

INHABILIDAD POR INCURRIR EN ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA¹

Aura Sofía Palacio Gómez²

RESUMEN. El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 adicionó un tipo penal a la Ley 599 de 2000, que a su vez configuró una prohibición para contratar. Esta disposición castiga los acuerdos restrictivos de la competencia, esto es, la concertación con el propósito de alterar el procedimiento contractual público. Aunque las finalidades que fundamentan la sanción son relevantes para el ordenamiento jurídico, se analiza críticamente el sujeto activo de la norma, el bien jurídico protegido, el alcance de los verbos rectores, las modalidades de selección cubiertas, las sanciones y su publicidad y el papel de la Superintendencia de Industria y Comercio. Adicionalmente, se reflexiona en torno a la armonía del procedimiento administrativo y el proceso penal, y las dificultades prácticas que suscita la redacción de la norma.

Introducción

En el proyecto de la Ley 1474 de 2011, la prohibición para contratar por incurrir en acuerdos restrictivos de la competencia estaba justificada en el segundo capítulo, denominado «medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada». En este acápite se hizo énfasis en la corrupción, catalogada como un fenómeno criminal contra la Administración, y como un crimen que afecta el patrimonio público. Allí se reiteró el propósito del cuerpo normativo: establecer una política que no tolerara la corrupción, a partir de diversas medidas que permitieran reprimir el fenómeno y prevenirlo, de manera que las personas que pensarán en incurrir en un acto corrupto desistieran de hacerlo.

Entre las estrategias empleadas se definieron nuevas conductas punibles – fraude de subvenciones, acuerdos restrictivos de la competencia y tráfico de influencias entre particulares– y se modificó un tipo penal –adicionando un inciso al artículo 405 del Código Penal, que tipifica el cohecho propio–. Estas medidas

¹ 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 Juan David Montoya, 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.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

proviene de convenciones internacionales y de la legislación europea, y se enfocan en combatir la corrupción³.

1. Alcance de la disposición: sujeto activo, verbos rectores y modalidades de selección cubiertas

El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 adicionó un tipo penal en la Ley 599 de 2000, mediante el cual se sancionan los acuerdos restrictivos de la competencia con pena privativa de la libertad, multa en sede judicial e inhabilidad para contratar con el Estado:

«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».

En primer lugar, se destaca que el *sujeto activo* de la conducta es indeterminado, en tanto se hace referencia a cualquier persona que pretenda alterar el procedimiento contractual. Un aspecto interesante se encuentra en la exposición de motivos de la Ley 1474 de 2011, donde pareciera limitarse la disposición a quienes presentan una oferta en un procedimiento de selección, es decir, a los proponentes, pues se expuso que este tipo penal se adicionaba «para sancionar fundamentalmente los ya frecuentes casos en los cuales los *proponentes* de un proceso contractual se ponen de acuerdo para engañar al Estado»⁴. Sin embargo, lo cierto es que la norma no cualifica al sujeto, por lo que un tercero o incluso un *servidor público* bien podrían incurrir en el tipo penal si alteraran el procedimiento de selección.

Al respecto, Gustavo Gómez Velásquez y Carlos Castro Cuenca señalaron que, desde el punto de vista político criminal, el tipo penal estaba orientado a las personas que participaran en un procedimiento de selección, es decir, a los proponentes. No obstante, apoyados en Juan Carlos Forero, reconocieron que era

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 607 del 7 de septiembre de 2010. [Consultado el 15 de abril de 2021]. Disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2010-2011/article/142-por-la-cual-se-dictan-normas-orientadas-a-fortalecer-los-mecanismos-de-prevencion-investigacion-y-sancion-de-actos-de-corrupcion-y-la-efectividad-del-control-de-la-gestion-publica-anticorrupcion>

⁴ Ibid.

totalmente posible que los servidores públicos que se concierten con los proponentes en un procedimiento de selección también incurran en el tipo penal⁵.

Por su parte, el párrafo de esta disposición sí cualifica al sujeto activo destinatario de la consecuencia jurídica –o del beneficio–, al exigirle una calidad especial, es decir, que sea delator o clemente. La disposición continúa señalando que:

«Párrafo. 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».

