

SISTEMAS PROCESALES Y TRATAMIENTO PROCESAL SANCIONATORIO DE LA COLUSIÓN: ANÁLISIS DESDE EL ÁMBITO PENAL Y ADMINISTRATIVO.¹

RESUMEN

Desde la detección de la colusión, como una conducta que afectaba el sano desarrollo de una economía, en la cual se priorizara el derecho a la libre competencia y de forma específica en el campo de la contratación estatal, las ramas del poder público han propendido por la búsqueda de estrategias legislativas y políticas públicas en búsqueda de su control y prevención; de allí, devino la búsqueda de sanciones que en un principio se dio con la adopción desde el ámbito administrativo sancionatorio y posteriormente con la implementación del estatuto anticorrupción y la creación del tipo penal sobre este fenómeno denominado acuerdos restrictivo de la competencias. Todas estas iniciativas, provienen o tiene su punto de partida en la intención de Colombia de ingresar a la OCDE, por ende, en sus múltiples recomendaciones se han adoptado dichas estrategias. De acuerdo a las experiencias extranjeras devenidas del primer congreso internacional Colombo-Brasileño, en torno al tratamiento penal de la corrupción y los delitos comunes, de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja y la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, se pretende realizar un recorrido y reconocimiento del tratamiento procesal que se da en los dos estados desde ámbito sancionatorio administrativo y penal.

PALABRAS CLAVES

Colusión, licitación pública, acuerdos restrictivos, carteles, prácticas restrictivas.

KEYWORDS

Collusion, public tender, restrictive agreements, posters, restrictive practices.

ABSTRACT

Since the detection of collusion, as a behavior that affected the healthy development of an economy, in which the right to free competition was prioritized and specifically in the field of state contracting, the branches of public power have provided the search for legislative strategies and public policies in search of their control and prevention; from there, it became the search for sanctions that initially took place with the adoption from the sanctioning administrative sphere and later with the implementation of the anti-corruption statute and its creation of the criminal type on this phenomenon called restrictive agreements of competences. All these

¹ Juan Carlos Galvis Martínez, Profesor de la Escuela de posgrados de Policía “Miguel Antonio Lleras Restrepo” (ESPOL) y de la Escuela de Investigación Criminal “Teniente Coronel Elkin Molina Aldana” (ESINC), funcionario de la Dirección para la Gestión Policial de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, Abogado Especialista en Derecho Administrativo y Maestrante en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás seccional Tunja, juancarlosgalvis89@gmail.com.

initiatives, come or have their starting point in the intention of Colombia to enter the OCDE, therefore, in its multiple recommendations such strategies have been adopted. According to the foreign experiences of the first Colombo-Brazilian international congress, around the criminal treatment of corruption and common crimes, of the Santo Tomas Sectional Tunja University and the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, it is intended to take a tour and recognition of the procedural treatment that occurs in the two states from the administrative and criminal sanctioning scope.

INTRODUCCIÓN

El impacto del fenómeno de la corrupción en Colombia en los procesos de la compra publica, ha tenido consecuencias negativas en el ámbito nacional e internacional, entre otras, como la identificación de la colusión en los procesos contractuales; situación que ha generado estrategias, políticas y legislaciones, como es el caso de la Ley 1471 de 2011 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, en la que se incluyó un nuevo tipo penal, teniendo en cuenta que hasta esa fecha se sancionaban desde el ámbito sancionatorio administrativo exclusivamente, y este cambio normativo el marca un derrotero el tratamiento de estas conductas. En el desarrollo del primer congreso internacional Colombo-Brasileño, en torno al tratamiento penal de la corrupción y los delitos comunes, por parte de la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja y la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, en el cual su eje principal fueron los delitos contra la administración pública y en especial aquellas conductas que generan corrupción en las actividades desplegadas por los funcionarios en la administración, surgió la iniciativa de generar un documento en el cual se compilara información respecto del tipo penal acuerdos restrictivo de la competencia y como se ha llamado en el ámbito administrativo sancionatorio “la colusión”; por ende, el presente artículo tiene como propósito estudiar cual es el tratamiento procesal y los sistemas procesales, en el campo del derecho penal y el administrativo de la colusión que se le da tanto en Brasil como el Colombia.

