



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

rderecho@uninorte.edu.co

Universidad del Norte

Colombia

Ossa Bocanegra, Camilo Ernesto

Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano

Revista de Derecho, núm. 42, 2014, pp. 233-263

Universidad del Norte

Barranquilla, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85132008010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano*

Treatment of collusion in public procurement:
a vision of the colombian case

Camilo Ernesto Ossa Bocanegra*

Universidad Externado de Colombia

* Este artículo se realizó en el marco del convenio entre la Universidad Externado de Colombia y la Fundación por el Derecho Continental.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Público de la misma universidad, magíster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca. Docente investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en temas de Análisis Económico del Derecho de la Competencia y la Regulación. camilo.ossa@uexternado.edu.co

Resumen

La colusión, entendida como un pacto ilícito en daño a tercero, la cual se da en los procesos de contratación pública, es un acuerdo anticompetitivo sancionado por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y más recientemente por la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, mediante la cual se elevó a categoría de delito lo que antes solo era sancionable desde el punto de vista administrativo. Sin embargo, el modelo de sanción establecido en la normativa colombiana, si bien es bastante alto, sobre todo después de la categorización de delito de esta conducta, el verdadero problema radica en la aplicación de la misma, o mejor, en el organismo encargado de su aplicación. Así, como todo acuerdo anticompetitivo, la colusión es una conducta que genera grandes efectos en el mercado creado por el Estado, teniendo en cuenta que en la contratación pública la competencia se traslada a otro estadio del proceso competitivo, ya que aquí se compite por el mercado; encontrándonos ante un resultado similar al que obtendrían en situación de monopolio, toda vez que es ese el resultado que maximiza los beneficios totales que los productores pueden obtener del mercado.

Palabras clave: colusión, acuerdos anticompetitivos, mercados, sanción, Superintendencia de Industria y Comercio, contratación pública, regulación, libre competencia.

Abstract

Collusion, meaning an illegal agreement in third party damage, which occurs in procurement processes, is an anticompetitive agreement sanctioned by Article 47 Section 9 of Decree 2153 of 1992 and most recently by Act 1474 of 2011 Anti-Corruption Statute -in which, by means of the latter Act, was raised to the category of offense was punishable previously only from the administrative point of view. However, the penalty established model Colombian regulations, is a model of punishment that while it is quite high, especially after the categorization of offenses of this behavior, the real problem lies in the application of the same or better, the agency responsible for its implementation. So, like any anticompetitive agreement, collusion is conduct that creates great effects on the market created by the State, taking into account that public procurement, competition moves to another stage of the competitive process, since here it competes by the market, meeting with a result similar to that obtained in a monopoly situation, since that is the outcome that maximizes total benefits that producers can obtain from the market.

Keywords: collusion, anticompetitive agreements, markets, punishment, Superintendency of Industry and Commerce, public procurement regulation, antitrust.

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2014

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico rige el principio general de libre competencia –artículo 333 de la Constitución Política-, sin embargo, aun cuando existe la obligación constitucional y legal de garantizar y respetar dicho principio, en el afán por asegurar porciones de mercado cada vez mayores, o por lo menos mantener las presentes, las empresas pueden incurrir en determinadas prácticas que alteren el libre juego de oferta y demanda, restrinjan la competencia y, en últimas, afecten a los consumidores. Dichas prácticas, que son sancionadas a la luz de las normas de competencia, generan efectos que también son recogidos por otras áreas de la legislación colombiana, tales como el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho constitucional, entre otras, en las que su acción está supeditada a los efectos generados con el comportamiento. Sin embargo, de todas las prácticas que pueden ser restrictivas de la libre competencia, en este artículo trataré la colusión en la contratación pública; práctica que tiene un múltiple reproche normativo por ser una conducta que altera las condiciones propias del mercado, restringe la competencia y por constituir una forma de defraudación al Estado a través de la manipulación de los procesos contractuales, lo que en últimas podríamos denominar una forma más de corrupción.

La colusión en la contratación pública es una conducta que ya venía siendo sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio, dado que era uno de los acuerdos restrictivos de la competencia que estaba cobijado dentro de las prohibiciones del Decreto 2153 de 1992, sin embargo, a partir de la expedición del Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 de 2011- se elevó a la categoría de delito la colusión en la contratación pública, con lo cual la expedición de dicha normativa, junto con la ya existente, tanto en competencia como en regulación contractual pública, denotan una política agresiva del Estado por sancionar, con el máximo rigor legal, aquellas prácticas que, más que limitativas de la libre competencia, buscan defraudar al Estado. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con los acontecimientos más recientes, la contratación pública se ha convertido en uno de los canales de mayor corrupción en nuestro país.

Ahora bien, así las cosas, la pregunta de investigación está dirigida a determinar si ¿es eficiente el modelo actual de sanción de la colusión en la contratación pública y, por ende, cumple con los parámetros mínimos necesarios para disuadir al futuro infractor de la norma?

Para responder a este interrogante a continuación realizaré una descripción de qué es la colusión en la contratación pública, para, posteriormente centrarnos en el análisis del modelo de sanción de dicha conducta en la normativa colombiana, haciendo uso de una herramienta práctica como es la teoría de juegos, con base en la cual analizaremos la forma como actúan los empresarios al momento de enfrentar la decisión de restringir la competencia de acuerdo con los beneficios esperados con la colusión, con la posible disuasión que puede generar el modelo de sanción en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que para lograr dicho efecto disuasorio el beneficio reportado con la colusión debe ser menor que el obtenido con la no colusión.

Por último, revisaremos las implicaciones que tiene el modelo actual de sanción de la colusión en nuestro país, con las principales consecuencias y resultados del análisis realizado a lo largo del artículo y una razón del porqué el verdadero problema de la colusión en la contratación pública no está referido en un cien por ciento a la severidad o laxitud de la sanción, sino a la aplicación de la misma por aquellas autoridades encargadas de hacerlo.

2. LA COLUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. SIGNIFICADO, ALCANCE Y SANCIÓN

Cuando hablamos de prácticas colusorias en la contratación pública, obligatoriamente tenemos que referirnos a dos escenarios diferentes en su concepción, pero ligados en cuanto a la interacción del uno con el otro en el cumplimiento de los fines propuestos con la contratación pública. Tendríamos, en primer lugar, la mirada desde el punto de vista del mercado propiamente dicho, con los efectos mercantiles que esa conducta genera y, en segundo lugar, la protección al bien jurídico de la Administración pública, el derecho colectivo a la libre competencia y los derechos de los consumidores. Así, debemos tener en cuenta que la

colusión es definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “Pacto ilícito en daño a tercero” (Real Academia de la Lengua Española, 2001). Este pacto o acuerdo, según el numeral 1° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es un “contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

Dicho acuerdo tiene como fin último alterar las condiciones del mercado en sus distintos tópicos, como: fijación de precios, alterar ilícitamente la licitación, adjudicación de contratos y repartición de utilidades o de parte de estas que se consideran contrarios a la libre competencia. “Por tanto, el punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o la licitación” (Velandia, 2011, p. 158). Sin embargo, aquí debe hacerse una precisión: ¿cuál es ese mercado que se altera? Pues bien, en un contrato con el Estado las condiciones mismas de competencia varían, claro está, no frente a las condiciones propias del mercado sino del momento en el cual se da dicha competencia, toda vez que ya no se compite en el mercado sino por el mercado.

