

## INHABILIDAD POR CONCERTAR ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY 1474 DE 2011<sup>1</sup>

Catalina Lotero Valencia<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, el cual introdujo al Código Penal el artículo 410A, sanciona con prisión de 6 a 12 años, multa de 200 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad por 8 años para contratar con el Estado a aquella persona que concertare con otra un acuerdo restrictivo de la competencia, con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual. De esta manera, el texto se propone abordar las principales discusiones que giran en torno a la aplicación o procedencia de esta causal en la contratación estatal, a partir del estudio de sus elementos estructurales.

### Introducción

El mercado de las compras públicas, actualmente, se constituye como un factor modulador de la competencia dado que el Estado actúa como principal consumidor —oligopsonio— y, en algunas ocasiones, como único consumidor —monopsonio—, con el objetivo de dotar a su institucionalidad de los bienes, productos y servicios que sean necesarios para el logro de sus fines.

De ese modo, la intervención del Estado en el mercado lo ha hecho merecedor no solo de la facultad de conducir la economía, sino también de regularla a partir de la garantía de algunos *derechos económicos fundamentales* dentro de los cuales se considera, como el principal, al de la libertad de competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política.

La libertad de competencia económica puede entenderse como «[...] la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela»<sup>3</sup>, de ahí que sea un

---

<sup>1</sup> Este ensayo, escrito para la sesión del 19 de junio de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es la *Contratación Estatal*, dirigida por el Profesor —Investigador Principal— Fabián Gonzalo Marín Cortés.

<sup>2</sup> Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

<sup>3</sup> MIRANDO LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz de derecho comparado. [Consultado el 12 de junio de 2021].

*derecho económico fundamental* que se proteja por medio del derecho a la competencia, es decir, un «[...] conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público»<sup>4</sup>.

Bajo estos supuestos, el presente escrito se propone discurrir sobre la protección de la libertad de competencia en la contratación estatal, con el ánimo de poner de presente que se está ante un tipo penal pluriofensivo que, en últimas, busca proteger la libre concurrencia de los agentes económicos al mercado, así como la voluntad de la Administración contratante.

## **1. Análisis de la inhabilidad regulada en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011**

El Estatuto Anticorrupción, por el cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, consagró:

«Artículo 27. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410A, el cual quedará así:

»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».

---

Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>

<sup>4</sup> MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. En: MIRANDO, LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio *vs.* los beneficios de la competencia. [Consultado el 12 de junio de 2021]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2614981](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614981)

Como se observa, los elementos distintivos de esta norma son: *i)* dos o más sujetos interesados en la adjudicación de un contrato estatal deberán ponerse de acuerdo para ofertar bienes, productos o servicios con la intención de alterar las probabilidades de otros sujetos competidores en el mismo proceso contractual, así como de modificar o cambiar la voluntad de la Administración contratante; *ii)* el acuerdo proviene de la «concertación», es decir, la acción de «[...] 3. tr. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio»<sup>5</sup>; y *iii)* contrario a lo que se creería, la norma salvaguarda como bien jurídico a la Administración Pública aun cuando se afecte a la libre competencia, dado que esta última, como bien jurídico penalmente protegido, no existe en nuestra legislación.

No obstante, aun cuando el bien jurídico protegido sea la Administración Pública, por la ubicación del tipo en el Código Penal, esta disposición exige la realización del ejercicio de la remisión normativa, pues: ¿qué es un acuerdo restrictivo de la competencia?, ¿cuáles son las prácticas que dan origen a este tipo de acuerdos?

De conformidad con el numeral 1º, del artículo 45, del Decreto 2153 de 1992 un *acuerdo* es «[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas»; mientras que un *acto* es «[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica».

A su vez, doctrinalmente, los acuerdos pueden ser *verticales* u *horizontales*. Los primeros, «[...] son aquellos que se suscriben entre empresas ubicadas en posiciones diferentes dentro de la cadena productiva, en el cual el fabricante impone el precio de venta final al distribuidor, entre otras condiciones»<sup>6</sup>; mientras que los segundos son «[...] acuerdos entre empresas ubicadas en el mismo nivel de la cadena del producto o servicio, o de productos similares o sustitutos»<sup>7</sup>.