De acuerdo con lo anterior, se ha propuesto que en el desarrollo del estudio de ambas legislaciones como objetivo principal se ejecuten la identificación del procedimiento administrativo sancionatorio de la colusión en nuestra legislación y la brasileña; que se analice el tratamiento procesal penal del tipo penal en ambas naciones; y por ultimo describir las diferencias entre los dos sistemas.

1. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN DE LA COLUSIÓN

1.1. ANTECEDENTES

El primer referente de la colusión, se ubica en Estado Unidos, en donde se mencionaba como un cartel para generar practicas negativas a la libre competencia, teniendo como aspectos principales, los de acordar los precios y la repartición de

mercados. El primer cartel sancionado, mediante la aplicación de la Ley *Sherman Act* (ley para limitar los monopolios), en el año 1890 fue un acuerdo entre seis empresas de tuberías de hierro fundido, que dominaban el mercado en treinta y cinco estados de la unión americana, generando apariencia de rivalidad en los estados reservados, las empresas más prestantes, presentaban propuestas elevadas en los contratos y en las no reservadas, acordaban fijar precios bajos. (Jiménez 2019).

Más adelante, en Alemania las industrias de hierro y cemento se asignaban cuotas entre ellas, basadas en la experiencia o producción histórica y capacidad de cada empresa, teniendo en cuenta que ocasionalmente aumentaban estas cuotas, por lo tanto, se debían pagar penalidades; dichas actividades, se encontraban sin regulación y libres de legalidad; en algunas ocasiones se empleaba la figura conjunta de venta y en otras los consumidores se asignaban a cada uno de los productores. Esta situación que aumento con la culminación de la segunda guerra mundial en 1945, pues, con la reconstrucción de las ciudades y su malla vial, la necesidad de generar métodos de transporte propició el fortalecimiento de los carteles, *“Nótese que hoy en día los sectores de la economía más golpeados por los acuerdos colusorios siguen siendo los mismos: infraestructura, transportes y servicios públicos.”* (Jiménez, 2019, pág. 13)

En el caso colombiano para hablar de acuerdos restrictivos de la competencia, o como ha sido llamada esta práctica (colusión), desde el ámbito de la contratación estatal, es necesario precisar que el punto de partida para estas conductas, es la libre competencia económica, pilar fundamental de nuestro modelo de estado, y se encuentra protegida desde el artículo 333 de la Constitución Política. De acuerdo a lo establecido en el soporte de nuestra carta de derechos, el desarrollo de una política económica equitativamente competitiva garantiza que las empresas públicas o privadas reciban mejores bienes y servicios, de mejor calidad a precios más bajos y así los directamente beneficiados sean los ciudadanos; de otra parte, el Estado es llamado a intervenir y regular cuando observe fallas, con el fin de proporcionar escenario eficiente en los mercados, que según lo dicho por la Corte Constitucional:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.” (Corte Constitucional, 1997)

Es de resaltar, que un excelente desarrollo de mercado está enmarcado por los intervinientes en él, pues, estos se adecuan a los postulados establecidos por la legislación sin generar prácticas en contravía de los límites en ella, que perturben el desarrollo sano de la oferta y la demanda, sumado a esto, como se mencionó, la parte débil del mercado siempre debe estar beneficiada y protegida; de esta forma, es que los postulados podrían garantizar que los derechos de la competencia sean protegidos de las prácticas comerciales restrictivas como quedó establecido :

“Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales, Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico” Congreso de Colombia, 2009, art 2).

De igual forma el derecho al consumo *“tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”* (Congreso de Colombia, 2011, art. 1). De forma consecuente, el proceso económico del mercado, se basa en dos variables, la competencia y el consumo, que de forma análoga se adecuan a los pilares de la oferta y la demanda.