De la estructura propia de la regulación contractual, hablese para el caso colombiano de Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, con sus decretos reglamentarios y demás normas que las complementan, modifiquen o adicionan, se entiende que cuando el Estado decide celebrar un contrato, lo hace con el fin de satisfacer sus necesidades y la de los administrados –también para el cumplimiento de sus fines esenciales de asistencia e intervención en la economía, la cual se puede dar para señalar las reglas del mercado, corregir fallos de mercado –problemas de eficiencia- y redistribución social de las rentas (Stiglitz, 2000, p. 91)-, acudiendo a los particulares para que suministren bienes y servicios al menor coste posible de acuerdo con los estándares preestablecidos por la propia Administración pública (Matallana Camacho, 2013, p. 70).

Así las cosas, cuando la Administración, de acuerdo con su necesidad, llama a los particulares a que participen en un proceso de licitación pública o selección abreviada, lo que hace en últimas es crear un mer-

cado, y en consecuencia, invitar a los mismos agentes a que compitan por ese mercado creado por el Estado, es una competencia por hacerse a un monopolio al final del proceso de licitación o selección.

La expectativa así plasmada, de hacerse, luego de un proceso objetivo de adjudicación, al mercado creado por el Estado es parte de un proceso competitivo que da señales para que las empresas opten por competir (Bullard, 2009, p. 52).

Para el Consejo de Estado¹, citando a Enrique Sayagués Laso:

“La licitación 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”. Señalando como elementos fundamentales del proceso licitatorio: la libre concurrencia², la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones”.

Sin embargo, existen determinadas prácticas que limitan la competencia, alteran las condiciones del mercado y, en últimas, afectan a los demás competidores y a los consumidores, sin dejar de lado la afectación que sufre el demandante del bien o servicio, que para el caso específico que aquí se trata es el Estado, es decir, en un sentido amplio hablamos de todo el conglomerado social. Hay una ausencia de rivalidad como resultado del reparto hecho con el mercado creado por la entidad pública. Lo cual es, en esencia, grave, dado que, como lo señala Porter (2001), la mejor forma de generar riqueza social en un país es a través de la rivalidad y la competencia, dado que estos factores generan in-

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. C.P. Alir Hernández Enríquez. Radicación n° 11001-03-26-000-1996-3771-01 (12037).

² Para Matallana Camacho, la libre concurrencia es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos exigidos, tanto en la ley como en el pliego de condiciones, puedan ofrecer los bienes y servicios que la Administración requiera para el cumplimiento de sus fines; se busca la presentación del mayor número de oferentes e impedir que haya colusión entre los participantes (Matallana Camacho, 2013, p. 582).

centivos para invertir en I+D, con el fin de atraer porciones cada vez mayores de mercado y mantener vigencia en los procesos productivos, dado su constante y permanente cambio y evolución, lo cual afecta de manera directa las preferencias de los consumidores.

Así, cuando dos o más empresas se ponen de acuerdo para alterar las condiciones de competencia por el mercado, nos encontramos ante un resultado similar al que obtendrían cuando nos encontramos en situación de monopolio, toda vez que es ese el resultado que maximiza los beneficios totales que los productores pueden obtener del mercado. Una de las principales diferencias entre una empresa competitiva y un monopolio es la capacidad de esta última para influir en el precio del producto, estableciéndolo por encima del costo marginal (Mankiw, 2012, p. 303).

Desde el punto de vista de los demandantes del bien o servicio, una situación en la cual exista la posibilidad de que dos o más empresas coludan representa un perjuicio grave, debido al aumento en los precios, con lo cual la asignación de recursos en el mercado no es eficiente y el costo social impuesto a los consumidores es mucho mayor que el beneficio que reporta el monopolio.

En términos económicos, el excedente total mide el bienestar económico tanto de vendedores como de compradores en un mercado determinado; cuando estamos frente a un monopolio, la distribución de recursos no es eficiente –podemos utilizar aquí la eficiencia en términos de Pareto–, con lo cual el resultado del mercado no maximiza el bienestar económico total (Mankiw, 2012, p. 306).

Es claro que este tipo de acuerdos merecen el reproche social, legal, e incluso hasta político, en cuanto comprometen la propia estabilidad democrática de la nación. Surge entonces la sanción como una necesidad para hacer frente a estas prácticas anticompetitivas y corruptas. Como lo mencionamos líneas atrás, la colusión en la contratación pública puede ser investigada y sancionada vía administrativa –por violación a la libre competencia– (Decreto 2153 de 1992), vía jurisdiccional (Ley 1474 de 2011), acción penal y civil de responsabilidad por compe-

tencia desleal, vía contenciosa administrativa, de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, sin descartar la responsabilidad fiscal, e incluso disciplinaria, en algunos eventos, y sin dejar de lado las vías constitucionales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el análisis que se hace en este artículo tiene una variación importante respecto de los consumidores, o mejor, respecto del consumidor, que en este caso es uno solo: el Estado, que en principio resulta afectado por adquirir unos bienes o servicios a unos precios mayores a los que podría obtener cuando las empresas deciden competir por el mercado.

Como ya lo mencionamos, la colusión en la contratación pública es un acuerdo contrario a la libre competencia, sancionado a la luz de las normas de competencia, y más recientemente por el derecho penal. Frente al primer tipo de normas, es decir, las normas de competencia, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala lo siguiente:

Se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9.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 de términos de las propuestas.

La infracción puede generarse tanto por objeto como por efecto, es decir, es sancionable tanto la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar el proceso de licitación o adjudicación como el efecto producido, tanto en el mercado como en el desarrollo del proceso contractual, con el acuerdo. Con lo cual la competencia por el mercado se ve afectada por la adjudicación final del contrato, no a la empresa más eficiente, sino a la que, a través del acuerdo, ha fijado las mismas empresas (Serrano-Pinilla, 2011, p. 150).

