de 2011 Radicado: 38924 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional

Sentencia de Constitucionalidad C – 865 de 7 de septiembre de 2004 Corte Constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia de Constitucionalidad C – 228 de 24 de marzo de 2010 Corte Constitucional. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia de Constitucionalidad C – 263 de 6 de abril de 2011 Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia de Constitucionalidad C-197 del 14 de marzo de 2012 Corte Constitucional. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia de Constitucionalidad C-263 de 8 de mayo de 2013 Corte Constitucional. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Suprema de Justicia

Sentencias de 23 de febrero de 2006 Radicado: 20616; 05 de febrero de 2007 Radicado: 22164; de 8 de agosto de 2007 Radicado: 25974. Citadas en: Código Penal. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá: 2012. P. 72.

Decisión de 27 de julio de 2009. Radicado: 31948. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Sentencia de Casación de 25 de septiembre de 2013. Radicado: 40545. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. María del Rosario González Muñoz.

Auto de 21 de enero de 2015. Radicado: 44992. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M.P. Eugenio Fernández Carlier. En: Velásquez Gómez, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos: Primer semestre de 2015. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín: 2015

Normativa

Constitución Política de Colombia.

Decretos

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 734 de 2012.

Decreto 1082 de 2015.

Decreto Ley 019 de 2012.

Extranjera

Competition Act. Revised Statutes of Canada de 1985 (last amended on 2015-03-09) de Canadá. (Reformada por última vez el 9 de marzo de 2015).

Decreto Legislativo n.º 635. Publicado el 8 de abril de 1991. Código Penal del Perú.

Ley Orgánica 10 de 1995 de España.

Ley Orgánica 5 del 2010 de España.

Sherman Act de 1890 de los Estados Unidos de América.

Strafgesetzbuch (Código Penal alemán) López Díaz, Claudia. Código Penal Alemán: Traducción. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

Leyes

Ley 80 de 1993.

Ley 599 de 2000.

Ley 1150 de 2007.

Ley 1340 de 2009.

Ley 1474 de 2011.

Otras fuentes

Código Penal. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, 2012.

CRCAL – Centro Regional de Competencia para América Latina. *Estudio sobre el combate a la colusión en compras públicas en América Latina. Como “Estudio de compras públicas CIDAC”* Junio de 2014. Para Colombia, pp. 45-50.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, IVÁN. *Jurisprudencia Penal Extractos: Primer semestre de 2015*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2015.