Los acuerdos también pueden ser: *expresos*, es decir, cuando se producen carteles entre empresas con el fin de evitar la competencia a través de la autorregulación de la producción, de la venta o de los precios; *tácitos*, esto es, aquellos que se corresponden de modo más o menos exacto a la categoría de la colusión y se diferencian de los *expresos*, en que si bien ambos tienen naturaleza convencional, la colusión no necesariamente constituye un acuerdo formal; y *presuntos*, es decir, aquellas conductas conscientemente paralelas, como los actos unilaterales de un competidor en relación con el comportamiento de otros

---

<sup>5</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Concertar. [Consultado el 14 de junio de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/concertar?m=form>

<sup>6</sup> SAN MIGUEL GIRALT, Johannes. La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. [Consultado el 12 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/197/19758807020/html/index.html>

<sup>7</sup> Ibid.

competidores, con lo cual no llega a ser una forma de coordinación y, menos aún, un acuerdo. No obstante, se entienden como acuerdos anticompetitivos porque se derivan de un comportamiento del mercado que no puede ser explicado fuera de la existencia de una conducta de los competidores encaminada a la restricción de la competencia<sup>8</sup>.

Ahora bien, la legislación colombiana ha señalado en el artículo 47 del decreto previamente comentado que los acuerdos contrarios a la libre competencia son: *i)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios, en la medida que se busca que los precios de los bienes y servicios se fijen de forma autónoma, prohibiéndose expresamente que por medio de acuerdos los agentes económicos se comprometan a seguir patrones de conductas predeterminadas o uniformes<sup>9</sup>; *ii)* los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, puesto que se busca que los participantes en el mercado desarrollen su actividad bajo un principio de igualdad en la distribución con el fin de evitar que se generen imperfecciones en la competencia entre dos comercializadores, así como que las condiciones de venta sean, efectivamente, el resultado de una conducta autónoma de cada agente económico, para que no se limite la gama de alternativas ofrecidas a los consumidores<sup>10</sup>; *iii)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores; *iv)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro; *v)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos; *vi)* los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos; *vii)* los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones; *viii)* los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción; *ix)* los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> CEBALLOS ESCOBAR, Lina María. El acuerdo de fijación de precios como conducta per se ilegal bajo el ordenamiento jurídico colombiano. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43375/EL%20ACUERDO%20DE%20FIJACION%20DE%20PRECIOS%20COMO%20CONDUCTA%20PER%20SE%20ILEGAL%20BAJO%20EL%20ORDENAMIENTO%20JUR%20C3%8DDICO%20COLOMBIANO.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

<sup>10</sup> BERNAL, Laura; BOTERO, Catalina; BOTERO, María Paula. Análisis de las prácticas restrictivas de la competencia relacionadas con la discriminación: artículo 47 numeral 2 y artículo 50 numerales 2 y 4 del Decreto 2153 de 1992. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44868>

de términos de las propuestas; y x) los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Por consiguiente, aun cuando el sistema jurídico encargado de analizar la comisión o no del verbo rector sea el sistema penal, resulta palmario que deberá acudir a la legislación del derecho de la competencia en aras de determinar la naturaleza de la conducta desplegada por dos o más agentes económicos. Ahora bien: ¿qué relación posee este tipo penal con la contratación estatal?

La relación viene dada por el hecho de que la concertación de acuerdos restrictivos de la competencia, bajo el querer del legislador, solo puede presentarse en los siguientes procesos de selección del contratista: la licitación pública, la subasta pública, la selección abreviada y el concurso.

Pese a la aparente claridad del campo de aplicación de esta norma, es preciso aclarar dos variables: la primera, orientada a afirmar que, de acuerdo con mi criterio, la inhabilidad para contratar por 8 años con el Estado solo podrá presentarse en la realización de procesos contractuales que estén bajo el régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pues, aun cuando el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 haya determinado que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al de la Ley 80 de 1993 también están sometidas al régimen de las inhabilidades e incompatibilidades, los procesos de selección a los que alude el legislador en la norma en comento tienen naturaleza e identidad propia, únicamente, dentro del derecho de la contratación pública de las entidades sometidas.