Para la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC),

...la colusión en los procesos de selección con el Estado conlleva diversos efectos negativos en varios agentes, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regidos por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad, y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de utilidades percibidas por los participantes coludidos³.

Desde el punto de vista administrativo, en cuanto a la función que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad nacional en materia de protección de la competencia, según lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley 1340 de 2009, cuando esta detecte o tenga información de la ocurrencia de una práctica contraria a los postulados de la libre competencia podrá, luego de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador establecido por la ley, imponer multas tanto a las personas jurídicas como naturales en cualquiera de los sectores de la economía del orden nacional.

Con la expedición del Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 del 12 de julio de 2011, artículo 27- se elevó a la categoría de delito lo que ya era reprochable desde el punto de vista administrativo, es decir, se tipificó la colusión en la contratación pública introduciendo dos ingredientes adicionales a la sanción imponible por este tipo de prácticas. En primer lugar, se estableció una pena principal privativa de la libertad de seis (6) a doce (12) años para aquella persona “que en un proceso de

³ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n° 40901 de 28 de junio de 2012.

licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual”. En segundo lugar, la ley establece la posibilidad de imponer una pena accesoria a la privativa de la libertad, consistente en una multa de doscientos (200) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con el estado por ocho (8) años.

Aquí es necesario hacer una aclaración: desde el punto de vista penal, en el caso que se trate de personas jurídicas las que incurrir en este tipo de prácticas, la pena principal es imponible al representante legal.

Conforme a las anteriores definiciones y tipos legales tendríamos que: i) la colusión es una especie del acuerdo anticompetitivo; ii) afecta mercados especiales y bienes jurídicamente protegidos parcialmente distintos a los demás acuerdos anticompetitivos; iii) los destinatarios de las normas antitrust son los particulares, cuando mediante esta práctica alteran el mercado y la libre competencia o el procedimiento contractual, y iv) que el Estatuto Anticorrupción eventualmente incluiría al servidor público en un concurso punible, con la celebración indebida de contratos u otras conductas típicas de los delitos contra la Administración pública.

Es importante resaltar que conforme al Decreto 2153 de 1992, los acuerdos anticompetitivos y la colusión en licitaciones o concursos son sancionables por su objeto o efecto, es decir tanto por la intención como por el resultado y se da bien sea en licitaciones y concursos que se realicen tanto en el sector privado como el público, aclarando que el concurso como se conocía en la Ley 80 de 1993 desapareció como figura contractual⁴.

⁴ El artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente: “De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa (...)”

Hay que tener en cuenta que mientras en el estatuto penal la colusión tiene como destinatarios a los particulares, lo cual no obsta para que eventualmente sea destinatario el funcionario público, la conducta debe tener como propósito alterar ilícitamente el procedimiento contractual, dando lugar a sancionar la conducta en el grado de tentativa cuando finalmente el “acuerdo” no restringió la libre competencia. El estatuto penal incluye, adicionalmente a la licitación pública, la subasta y la selección abreviada, figuras estas que quedaron fuera del objeto de investigación de la SIC.

La Ley 80 de 1993 establece una serie de obligaciones, inhabilidades y sanciones, que pudieran ser aplicables a las prácticas anticompetitivas por colusión en licitaciones públicas, cuando, si bien es cierto el acuerdo o colusión se hace antes del contrato, algunos de sus efectos perduran en la ejecución del mismo. En estos casos es evidente que los efectos del acuerdo anticompetitivo superan la esfera del acto precontractual. En consecuencia, les serían aplicables obligaciones como la del numeral 5° del artículo 5°, que hace referencia a que no denunciar las amenazas o peticiones con el fin de obligar a una persona a hacer u omitir algún acto daría lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

En fin, son varias las sanciones y reproches que los distintos estatutos señalan para contrarrestar esta práctica ilegítima e ilegal, y sin embargo se denuncia constantemente la ocurrencia de la misma, lo que nos lleva a preguntar lo siguiente: ¿es eficiente este modelo de sanción para disuadir la colusión en la contratación pública? Pregunta que intentaremos resolver a continuación.

2.1 ¿Es eficiente este modelo de sanción para disuadir la colusión en la contratación pública?

- **Algunos apuntes sobre los niveles de corrupción en Colombia**

Una primera aproximación al tema nos lleva a reconocer los índices de corrupción existentes en el país. De acuerdo con estudios de “Transparencia por Colombia” (Transparencia por Colombia, 2011), para 2011

la percepción de la corrupción en el país era del 81 %, siendo apenas un problema prioritario para el 12 % de los encuestados. Dice el estudio que en opinión de los empresarios, la corrupción es el factor que más dificulta la competitividad para las empresas privadas colombianas. La segunda encuesta contra prácticas contra el soborno en empresas colombianas 2010, realizada por Transparencia por Colombia y la Universidad Externado de Colombia, arrojó que el 93 % de los empresarios expresó que hay competidores que ofrecen sobornos en sus negocios, mientras que el 26 % afirmó que tenía programas contra el soborno.

Según el Barómetro Global de la Corrupción 2010 (Transparency International, 2011), un 52 % afirmó que las prácticas corruptas van en aumento, un 35 % que las medidas tomadas han sido eficaces, mientras que un 46 % percibe lo contrario.

En el Barómetro los colombianos calificaron con 3.8 % el nivel de percepción de la rama judicial. Según el estudio LAPOP 2011 (Rodríguez-Raga, 2011), el sistema de justicia nacional fue evaluado por los colombianos, en una escala de 0 a 100, con un nivel de confianza de 51.8 %, por debajo del nivel de confianza del total de instituciones (54.3 %).

Según datos del Banco Mundial sobre eficiencia de la justicia en el mundo, Colombia es uno de los sistemas judiciales más morosos (Clavijo, 2011).

Lo anterior es importante, dado que estas cifras sobre percepción de la corrupción en Colombia y eficiencia de la justicia pueden explicar parcialmente la consistencia del fenómeno de la colusión, en cuanto a pesar de existir distintas autoridades de control y represión, con sanciones relativamente altas, el fenómeno al parecer sigue creciendo, principalmente por la ineficiencia de la justicia en Colombia.

- **El modelo de sanción de la colusión en Colombia**

Como lo anotamos líneas atrás, el modelo de sanción en Colombia para las prácticas colusorias en la contratación pública se divide en cuatro grandes grupos : i) por un lado encontramos el derecho administrativo

sancionador, en este caso, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, regulado por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992, entre otros. La sanción de caducidad del contrato y sus efectos ante la Cámara de Comercio, mediante el registro de la sanción que inhabilita a los contratistas sancionados para contratar por 10 años y que puede imponer la entidad contratante. La sanción fiscal, en el caso de tratarse de un detrimento patrimonial como consecuencia de mayores precios; ii) por el otro lado, a partir de la expedición del Estatuto Anticorrupción, el derecho penal, ya que la Ley 1474 de 2011 tipificó esta práctica como delito; iii) la posibilidad de demandar ante el Contencioso Administrativo o jurisdicción ordinaria los terceros proponentes en procura de la indemnización o del restablecimiento de la legalidad, y iv) las acciones constitucionales de grupo y popular para la protección del derecho colectivo a la libre competencia.