Para ser destinatario de esta segunda parte de la disposición, y de los beneficios que supone, se requiere ser *delator* o *clemente*, es decir, no basta con ser cualquier persona la que alterara el procedimiento contractual. Para distinguir esta calificación se recurre al sentido natural de las palabras: el Diccionario de la Lengua Española define «delator» como «1. Adj. Denunciador, acusador», y «clemente» como «1. Adj. Que tiene clemencia», es decir, «1. F. Compasión, moderación al aplicar justicia». De esta forma, pareciera que solo el que *coopera* con la justicia, denunciando hechos que hayan configurado delitos, será beneficiario de lo dispuesto en el párrafo. Gómez Velásquez y Castro Cuenca sugieren entender estos sujetos como los denunciantes, acusadores, soplones, informantes, arrepentidos, es decir, los que suplican, demandan, incitan y provocan clemencia, colaborando, aunque tardíamente, con la Superintendencia de Industria y Comercio⁶. Nótese que este acto de *delatar* solo deriva en consecuencias jurídicas positivas cuando se realiza frente a la SIC, no se mencionan beneficios cuando se realiza ante el juez penal, distintos a los dispuestos en la ley –preacuerdos y negociaciones–.

En segundo lugar, la disposición contempla dos verbos rectores para configurar el ilícito, por lo que no resulta suficiente que las personas se *concierten*, sino que se requiere que efectivamente *alteren* el procedimiento de selección. Nuevamente, para darle alcance a la disposición se recurre a la semántica de las palabras. El Diccionario de la Lengua Española define «concertar» como «1. Tr. Componer, ordenar o arreglar las partes de una cosa, o varias cosas», «2. Tr. Acordar el precio de algo», «3. Tr. Pactar, ajustar, tratar o acordar un negocio»; y «alterar» como «1. Tr. Cambiar la esencia o forma de algo»,

⁵ GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo y CASTRO CUENCA, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. 1º Edición. Bogotá: Leyer, 2018. p. 296.

⁶ Ibid., p. 301.

«2. Tr. Estropear, dañar, descomponer» y «3. Perturbar, trastornar, inquietar». En esa medida, pareciera que el crimen lo comete quien se une con otra persona para perturbar la selección del contratista del Estado.

Para Gómez Velásquez y Castro Cuenca, este tipo penal exige el dolo y un elemento subjetivo especial, consistente en la finalidad de alterar ilícitamente el procedimiento contractual. «En este sentido, no se encuentran sancionadas por este tipo penal las asociaciones lícitas entre oferentes como los consorcios, las uniones temporales o los proyectos de sociedad futura, pues están contemplados y por ello permitidos en la propia Ley de Contratación Estatal»⁷. Pese a ello, si su alianza se da con el propósito de alterar el procedimiento contractual, bien podría aplicársele las sanciones a sus integrantes. Este aspecto introduce una problemática interesante: ¿qué pasaría si una persona jurídica se presenta a un procedimiento de selección y se une con otras para alterarlo?, ¿podría ocurrir que en la sentencia se impusiera, no una pena privativa de la libertad porque no son sujetos punibles, pero sí la inhabilidad para contratar derivada del tipo penal?, ¿o solo le resultará imputable la sanción que derive del procedimiento adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio?

Adicionalmente, la disposición establece que la conducta, para ser sancionable, debe ser «con el fin de alterar *ilícitamente* el procedimiento contractual». En ese sentido se cuestiona si existen alteraciones *lícitas* que, en consecuencia, no den lugar al proceso penal y a la inhabilidad analizada, es decir, si existen acuerdos para alterar el procedimiento de selección que no se castiguen. Al respecto, Gómez Velásquez y Castro Cuenca sostuvieron que no era justificado la inserción del vocablo relacionado con la ilicitud, en tanto se trata de un requisito *sine qua non* de cualquier conducta tomada como delito o infracción. «Cuando se la define como delito y se le fija una pena, está sobrentendido que se aparta y contradice a la legalidad, a la conducta irreprochable, al proceder correcto y acatable por la sociedad»⁸. Sin embargo, y aunque resulta complejo proponer ejemplos de alteraciones al procedimiento lícitas, no puede ignorarse esta cualificación de la conducta, pues puede ocurrir que se altere el procedimiento contractual sin incurrir en algún tipo de conducta que altere la libre competencia.