De ahí que la segunda aclaración esté orientada a señalar que la inclusión de la subasta pública como un proceso de selección autónomo, responde a una falta de técnica legislativa, en la medida que la subasta, legalmente, se encuentra regulada dentro de las disposiciones de la selección abreviada cuando se trata de la adquisición de bienes con características técnicas uniformes. Es decir que la concertación de acuerdos restrictivos de la competencia, como tipo penal, tendrá lugar en los siguientes procesos de selección del contratista: la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿quiénes son los sujetos calificados del tipo penal?, es decir, ¿quiénes pueden incurrir en la comisión del verbo rector?

Para Pardo Pardo, que la norma aluda a «el que se concertare con otro», supone que el sujeto activo es «[...] 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»<sup>11</sup>. No obstante, acorde

---

<sup>11</sup> PARDO PARDO, David Leonardo. Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/6313>

con mi criterio, la realización del verbo rector si bien puede ser cometida por cualquier ciudadano, esta deberá circunscribirse a aquellas personas que ostenten la calidad de *oferentes* o *proponentes*, esto es, aquellos que efectivamente hayan presentado oferta o propuesta en un proceso de licitación pública, selección abreviada o concurso de méritos, toda vez que es el momento a partir del cual es posible permear, modificar o alterar la voluntad contratante de la Administración Pública.

Así pues, la comisión de la conducta punible implicará la presencia de dos o más sujetos, a quienes se les tendrá, a cada uno de ellos, como autores del delito, lo que supondrá prisión de 6 a 12 años, multa de 200 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por 8 años.

Sin embargo, de cara a la temporalidad de la inhabilidad para contratar con el Estado, deberá tenerse presente que surge un problema ulterior: la sanción por la comisión del tipo penal comporta prisión, multa e inhabilidad para contratar con el Estado, lo que supone que las 3 consecuencias son penas principales.

Por ende, es preciso tener en cuenta que, a nivel procesal penal, existe la posibilidad de obtener la rebaja de las penas, al menos, en los siguientes eventos: *i)* en la audiencia de formulación de imputación de cargos donde, si el implicado se allana a estos, tiene el derecho a obtener una rebaja de *hasta la mitad de la pena imponible* —artículo 351 de la Ley 906 de 2004—; *ii)* desde la audiencia de formulación de imputación de cargos y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán preacordar los hechos imputados y sus consecuencias, estando, el juez de conocimiento, obligado a respetar dicho acuerdo, salvo que se detecte el desconocimiento o el quebranto de garantías fundamentales; *iii)* presentado el escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral, la Fiscalía y el acusado podrán preacordar los hechos imputados y sus consecuencias, donde la pena imponible podrá reducirse *en una tercera parte* —artículo 352 de la Ley 906 de 2004—; *iv)* en la audiencia preparatoria, si el acusado se allana a cargos, podrá obtener rebaja de la pena *hasta en la tercera parte* —artículo 356, numeral 5° de la Ley 906 de 2004—; y *v)* en el juicio oral, si el acusado se allanare a cargos, tendrá derecho a la rebaja de *una sexta parte* de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

Por consiguiente, se considera que cuando el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 alude a inhabilidad para contratar con el Estado *por 8 años*, supone que es el término máximo de duración en la que puede imponérsele esta al condenado, es decir, inhabilidad para contratar con el Estado *hasta por 8 años* porque, dependiendo del caso y del trámite procesal penal, quedará a disposición del órgano jurisdiccional determinar los mínimos y máximos de las penas a imponer por la comisión de este tipo.

Lo anterior, también se podría predicar en el evento de la reducción de las penas al que tiene derecho aquel que esté en la condición de delator o clemente, puesto que el parágrafo de la norma en comento dispone que cuando se adquiera dicha condición, luego de mediar resolución en firme en la que se obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública, dicha persona obtendrá reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales *hasta por 5 años*.

De lo previamente comentado, es preciso destacar 2 puntos: el primero, tendiente a resaltar que los beneficios a los que puede acceder el delator o clemente, únicamente, median cuando exista *resolución en firme* en la que la Superintendencia de Industria y Comercio exonere al implicado, *totalmente*, de la multa a imponer.