Como bien sabemos, las responsabilidades son independientes, y el hecho de que una persona, sea natural o jurídica y para el caso que aquí estamos analizando nos referiremos a las empresas y sus representantes legales) sea sancionada por colusión en la contratación pública ante la Superintendencia de Industria y Comercio no implica per se su responsabilidad en el ámbito penal ni en (ningún otro).

Sin embargo, es importante resaltar que tanto la sanción establecida en la ley de competencia como en el derecho penal cumplen una primera función de disuasión respecto a la comisión de estos comportamientos, con lo cual es necesario que el nivel de sanción sea óptimo, bajo el entendido que una sanción así determinada debe incluir no solo el beneficio reportado con el acuerdo, sino también el costo que implica imponer la sanción (Shavell, 2004, p. 520). Una sanción “eficiente” sería aquella en la cual el beneficio esperado, en este caso por la colusión, sea menor que la sanción establecida por la norma, combinado, claro

está, con una efectividad alta de detección y condena (Posner, 2007, p. 353)⁵.

- **Análisis práctico del modelo de sanción de la colusión en Colombia: teoría de juegos**

En esta sección analizaremos dos cuestiones prácticas del modelo de sanción de la colusión en la contratación pública utilizando un juego en el cual las empresas (Em_1 y Em_2) tienen diferentes opciones ante la posibilidad de coludir en un proceso de licitación pública o selección abreviada. Entonces, dos empresarios⁶ en un proceso contractual público tienen la opción de coludir o no coludir; si deciden no coludir es porque individualmente cada quien observa que la utilidad esperada podría ser mayor que el beneficio que podrían obtener con la colusión. Si, por el contrario, deciden coludir es porque la utilidad individual esperada es menor que el beneficio que podrían obtener con la no colusión y, por ende, el beneficio reportado con la colusión es mayor que la posible sanción a imponer en caso de ser detectados y posteriormente sancionados. Igualmente, si deciden esta opción de coludir, hay que

⁵ Para Posner (2008), la mejor combinación de probabilidad y severidad del castigo para imponer al delincuente, cuando el castigo es una multa, puede ser la siguiente: “un costo esperado del castigo de 1.000 dólares puede imponerse combinando una multa de 1.000 dólares con una probabilidad de aprehensión y condena de 1, una multa de 10.000 dólares con una probabilidad de .1, una multa de un millón de dólares con una probabilidad de .001, etc. Si los costos del cobro de las multas se suponen iguales a cero cualquiera que sea el monto de la multa, la combinación más eficiente es una probabilidad arbitrariamente cercana a cero y una multa arbitrariamente cercana al infinito. Porque mientras que los costos de la aprehensión y la condena de los delincuentes aumentan con la probabilidad de la aprehensión –mayores probabilidades implican más policías, fiscales, jueces, abogados, defensores, etc., que cuando la probabilidad de la aprehensión es muy baja–, los costos del cobro de las multas son por hipótesis nulos independientemente de su monto. Así pues, todo aumento del monto de la multa no cuesta nada, mientras que toda disminución correspondiente de la probabilidad de aprehensión y condena, destinada a contrarrestar el aumento de la multa y mantener así un costo constante del castigo esperado, disminuye los costos del cumplimiento forzoso, hasta el punto del desvanecimiento si la probabilidad de la aprehensión y la condena se reduce a un nivel arbitrariamente cercano a cero” (pp. 353 y 354).

⁶ En el ejemplo trataremos el caso de dos empresarios, pero entiéndase que la colusión se puede acordar entre dos o más empresarios.

tener en cuenta que el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 dispone los beneficios a los que puede acceder quien colabore en la detección de prácticas anticompetitivas, con lo cual el comportamiento de quienes participan en un acuerdo colusorio puede variar de conformidad con la estrategia que adopten los demás.

Explicándolo de otra manera, cada empresario se enfrenta a la siguiente decisión: calcular el valor esperado del contrato por el que licita o concurra, que puede explicarse de la siguiente forma: una vez participa en la licitación existe una determinada probabilidad de que el contrato le sea adjudicado y, por ende, una determinada probabilidad de que no; a su vez, puede determinarse la probabilidad de que una vez adjudicado el contrato, su posterior ejecución se cumpla plenamente, con lo cual el empresario obtendría la ganancia o el valor del contrato; igualmente existe una probabilidad de que las cosas no salgan bien en el contrato y, por el contrario, el contratista sufra pérdidas. Aplicando el concepto de valor esperado (Naranjo Martínez, 2013, p. 99) se tiene:

$$E(cto) = [(ganancia * p) + (perdida * (1 - p))] * q$$

Donde

$E(cto)$: valor esperado del contrato

p : probabilidad de que el contrato sea ejecutado sin problemas

q : probabilidad de que el contrato sea adjudicado

De otro lado, el cálculo del valor esperado de efectuar la colusión puede describirse de la siguiente manera:

Existe una probabilidad de ser multado por la autoridad; esta probabilidad implica la probabilidad de ser detectado bien sea por la delación o por la acción de la autoridad, y la probabilidad de ser sancionado, dado que fue detectado. Al final, el valor esperado de coludir será igual al beneficio de la colusión menos el valor de la multa afectado

por la probabilidad de ser multado. Nuevamente usando el concepto de valor esperado se tiene:

$$E(col) = b - ma * P(det_{AA}) * P(san_{AA} | det_{AA}) - sp * P(det_{AP}) * P(san_{AP} | det_{AP})$$

Donde

$E(col)$: valor esperado de la colusión.

b : beneficio de la colusión.

ma : valor económico de la multa administrativa.

$P(det_{AA})$: probabilidad de ser detectado por la autoridad administrativa.

$P(san_{AA} | det_{AA})$: probabilidad de ser sancionado luego de ser (dado que es) detectado por la autoridad administrativa.

sp : valor económico de la sanción penal.

$P(det_{AP})$: probabilidad de ser detectado por la autoridad penal.

$P(san_{AP} | det_{AP})$: probabilidad de ser sancionado luego de ser (dado que es) detectado por la autoridad penal.