En tercer lugar, en cuanto a las modalidades de selección en las cuales podría ocurrir la alteración de la competencia, la disposición incluyó las siguiente: «licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso». Antes de profundizar en el análisis y evidenciar las incoherencias e imprecisiones, se recuerda que la Ley 1474 de 2011 fue expedida luego de aproximadamente cuatro años de proferida la Ley 1150 de 2007, cuerpo normativo que en su

⁷ Ibid., p. 300.

⁸ Ibid.

artículo 2 establece cinco modalidades para escoger el contratista: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía. A partir de lo anterior se destaca que el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 no hizo referencia a la contratación directa, a la mínima cuantía ni al concurso de méritos –en el sentido que se precisará más adelante–, como modalidades en las cuales puede incurrirse en el delito de acuerdos restrictivos de la competencia.

Con respecto a la primera modalidad –contratación directa– no pareciera existir problema, puesto que, aunque los hechos que fundamentan las causales por las cuales procede esta modalidad excepcional bien podrían ser objeto de corrupción, no existe un procedimiento de selección competitivo que se pueda alterar, es decir, no es posible configurar el supuesto de hecho del tipo. Sin embargo, la consecuencia no es la misma respecto de la segunda modalidad –mínima cuantía–, pues allí sí se presenta pluralidad de oferentes y competencia entre los interesados, de manera que podría alterarse el procedimiento de selección del contratista. Con la tercera modalidad –concurso de méritos–, se reconoce que el artículo 27 mencionó el «concurso» como una modalidad en la cual podrían sancionarse los acuerdos restrictivos de la competencia, y si bien no fue preciso en su redacción, pareciera incluir al «concurso *de méritos*» previsto en la Ley 1150 de 2007.

Ahora, se insiste, la Ley no contempló la configuración de este tipo penal –y la consecuente inhabilidad– frente a un procedimiento de mínima cuantía, es decir, el legislador omitió incluir esta modalidad de selección, siendo imposible para el operador jurídico extenderle las consecuencias, *so pena* de vulnerar el principio de tipicidad que, en esta área del derecho, es de aplicación rigurosa, de ahí que no sea viable apelar a una interpretación lógica, armónica o sistemática del ordenamiento jurídico para extender la consecuencia jurídica negativa.

Otra discusión relativa a las modalidades de selección en las que puede presentarse este tipo penal se centra en que, si bien se omitió una modalidad de selección de las establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 –la mínima cuantía–, se incluyó la *subasta* pública, la cual, en sentido estricto, no es una modalidad de selección de contratistas, sino un mecanismo que se subsume en otros procedimientos. Así las cosas, la subasta pública puede presentarse en el procedimiento de licitación pública y en dos causales del procedimiento de selección abreviada, –subasta inversa y enajenación de bienes del Estado–, pero no configura, en sí misma, una modalidad autónoma. Si el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 expresamente incluyó a la licitación pública y a la selección abreviada –donde puede ocurrir la subasta pública– no se requería mencionar un mecanismo de elección al interior de las mismas.

Con relación a las modalidades de selección existe un reproche final. Aunque el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– están sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal, existen disposiciones que, por su redacción, impiden aplicar el régimen a entidades distintas a las señaladas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta conclusión aplica al caso analizado, pues el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 mencionó las modalidades de selección en las que la alteración de la competencia propiciaría la sanción, pero no se refirió a los demás procedimientos que las entidades exceptuadas del EGCAP podrían crear en sus manuales.

Entonces, ¿podría aplicarse la consecuencia jurídica –pena privativa, multa e inhabilidad– si en los procedimientos de las entidades excluidas del EGCAP, que no se denominan en los mismos términos, se presentan prácticas restrictivas de la competencia? Estrictamente se tendría que concluir que no, porque la norma se refirió, específicamente, a unas modalidades que, aunque materialmente pueden asemejarse a las de las entidades excluidas del EGCAP, formalmente no lo son. Así pues, y teniendo en cuenta la primacía de la interpretación estricta, no se extiende esta disposición, pese a que su finalidad se entorpezca.