En concomitancia con lo dicho, la rama legislativa profirió la Ley 155 de 1959 por la cual se dictaron disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; más adelante, al remontarnos al año 1992, fecha en la que se expidió por parte del extinto Ministerio de Desarrollo Económico fusionado posteriormente para el año 2002, con el Ministerio de Comercio Exterior, surgiendo con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Es esta entidad descentralizada de la rama ejecutiva del poder público, a la que fue otorgada la facultad de inspección, vigilancia y control de las prácticas restrictivas de la libre competencia, mediante la potestad a la que se refiere el artículo 44, en los siguientes términos;

“AMBITOS FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.” (Ministerio de Desarrollo Económico, 1992. Art. 44).

Por otro lado, en atención a la competencia legal mencionada, por primera vez en el Estado Social de Derecho, se mencionó como una conducta sancionable; desde el ámbito de un procedimiento administrativo sancionatorio, así:

“ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto 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.” (Ministerio de Desarrollo Económico, 1992. Art. 47).

Posteriormente, fue expedida la Ley 256 de 1996 Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal y más adelante se profirió Ley 1340 de 2009 mediante la cual se crearon normas en materia de protección de la competencia y se adicionaron algunos apartes al Decreto 2153 de 1992, así como también, la competencia privativa de las investigaciones administrativas, la imposición de multas, la adopción de las demás decisiones administrativas que deban tomarse por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y también estímulos a los denunciantes de dichas prácticas. Cronológicamente, se profirió el Decreto 3523 de 2009 por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias; pero este último fue derogado por el Decreto 4886 de 2011, en el cual se incluyeron funciones y obligaciones al Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Por último, en el año 2011 fue expedida la Ley 1474 llamada el estatuto anticorrupción, normatividad tramitada y adelantada bajo los postulados de lucha contra el fenómeno de la corrupción y formulada bajo ocho postulados, entre los que se estableció la búsqueda de medidas administrativas, penales, disciplinarias para atacarla (Jaramillo & Franco, 2017), así como políticas para combatirla y organismos encargados de su control y sin dejar a un lado la implementación de políticas públicas para fundamentar la lucha de forma pedagógica. El aporte normativo mencionado estableció y adicionó las siguientes prácticas como tipo penal:

“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.” (Congreso de Colombia, 2011, art. 27)

Otorgando una doble naturaleza, pues al ser una práctica sancionable en materia administrativa, ahora también desde un enfoque penal. Pero, no solo en la búsqueda de la protección de la libre competencia en el ámbito general, sino que específicamente en los procesos de la compra pública en Colombia; en los cuales, por sus cifras elevadas, como es el caso del año 2019 que el presupuesto general de la nación para la ejecución de las actividades estatales tiene monto aprobado por el Congreso de la Republica de \$258.009.000.000.00 (Presidencia de la república, 2019), el manejo de recursos, han resultado a través de la historia como negocios atractivos para la ejecución de prácticas incorrectas, desleales y anticompetitivas.

1.2. DEFINICIÓN

Para comenzar a acercarse a una definición de la colusión o los acuerdos restrictivos de la competencia, se debe precisar que como punto de partida para estas conductas es la corrupción y que en el desarrollo de este flagelo social se han registrado estas conductas, así como lo menciona:

“En términos generales el fenómeno de la corrupción deriva indefectiblemente de un problema de agencia, o también denominado problema principal-agente, que se configura cuando los intereses del gerente o ejecutor (agente) no están alineados con los de los dueños de la organización (principal), de manera que los incentivos individuales del primero hacen que utilice su posición para su propio beneficio a costa de la utilidad del principal, que es el generador de la oportunidad que el agente quiere aprovechar de manera egoísta; entonces, la corrupción constituye la manifestación de un problema de agencia, determinado por el hecho de que el agente-gerente preferiría una ganancia directa por un acto que no se compadece con las directrices dadas por la junta directiva- que es la que representa a los principales-.y que tiene un probabilidad razonablemente baja de ser descubierto, mientras que obtenga por ello sea mayor a la conseguiría ejecutando los mandatos del principal, con el salario devengado y la reputación social con que cuenta.” (Safar, 2018, pág. 275).