El valor esperado del contrato y el valor esperado de la colusión son las variables que cada empresario compararía para tomar su decisión, de la siguiente forma:

$$E(cto) < E(col) \rightarrow coludir$$

$$E(cto) \geq E(col) \rightarrow no\ coludir$$

Una vez en el contexto de la colusión, la norma penal abre la posibilidad de que se genere o inicie un juego sucesivo en el que tiene ventaja quien juegue primero, es decir, quien delate, por cuanto obtiene un

descuento en la sanción. Dicho juego se describiría de la siguiente forma⁷ (Naranjo Martínez, 2013, p. 65):

Conjunto de jugadores

Suponga una situación en la que dos empresarios coluden al participar en una licitación, entonces el conjunto de jugadores estaría conformado de la siguiente manera:

$$S_I = \{Em_1, Em_2\}$$

Conjunto de estrategias (Nash, 1951, p. 290)

Para el jugador que tome el primer turno sus estrategias serán

$$S_I = \{delatar, no delatar\}$$

Para el jugador que tome el segundo turno, las estrategias se describen de la siguiente manera:

- Delatar, sabiendo que el primero delató.
- No delatar, sabiendo que el primero delató.
- Delatar, sabiendo que el primero no delató.
- No delatar, sabiendo que el primero no delató.

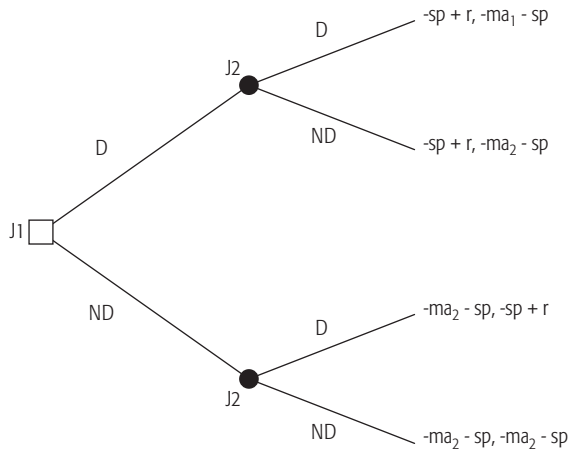
Conjunto de pagos

Los beneficios o pérdidas que se pueden obtener dependen de las decisiones que tome cada una de las empresas; así, por ejemplo, se puede obtener una sanción penal (sp), una multa administrativa parcial

⁷ De acuerdo con la teoría de juegos, para construir un juego se requieren tres elementos básicos: un conjunto de jugadores, un conjunto de estrategias por cada jugador y un conjunto de pagos.

(ma_1), una sanción administrativa total (ma_2) y un descuento en la sanción penal (r).

Una vez definidos los elementos de este juego, la representación extensiva es la que se muestra a continuación, lo cual nos sirve de base para hallar el equilibrio (Nash, 1951, p. 291):



Donde

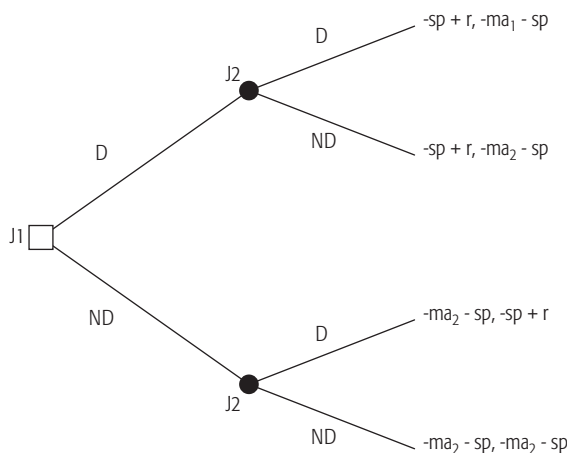
sp = sanción penal

ma_1 = sanción administrativa parcial

ma_2 = sanción administrativa total

r = rebaja o descuento de la sanción penal

Aplicando uno de los métodos de solución para hallar el equilibrio (Naranjo Martínez, 2013, pp. 111 - 115 y 339 - 354) en este juego se tiene



Lo cual indica que en este juego se espera que el jugador que ocupa la primera posición delate, y luego de ello, el jugador que ocupa la segunda posición también delate.

Resultados del juego

Como habíamos anticipado en líneas anteriores, el punto esencial que se debe develar es si el actual sistema sancionador de la colusión en la contratación pública es eficiente y cumple con los presupuestos de disuasión de la conducta.

Así, debemos señalar que, de acuerdo con como está diseñado el modelo de sanción, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 juega un papel fundamental en cuanto a la detección y posterior sanción de prácticas anticompetitivas que se llegaren a realizar dentro del marco sancionador de nuestro ordenamiento jurídico, aspecto que mencionaremos más adelante.

La primera hipótesis que debemos manejar es si la norma logra disuadir la colusión; para estos efectos hay que tener claro que si dos o más empresas deciden no coludir es porque individualmente cada una observa que la utilidad esperada podría ser mayor que el beneficio que

podrían obtener con la colusión, respecto a lo cual utilizando el concepto de valor esperado del contrato, ya señalado, resulta que este es mayor que el valor esperado de la colusión, con lo cual se tiene que se cumple el efecto disuasorio, ya que dentro de la utilidad esperada con la colusión está incluido la probabilidad de ser detectado por la autoridad y posteriormente ser sujeto de aplicación de la sanción.

No obstante, no en todos los casos la norma logra su efecto disuasorio y logra evitar la ocurrencia de prácticas anticompetitivas, ya que el empresario al momento de tomar la decisión de si colude o no colude no solo tiene en cuenta el monto de la sanción a la que se vería expuesto, sino que además analiza las probabilidades de ser detectado y posteriormente sancionado por la autoridad⁸. De aquí la relevancia del ya mencionado artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, toda vez que en la norma se previó el escenario una vez ocurrida la colusión, es decir, la norma no logra por sí sola evadir de la colusión en todos los casos a todos los empresarios; existen casos en los cuales el potencial infractor al hacer el análisis de si comete o no la infracción determina que el valor esperado del contrato es menor que el beneficio reportado con la colusión.

Así las cosas, una vez se ha producido la colusión, hablamos de que ya hay una concertación entre empresarios⁹, entonces la primera conclu-

⁸ Para Cooter y Ulen (1998), "El castigo de los delincuentes es probabilístico. Es posible que el delincuente no sea descubierto o aprehendido, o que sea aprehendido pero no condenado. Una persona que toma decisiones racionales toma en cuenta la probabilidad del castigo cuando considera cometer cualquier delito, incluido el abuso de confianza. Podemos decir que el abusador racional calcula un valor esperado del delito descontando la cantidad que espera ganar por la incertidumbre del castigo" (p. 554).