2. Sanciones derivadas del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011: armonía entre el procedimiento administrativo y el proceso penal y publicidad de la inhabilidad para contratar

El primer inciso del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 dispone que quien incurra en la conducta será sancionado con «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». Luego, el parágrafo establece que el delator exonerado de la multa ante la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– «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».

A partir de lo anterior se observa que la disposición reconoce dos trámites autónomos: el proceso penal, a cargo de un juez en dicha jurisdicción, que concluye con pena privativa de la libertad, multa e inhabilidad; y el procedimiento administrativo, a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, que concluye con otra multa. Como aspecto relevante se destaca que la inhabilidad analizada solo puede ser impuesta por un juez penal en sentencia, es decir, no se requiere agotar los procedimientos administrativos sancionatorios que suelen

surtirse en la mayoría de las causales de este régimen, de ahí que, aunque la SIC declare que una persona es culpable de la alteración de la libre competencia en un procedimiento de selección e imponga la multa respectiva, no impedirá que la persona continúe participando, e incluso resulte adjudicataria, a no ser que se profiera sentencia que decida sobre la materia e imponga la inhabilidad.

En estos términos, lo concluido por la SIC no resulta relevante para contratar con el Estado, es decir, la sanción que imponga no tendrá efectos en el procedimiento de selección ni en cualquier etapa de un contrato estatal, de manera que si en un procedimiento de selección la entidad se percata de que existen una serie de actuaciones irregulares por parte de los proponentes y hace la respectiva denuncia ante la SIC, el inicio de este procedimiento no suspende la elección del contratista, por lo que bien podría ocurrir que una persona que haya cometido prácticas colusorias sea elegido contratista. Así, esta inhabilidad, que proviene de un tipo penal, no podrá declararse por una autoridad administrativa, sino que requerirá, en todo caso, pronunciamiento en sede judicial.

La claridad de la disposición en este aspecto no es óbice para cuestionar la asignación de esta competencia por el legislador, pues no se comprende por qué no se le entregó directamente a la SIC la facultad de inhabilitar, y por qué se permitió que, como consecuencia jurídica, concurrieran dos multas –una en sede administrativa y otra en sede judicial–. Por un lado, la imposición de la multa por parte de la SIC no tiene repercusiones sobre el procedimiento de selección, lo que resulta desalentador ante la probabilidad de que este fallo se emita de forma más expedita en sede administrativa, que en sede judicial.

Por otro lado, se analiza si la dualidad de multas podría vulnerar el principio del *non bis in idem*, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos por la disposición. En la Sentencia C-620 del 2001, la Corte Constitucional precisó que este principio no implica que una persona no pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturalezas diferente por la comisión de un mismo hecho, siempre y cuando su conducta vulnere distintos bienes jurídicos tutelados. Especialmente, se sostuvo que:

«Considerando que una misma conducta puede tener la virtualidad de acantonarse simultáneamente en diferentes ámbitos del derecho, esto es, producir efectos materiales lesivos de distintos derechos de una pluralidad de titulares, o de dos o más derechos de un mismo titular; claro es que el Estado debe proveer a la defensa y protección de tales derechos tipificando las conductas dañinas de los correspondientes bienes jurídicos. Y este es justamente el punto: el Estado Social de Derecho debe reivindicar a través de los respectivos estatutos la protección de los bienes jurídicos predicables de la sociedad y del

Estado mismo, bienes que por múltiples motivos pueden ser amenazados o vulnerados merced a una o varias conductas»⁹.

A partir de lo anterior se estudia cuál es el bien jurídico protegido con la imposición de cada multa. Frente al procedimiento en sede administrativa se tiene que el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Igualmente, el Título V *ibidem* regula el régimen sancionatorio, y en los artículos 25 y 26 establece el monto de las multas que podrían imponerse, dependiendo de si la conducta contraria a la competencia proviene de una persona jurídica o de una persona natural. A su vez, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 dispone que la SIC puede conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieran participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia –lo que tendría relación con los beneficios previstos en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1474 de 2011–.