Dicha decisión sobre la exoneración de la multa será fruto del procedimiento que debe surtir dicha Superintendencia que, de conformidad con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, consiste en: *i)* la iniciación de la actuación, ya sea de oficio o por solicitud de un tercero; *ii)* en caso de considerarla admisible y prioritaria, deberá adelantarse una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación; *iii)* iniciada la investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los 20 días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer; *iv)* citación, por una sola vez, a una audiencia donde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán, de manera verbal, los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación, aclarando que la inasistencia a dicha audiencia no será considerada como indicio alguno de responsabilidad; *v)* desarrollada la audiencia verbal, el superintendente delegado presentará ante el superintendente de industria y comercio un informe motivado respecto de si ha habido o no una infracción de las normas de la competencia. De dicho informe se correrá traslado por 20 días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite; *vi)* si la recomendación del informe motivado considera que sí se cometió infracción alguna, a los implicados podrán imponérseles multas, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, en el caso de personas jurídicas —artículo 25 de la Ley 1340 de 2009— y, en el caso de personas naturales, las multas podrán ser de hasta 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción; y *vii)* si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el superintendente de industria y comercio podrá acoger integralmente los

argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Anótese que aun cuando medie la resolución en firme de la Superintendencia de Industria y Comercio en la que se exonere totalmente al clemente o al delator de la multa a imponer, dicho acto administrativo deberá originarse antes de que el juez penal profiera condena pues, de lo contrario, la reducción de la pena de prisión en una tercera parte, la reducción de un 40% de la multa a imponer y la inhabilidad para contratar con entidades estatales *hasta por* 5 años, perderá sustento; sin embargo, lo anterior no obsta para que, habiendo condena penal y resolución de exoneración de la Superintendencia de Industria y Comercio en firme, se solicite al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, la aplicación del beneficio de la reducción del que trata el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011.

De ahí que, finalmente, el segundo punto a destacar sea que, si bien hay concurrencia en el factor de la competencia para investigar los acuerdos restrictivos de los que trata el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, no estamos en el evento del fenómeno de la prejudicialidad, es decir, la presencia, en un asunto judicial en trámite, de cuestiones pendientes de resolver por vía principal por otra autoridad judicial. En otras palabras: la Fiscalía General de la Nación no está sometida a que la Superintendencia de Industria y Comercio decida sobre la existencia o no de un acuerdo restrictivo de la competencia en los procedimientos contractuales de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, para que pueda asumir, de oficio o mediante denuncia o querrela, la investigación de este delito, así como la acusación de los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

## Bibliografía

BERNAL, Laura; BOTERO, Catalina; BOTERO, María Paula. Análisis de las prácticas restrictivas de la competencia relacionadas con la discriminación: artículo 47 numeral 2 y artículo 50 numerales 2 y 4 del Decreto 2153 de 1992. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/44868>

CEBALLOS ESCOBAR, Lina María. El acuerdo de fijación de precios como conducta per se ilegal bajo el ordenamiento jurídico colombiano. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43375/EL%20AC>



[UERDO%20DE%20FIJACI%C3%93N%20DE%20PRECIOS%20COMO%20CONDU  
CTA%20PER%20SE%20ILEGAL%20BAJO%20EL%20ORDENAMIENTO%20JUR%  
C3%8DDICO%20COLOMBIANO.pdf?sequence=4&isAllowed=y](#)

MIRANDO LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz de derecho comparado. [Consultado el 12 de junio de 2021]. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/abuso-de-la-posicion-dominante-perspectivas-de-la-aplicacion-en-colombia-a-la-luz-del-drecho-comparado-alfonso-miranda-londono.pdf>

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. En: MIRANDO, LONDOÑO, Alfonso y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Juan David. Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio *vs.* los beneficios de la competencia. [Consultado el 12 de junio de 2021]. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2614981](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614981)

PARDO PARDO, David Leonardo. Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia. [Consultado el 16 de junio de 2021]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/6313>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Consulta. Concertar. [Consultado el 14 de junio de 2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/concertar?m=form>

SAN MIGUEL GIRALT, Johannes. La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE.UU. y América Latina. [Consultado el 12 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/197/19758807020/html/index.html>