⁹ Cuando hacemos referencia a que ya exista concertación entre empresarios para la realización de la práctica anticompetitiva, hacemos referencia a cualquiera de las modalidades en las que se pueda presentar, bien sea repartiendo mercados, presentando ofertas de papel para que sea solo una la que cumpla con los requisitos exigidos, bien sea mediante supresión de ofertas para que solo sea una presentada una propuesta; en fin, lo importante es que con dicha concertación se cumplan los presupuestos señalados en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Resolución SIC n° 40901 de 2012.

sión que arroja el juego es que una vez se ha coludido, la pelea está en quién delata primero; veamos esto:

El escenario es el siguiente: dos empresarios deciden coludir, entonces ¿cuáles son las razones por las cuales se puede presentar el supuesto de la delación –artículo 14 de la Ley 1340 de 2009–? La respuesta puede ser que uno de los dos haya incumplido el acuerdo, un tercero se haya enterado y esté dispuesto a colaborar con la justicia, o simplemente que la autoridad, bien sea la SIC o la Fiscalía, lo haya detectado. Entonces, en cualquiera de esas situaciones es evidente que las condiciones iniciales del acuerdo variarán, ya que el empresario debe afrontar un riesgo adicional: la probabilidad de que con la información la autoridad lo sancione, con lo cual las reglas del acuerdo cambian y los participantes del mismo van a pelear por quién va a ser el primero en delatar y hacerse al beneficio otorgado por la ley.

En la representación extensiva nos adelantamos a esta conclusión, sin embargo, vamos a explicar el resultado que arrojó el modelo. Si el empresario 1 (J_1) decide delatar, el resultado de su comportamiento será que obtendrá una rebaja (r) en la sanción penal, y si es el primero, se librará de la totalidad de la sanción administrativa (ma_2), mientras que si el empresario 2 (J_2) decide también colaborar y delatar, por ser el segundo únicamente obtendría un descuento parcial en la sanción administrativa (ma_1) y se ganaría toda la sanción penal. Si uno de los dos decide colaborar y el otro no, el primero obtendría una rebaja (r) en la sanción penal y se librará de la totalidad de la sanción administrativa (ma_2), mientras que el que decide no delatar recibiría una sanción administrativa total (ma_2) y una sanción penal completa (sp).

Por otro lado, si ninguno de los dos decide delatar, aunque la autoridad ya haya detectado el acuerdo, cada uno de ellos recibirá la totalidad de la sanción administrativa por parte de la SIC (ma_2) y la totalidad de la sanción penal (sp).

En el evento en el cual nos encontremos en la situación en la cual se haya celebrado un acuerdo en un proceso de contratación pública, el incentivo que genera la Ley 1340 de 2009 es la delación, sobre la cual, si

el empresario que hizo parte del acuerdo colabora y delata el acuerdo, la norma establece que podrá exonerarse hasta por el 100 % de la multa a imponer; claro está, siempre y cuando sea el primero en delatar; para segundo, el beneficio obtenido ya no será del 100 % sino por un porcentaje menor. Ahora bien, la expedición del Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 de 2011- tipificó el delito de colusión en la contratación pública, con lo cual, como ya lo habíamos anotado, la realización de este tipo de conductas ya no solo queda en el plano administrativo sancionador, sino que además deja expuestos a los representantes legales de las empresas que celebren dichos acuerdos a penas privativas de la libertad.

De primera mano podríamos señalar que la intención del legislador era disuadir al potencial infractor de la norma de abstenerse de realizar este comportamiento, lo cual constituye el argumento de la disuasión, si observamos que “la hipótesis de la disuasión sostiene que un aumento del castigo esperado causa una disminución significativa del delito” (Cooter & Ulen, 1998, p. 585), sin embargo, el mismo artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 lo que hizo fue restar el efecto buscado con la delación en la Ley 1340 de 2009.

Si miramos en primer lugar la hipótesis de la disuasión, vemos que la severidad del castigo disminuye considerablemente la intención colusoria, sin embargo, en la práctica esto no logra evitar que el 100 % de los potenciales infractores a la norma se abstengan de realizar este comportamiento; si esto fuera así, en la actualidad, el número de investigaciones y sanciones por prácticas anticompetitivas sería igual a cero¹⁰, lo cual no está ocurriendo, es decir, aun cuando el régimen de sanción, tanto administrativa como penal, contempla sanciones altas, esto, comparado con otros países, como Chile, donde el monto de la sanción administrativa es muy similar al nuestro y no está tipificado

¹⁰ Según datos estadísticos de la propia Superintendencia de Industria y Comercio, al finalizar 2012 adelantaba, entre indagaciones preliminares e investigaciones, un total de 151 casos de prácticas comerciales restrictivas. Datos que pueden ser consultados en: http://www.sic.gov.co/documents/10157/78654/Estadisticas_Dic_12.pdf/6af05514-4d99-4b61-b4a7-62e631fcedeb?version=1.0

como delito la colusión en la contratación pública, per se no logra disuadir a la totalidad de potenciales infractores.

Por otro lado, considero que el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011 lo que hizo fue restarle valor a la herramienta de la delación consagrada en la Ley 1340 de 2009; veámoslo de la siguiente forma: si un empresario realiza una colusión en un proceso de contratación pública y luego de realizar el acuerdo decide delatar, antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011 solo se vería expuesto a la sanción administrativa por parte de la SIC, pero como decide delatar, el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 permitía, siempre y cuando se cumplieran los requisitos allí señalados, que la SIC se abstuviera de imponerle la multa hasta en su totalidad. Ahora, con la expedición de la Ley 1474 de 2011 –que tipificó el delito de colusión en la contratación pública–, bajo el mismo escenario, se sigue exonerando de la sanción administrativa pero no de la sanción penal.

Si uno de los participantes en el acuerdo decide delatar, ya sabemos que se puede exonerar de la multa que puede imponer la SIC, pero penalmente solo obtendría una rebaja de la pena establecida en el párrafo del artículo 27 de la citada Ley 1474 de 2011, que señala lo siguiente:

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.

Con el agravante adicional de que al delatar ante la SIC, el delator debe entregar las pruebas que soporten la delación, con lo cual, con otras palabras, deja servida su eventual condena en la jurisdicción penal. Entonces, el incentivo creado con la Ley 1340 se desincentivó con la Ley 1474, ya que los únicos que podrán delatar sin esperar ser sancionados penalmente son aquellos que no hicieron parte del acuerdo; respecto

a lo cual podría existir un problema de asimetría de la información, ya que los que conocen con exactitud el alcance del acuerdo son quienes participaron en él, los cuales ya no tienen incentivos para delatar y prefieren jugar con las probabilidades de ser detectados y luego sancionados por parte de la autoridad, tanto penal como administrativa.