En la guía práctica, «Combatir la colusión en las licitaciones», se expuso que la Ley 1340 de 2009 le concedió a la SIC la competencia privativa de investigar administrativamente, imponer multas y adoptar decisiones que deban tomarse ante la infracción de las disposiciones sobre protección de la competencia. «La SIC vela por la observación de las disposiciones sobre protección de la competencia, atiende las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y da trámite a aquellas que sean significativas, todo ello con la finalidad particular de alcanzar los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica»¹⁰. En esa medida, parece claro que las facultades de la SIC se centran en proteger la competencia en el mercado.

Por su parte, en cuanto al proceso penal, para David Leonardo Pardo, la ubicación de la disposición en el ordenamiento jurídico –Título XV del Código Penal– pareciera mostrar que el propósito central del tipo es proteger a la Administración Pública –como bien jurídico tutelado–. No obstante, sostiene que la conducta realmente pretende proteger el orden económico y social, específicamente, la competencia en una economía social de mercado, por lo que considera que el juez penal está habilitado para aplicar racionios propios del derecho de la competencia, tales como la regla de la razón, la regla *per se* y el

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁰ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. [Consultado el 14 de junio de 2021]. Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

análisis entre los acuerdos «por objeto» en contraste con los acuerdos «con efecto». «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»¹¹.

Si se aceptara la interpretación de Pardo, se tendría que concluir que si bien el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 establece dos procedimientos de naturalezas distintas para imponer multas –es decir, para sancionar pecuniariamente–, la norma estaría castigando dos veces un hecho con el propósito de proteger el mismo bien jurídico, es decir, la libre competencia en el mercado, por lo que sí podría argumentarse una violación al principio del *non bis in idem*. Esto se refuerza más cuando se ha reconocido que la SIC protege, también, el mercado de la compra pública, de ahí que tanto la multa judicial como la multa administrativa pretenden proteger la competencia en el escenario público. Para Alejandro Barreto Moreno, «las decisiones de la SIC al recoger conductas realizadas por interesados u oferentes en procesos de selección adelantados por la administración pública y por los servidores públicos en acciones propias de actos de corrupción, supone la protección integral del mercado de compra pública, en ambas cartas de la relación contractual»¹².

Ahora bien, existen dos interrogantes adicionales derivados de la existencia de dos procedimientos: por un lado, se encuentra la eventual disparidad en las conclusiones de los fallos, puesto que lo decidido en sede administrativa no necesariamente deberá ser lo concluido en sede judicial, de ahí que la SIC puede no encontrar que exista mérito para sancionar, mientras que el juez sí lo halle. Muestra de la autonomía de los procedimientos se reconoce en el parágrafo de la disposición, cuando se menciona que la exoneración de la multa en sede administrativa permite que, en sede judicial, aunque se declare la culpabilidad, se reduzca la pena en una tercera parte, se disminuya en un 40% la multa a imponer y el término de la inhabilidad para contratar con entidades estatales ya no sea de ocho, sino de cinco años.

Se reconoce, entonces, que la SIC puede concluir que no hubo alteración al procedimiento de selección, y por ende no se afectó la libertad de competencia, pero que el juez penal, a partir de lo expuesto por la Fiscalía, evidencie la conducta ilícita, y por ende deba tasar la pena a partir de parámetros distintos.

¹¹ PARDO PARDO, David Leonardo. Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia. Revista de Derecho Penal y Criminología – Universidad Externado de Colombia. Volumen 39, Número 106., p. 116. Diciembre de 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.04>.

¹² BARRETO MORENO, Alejandro. El derecho de la compra pública. Bogotá: Legis, 2019. p. 43.

En sentido contrario, puede ocurrir que la SIC determine que sí hubo un acuerdo contrario a la libre competencia e imponga la multa; pero que el juez penal evidencie que no hubo concertación para ello, y por ende absuelva. Aquí es pertinente señalar que los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992 establecen unas conductas que derivarían en multas por parte de la SIC; sin embargo, cabe discutir si todas pueden constituir tipos penales, pues eventualmente no pueden derivarse de la unión de dos o más personas.