3. IMPLICACIONES DEL MODELO ACTUAL DE SANCIÓN DE LA COLUSIÓN EN COLOMBIA (CONCLUSIONES)

De lo anteriormente señalado hay que anotar que hay un elemento que no se puede desligar al momento de realizar una práctica colusoria: el relacionado con la corrupción, porque, en últimas, aquí lo que se está tratando es un tema propio de corrupción; el problema en sí mismo no es la magnitud de la sanción, hay que tener en cuenta que nuestras sanciones son evidentemente altas, sin embargo, los comportamientos anticompetitivos se siguen presentando; al igual que pareciera ser un problema cultural la necesidad de “defraudar” al Estado, y la contratación estatal se ha convertido en la vía preferida para ello y, por ende, más utilizada para lucrarse de manera ilegal.

Entonces, el problema real no está en la sanción, el problema está en la aplicación de la misma. Vamos a ver el resultado del análisis atrás descrito:

- i) En primer lugar no era necesaria la tipificación de esta conducta como delito; considero que el ordenamiento penal colombiano contiene varias conductas en las cuales se podía encuadrar la colusión en la contratación estatal, como por ejemplo, el delito de estafa, “por lo tanto, la solución al problema no estaba en crear un nuevo tipo penal” (Archila Peñalosa, 2012, p. 3). Con lo cual la verdadera solución al problema es la aplicación de la ley (Posner, 2007, p. 357); aspecto en el que considero existe una falla de los organismos a los cuales se les atribuye la función de investigar y sancionar estas prácticas. Por un lado, tenemos la autoridad nacional de competencia, que es una entidad (la SIC) con un sinnúmero de funciones, entre de las cuales están las de competencia, sin pasar de ser una función más, lo cual es grave,

por cuanto día a día se le asignan funciones pero mantiene la misma estructura para el cumplimiento de las mismas. Por otro lado, tenemos a la Fiscalía General de la Nación, la cual tiene las herramientas legales pero serios problemas de aplicación de la ley, pudiendo incluso decirse que si las investigaciones por corrupción en la contratación pública (solo por tomar un ejemplo conductual cercano) no avanzan o son procesos de larga duración y sobre los cuales existe una mayor sensibilidad social, ¿que podría esperarse de una investigación penal por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública? Solo con el tiempo se podrá conocer el verdadero efecto de la norma penal en este caso; además porque hay que tener en cuenta que la inclusión de esta conducta como delito genera un desincentivo a la figura de la delación o colaboración en las investigaciones que lleva a cabo la SIC, aspecto que ya abordamos y sobre el que volveremos a continuación.

- ii) El artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 establece una serie de beneficios a los que pueden acceder quienes colaboren con la autoridad en la detección de prácticas que afecten la libre competencia, pudiendo incluso hasta exonerarse del total de la multa a imponer a quien siendo parte del acuerdo, decida colaborar con la delación o detección del acuerdo ante la SIC. Sin embargo, en el Estatuto Anticorrupción se estableció que podrá acceder a ciertos beneficios (como el descuento en la pena a imponer, tanto principal como accesoria) quien sea exonerado del total de la multa en las investigaciones que adelanta la SIC; entonces, si yo hago parte del acuerdo y delato, me puedo exonerar (si se cumplen los presupuestos del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009) de la sanción administrativa, pero no de la penal, y al delatar ante la SIC, los elementos materiales probatorios son los mismos que posteriormente le van a servir a la justicia penal para una posterior condena, claro está, reducida, razón

por la cual cualquier persona racional¹¹ preferirá no delatar, dado que es posible que pueda evitar que sea detectado por la autoridad¹² (Perloff, 2004, p. 449), y aun en el evento de ser detectado, preferirá la exposición a una imposición de sanción administrativa, teniendo en cuenta que si no colabora la autoridad tendrá la carga de probar el acuerdo y el grado de participación, cosa que también deberá hacer la justicia penal; existiendo aun la probabilidad de vencer en el proceso, cualquiera sea su naturaleza. Constituye, por lo tanto, un desincentivo a la finalidad de la norma; desincentivo que en nada se va a ver compensado con los efectos producidos por la norma penal. Así las cosas, la pregunta que surge al respecto es: ¿por qué el legislador solo estableció un descuento en la pena a quien colabore ante la autoridad de competencia? ¿Estamos solo frente a un mero capricho legislativo? Porque la conclusión que arroja tal error legislativo es que al Estado en nada le interesa otorgar beneficios por colaboración. Si la decisión era elevar a la categoría de delito la colusión en la contratación pública, debió, en consecuencia, otorgarse la exoneración de la sanción penal a quien colabore en el proceso ante la autoridad de competencia, y allí se exonere de la imposición de la multa.

- iii) El verdadero problema que sí requiere intervención legal para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales como la libre competencia económica –artículo 333 de la Constitución Políti-

¹¹ Para Mankiw (2012), “La teoría económica está poblada por una especie de organismo en particular a veces llamado Homo Economicus. Los miembros de esta especie son siempre racionales. Como administradores de una empresa, ellos maximizan las ganancias. Como consumidores, ellos maximizan la utilidad (o lo que es equivalente, eligen el punto en la curva de indiferencia más alta). Dadas las restricciones que enfrentan, ellos racionalmente valoran los costos y beneficios y siempre eligen el mejor campo de acción posible” (p. 494).

¹² Como bien lo señala Perloff (2004), “Algunos cárteles persisten... por tres razones. Primera, los cárteles internacionales, y algunos cárteles en algunos países, operan legalmente. Segundo, algunos cárteles ilegales funcionan creyendo que pueden evitar que se les detecte o que el castigo será insignificante. Tercero, algunas empresas pueden coordinar sus actividades sin realizar una colusión explícita y, por tanto, evitando las leyes sobre competencia” (p. 449).

ca- es la necesidad de que la autoridad nacional en materia de competencia sea dedicada únicamente a la aplicación de la ley de competencia. En ese mismo sentido se pronunció la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, (OCDE, 2009) al considerar dos aspectos puntuales que debilitan la política de competencia en Colombia; en primer lugar considera que

La SIC cuenta con autonomía administrativa, personalidad jurídica propia e independencia administrativa, financiera y presupuestaria. Sin embargo, en la medida en que el Superintendente es elegido libremente por el Presidente de la República y que puede ser cesado con libertad, se considera que su grado de autonomía respecto de la influencia del poder ejecutivo es reducido. También el cargo de Superintendente Delegado para la Competencia es de libre designación y destitución.