El artículo 47 reconoce la existencia de acuerdos –pero no todos podrían alterar un procedimiento de selección–, y el artículo 48 no supone necesariamente una concertación, pues menciona actos que bien pueden ser ejecutados individualmente, véase, por ejemplo: «1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor» y «3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios». De esta manera, la SIC podrá multar por muchas conductas frente a las cuales el juez penal no podría pronunciarse.

Por otro lado, y en desmedro de quien cometería la conducta, podría ocurrir que el proceso penal se adelante primero que el procedimiento ante la SIC, y que su decisión condenatoria no pueda alterarse positivamente por la eventual decisión absolutoria en sede administrativa. En otras palabras: puede que, ante un caso de suma importancia nacional, la Fiscalía adelante las investigaciones pertinentes y el juez concluya que una persona incurrió en el tipo penal establecido en el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011; y puede que, posteriormente, la SIC inicie el procedimiento y exonere a la misma persona de la multa. ¿Si ya existe una sentencia condenatoria en firme, en la cual se fijó una pena privativa de la libertad, una multa y una inhabilidad, podría una resolución modificarla para aplicarle los beneficios dispuestos en el parágrafo *ibidem*? Se considera que la respuesta es negativa, por lo que al condenado le correspondería, eventualmente, hacer uso de su derecho a la doble instancia para revisar la providencia. ¿Pero qué ocurriría si la decisión de la SIC se expide luego de surtida esta última instancia?

Finalmente, como en otras causales del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se cuestiona la publicidad de la prohibición para contratar, teniendo en cuenta que no existe una base de datos unificada que le permita a las entidades estatales abstenerse de contratar con sujetos *incapacitados*. ¿En qué base debe inscribirse la sentencia?

En primer lugar, el artículo 6, numeral 2, de la Ley 1150 de 2007 establece que: «Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido

adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados». Sin embargo, en este caso no es una entidad pública la que impone una sanción, sino el juez penal, en una sentencia, y esta disposición no deriva en una obligación para que el juez remita la providencia a las cámaras de comercio, con el propósito de que se inscriba en el RUP correspondiente. En segundo lugar, el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 solo obliga a comunicarle a las cámaras de comercio y publicar en el SECOP los *actos* que declaren la caducidad, impongan multas, *sanciones* o declaren el incumplimiento. ¿Podría extenderse este deber por el vocablo *sanciones*, aunque la sentencia no sea un acto?

En tercer lugar, el artículo 94 *ibidem* establece que: «Las entidades públicas o los particulares que requieran conocer los antecedentes judiciales de cualquier persona nacional o extranjera podrán consultarlos en línea en los registros de las bases de datos a que se refiere el artículo siguiente». En esta disposición no se precisa si la base de datos solo informa sobre las órdenes de captura en contra, es decir, sobre la existencia de requerimientos pendientes con otras autoridades judiciales o si incluye, adicionalmente, la existencia de sanciones penales pendientes por cumplir, luego de proferida una sentencia.

Estas disposiciones siempre presentan desafíos para el servidor público encargado de tramitar el procedimiento de selección, pues ante una eventual contratación con una persona inhabilitada, el servidor sería sujeto de varias sanciones, aun cuando el mismo ordenamiento jurídico no contempla herramientas para que una entidad determine quién está inhabilitado o tiene una incompatibilidad para contratar con el Estado.

Bibliografía

Doctrina

BARRETO MORENO, Alejandro. El derecho de la compra pública. Bogotá: Legis, 2019. 315 p.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo y CASTRO CUENCA, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. 1º Edición. Bogotá: Leyer, 2018. 486 p.

PARDO PARDO, David Leonardo. Una aproximación al tipo penal de los acuerdos restrictivos de la competencia. Revista de Derecho Penal y Criminología – Universidad Externado de Colombia. Volumen 39, Número 106. Diciembre de 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01210483.v39n106.04>.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-620 de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Cibergrafía

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Guía práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. [Consultado el 14 de junio de 2021]. Disponible en: https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