En segundo lugar, pero lo más importante, dice la OCDE que

Se considera una debilidad adicional que la SIC no sea una entidad dedicada únicamente a la aplicación de la ley de competencia. Tanto el Superintendente (que concentra las facultades resolutivas) como el Superintendente Delegado (que concentra o comparte con el Superintendente las facultades de investigación) tienen otras tareas. El Grupo de Promoción de la Competencia, que es la unidad exclusivamente dedicada a la aplicación de la ley de competencia, no ejerce en forma autónoma sus atribuciones tanto de instrucción de las investigaciones por conductas anticompetitivas, como de autorización de integraciones económicas.

En consecuencia, el Estado debe preocuparse más por fortalecer la figura del encargado de aplicar las normas de competencia, en este caso la SIC, para que sea un cuerpo administrativo con capacidad de investigar y sancionar la comisión de prácticas anticompetitivas (Posner, 2007, p. 352). Para que la SIC pueda aplicar y hacer uso de todas las herramientas otorgadas en la ley es necesario, y tiene la facultad para

hacerlo, que ponga un mayor énfasis en las vías que tiene para iniciar investigaciones:

a) La primera es fortalecer su capacidad investigativa; hay que recordar que en temas de libre competencia, la SIC puede iniciar investigaciones de oficio, por lo tanto, es necesario que exista una capacidad administrativa suficiente para detectar aquellos acuerdos anticompetitivos que afectan o tienen la potencialidad de afectar el mercado, y para el caso que nos ocupa, desviar el objeto de la contratación pública.

b) La segunda vía es a través de la información que genera la posterior denuncia. Esta vía se compone de dos elementos:

- 1) El primero de ellos, que podríamos llamar el mecanismo de información ex ante, el cual se basa en informar a la sociedad; pero una información basada en enterar a la sociedad de sus derechos como consumidores y a los competidores en el mercado, es decir, publicitar las vías y mecanismos que la ley otorga al conglomerado social para protegerse de prácticas torticeras, que en últimas, perjudican a toda la sociedad en su conjunto.
- 2) Un segundo elemento es el que podríamos llamar una información ex post, relacionada con informar, hacer de conocimiento público una sanción impuesta por violación a las normas de competencia; esto nos puede llevar a que, por un lado, los futuros consumidores sepan que la autoridad encargada sí está actuando, y en segundo lugar, a los potenciales infractores de la norma les genera un efecto de preventivo frente a la autoridad y la aplicación de la norma, con lo cual al aumentar la percepción de ser sancionados disminuye el beneficio de la infracción, lo cual es más eficiente que aumentar el monto y tipo de sanciones sin la posibilidad de una aplicación efectiva de las mismas.

Esto nos lleva a pensar lo siguiente: el régimen sancionatorio establecido en las normas de competencia es un régimen sancionatorio bastante alto, sobre todo si lo comparamos con el establecido en otros ordenamientos jurídicos, como el chileno o el peruano. Por lo cual, existiendo

la habilitación legal, la autoridad debe aplicar la sanción con el rigor que una infracción a este tipo de derechos amerita; pero hay que aclarar que la obligación de la entidad, en este caso la SIC, no para ahí; no basta con adelantar la investigación y al final del proceso, si a ello hay lugar, imponer la sanción; es necesario exigir al sancionado la acreditación de mecanismos para corregir la práctica sancionada, y adicionalmente, exigir el establecimiento de mecanismos que ayuden a evitar, por parte del sancionado, la futura violación de derechos relacionados con las normas de competencia, tales como un comité de promoción de la competencia, claro está, sujeto a evaluación y aprobación de la SIC como autoridad nacional en materia de competencia.

Por último debemos señalar que, según las cifras sobre corrupción traídas a colación en líneas anteriores, es un claro indicador que la contratación pública en Colombia se ha convertido en un foco de corrupción, donde más que problemas económicos o de mercado, también hay detrás problemas culturales, donde la defraudación al Estado cada vez es mayor, al igual que la percepción de corrupción en la sociedad, pero donde pareciera ser que en los organismos encargados de aplicar la ley las investigaciones no avanzan, por un problema, entre muchos otros, de ausencia de capacidad investigativa.

REFERENCIAS

- Archila Peñalosa, E. J. (2012). ¿Era necesaria la criminalización de los acuerdos colusorios? Contexto, 3.
- Bullard, A. (2009). Los monopolios son malos siempre. Perú Económico, 51-53.
- Clavijo, S. (2011, 30 de octubre). Anif. Centro de Estudios Económicos. Obtenido de sitio web de Anif: www.anif.co
- Cooter, R. & Ulen, T. (1998). Derecho y Economía. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Mankiw, N. G. (2012). Principios de Economía (6ª ed.). México, D.F.: Cengage Learning Editores, S.A. de C.V.
- Matallana Camacho, E. (2013). Manual de Contratación de la Administración Pública. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Naranjo Martínez, C. A. (2013). Lecciones de Matemáticas para Abogados 2.0. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

- Nash, J. (1951). Non-Cooperative Games. *Annals of Mathematics*, Second Series, 54(2), 286-295.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económico [OCDE] (2009). *Derecho y Política de la Competencia en Colombia*. París: Publicaciones de la OCDE.
- Perloff, J. (2004). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley.
- Porter, M. (2001). Competition and antitrust: Toward a productivity-Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures. *U. West. LAL Rev.*, 33, 17-227.
- Posner, R. A. (2007). *El Análisis Económico del Derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Real Academia de la Lengua Española (2001). *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Disponible en: www.rae.es
- Rodriguez-Raga, J. C. (2011, 30 de noviembre). Vanderbilt University. Disponible en: www.vanderbilt.edu
- Serrano-Pinilla, F. (2011, julio-diciembre). Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 19, 147-182.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: The Belknap Press of.
- Stiglitz, J. E. (2000). *La Economía del Sector Público*. Barcelona: Antoni Bosch.
- Transparencia por Colombia (2011, 30 de noviembre). *Transparencia por Colombia*. Disponible en: <http://www.transparenciacolombia.org.co>
- Transparency International (2011, 30 de noviembre). *Transparency International*. Disponible en: <http://gcb.transparency.org>
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Constitución Política de Colombia

Legislación colombiana

Ley 1340 de 24 de julio de 2009.

Ley 80 de 28 de octubre de 1993.

Ley 1150 de 16 de julio de 2007.

Ley 1480 de 12 de octubre de 2011.

Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992.

Legislación chilena

Decreto - Ley 211 de 1973.

Legislación peruana

Decreto Legislativo 1034 de 2008.

Decreto Legislativo 1017 de 2008.

Código Penal.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Sentencia de 19 de julio de 2001. C.P. Alier Hernández Enríquez. Radicación n° 11001-03-26-000-1996-3771-01 (12037).

Resolución

Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n° 40901 de 28 de junio de 2012.