En otras palabras, la tesis de la autora menciona que la corrupción se debe al agente dentro de la organización que sobrelleva los procesos de contratación, que, por la falta de control, o por el escenario comercial que se genera en el proceso, y que existe un riesgo muy bajo de ser descubierto, asumes el riesgo de ejecutar estas maniobras, sumado a ello, que al realizar estos actos obtendría una ganancia mayor a la que percibirá si fuera coherente a los mandatos de la institucionalidad. En el espectro de la compra publica, se podrían identificar como los principales dueños de la organización a los habitantes del territorio nacional y los servidores elegidos mediante el voto popular o los designados por ellos, los funcionarios de carrera administrativa, directivos, contratistas y demás servidores serían los agentes y los llamados a propender por un sano desarrollo contractual, protegiendo así los intereses de los principales propietarios de la organización estatal, pues son ellos los directamente responsables; en este caso, la corrupción se presenta cuando el cliente, contratista u oferente ofrece o promete situaciones que son fáciles de

maquillar y que no existe mayor riesgo de ser descubiertos por las autoridades. (Safar, 2018, pág. 275).

Al referirse a las prácticas restrictivas de la competencia, no se puede dejar a un lado, el termino por el que se ha conocido a través de la historia “colusión”, pues es el primer calificativo utilizado en Colombia y ha sido el derrotero en la conceptualización de estas prácticas, después de la Constitución de 1991 y con la entrada en vigencia del Decreto 2153 de 1992, se dispuso como conductas sancionables la colusivas. Posteriormente, con la cualificación como tipo penal por parte del Estatuto Anticorrupción mencionado con antelación, en el que se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción.

Para mayor claridad, la colusión se da bajo la presencia de conductas empresariales que pretenden dejar a un lado las bondades de la libre competencia económica en la contratación estatal, y está llamada a ser protegida, para que sus participantes estén en igualdad de condiciones, en un mercado sin barreras de entrada o de prácticas negativas (Corte Constitucional, 2001) y no puedan apropiarse indebidamente de los beneficios de la económica social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos, sino de unos pocos. Estas prácticas, comprenden los carteles empresariales y los abusos de posición dominante en el mercado (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019). Dichas actividades restrictivas de la competencia, radican en acuerdos entre competidores que conciertan maniobras, cuyo propósito es aumentar el beneficio económico de todos por medio de la elusión de la competencia, generando practicas paralelas que prevengan, restrinjan o distorsiones la competencia (Giralt, 2017). La tesis que confluye en los acuerdos anticompetitivos o restrictivos, se despliega desde la teoría de los costos de transacción de Ronald Coase (Coase, 1937).

Según la definición dada por (Jiménez, M, 2019) la define como “Para algunos académicos, la colusión es una conducta inusual o lo que las firmas generalmente exhiben en los mercados, es algo de tribalismo como una conducta natural del proceso competitivo. Por el contrario, hay quienes, como Adam Smith sostienen que cuando los empresarios del mismo gremio se reúnen así sea para departir en un evento social, la conversación termina en una conspiración contra el consumidor para acordar el incremento de los precios.”

En el escenario nacional, dentro del derecho de la competencia y dentro del mercado de la contratación pública, la colusión es un acuerdo mañoso, con índole ilegal acordado por los proponentes en un proceso de selección, para deformar un consistente de la competencia, que en la mayoría de las oportunidades es el precio o puede verse la distorsión de la calidad o cantidad de los bienes y servicios (Jiménez, 2019).

La Honorable Corte Suprema de Justicia, la define de la siguiente manera: *“las maniobras fraudulentas pueden provenir del acuerdo de las partes (colusión) para perjudicar a terceros, o de una de las partes para perjudicar a la otra ”*(Corte

Suprema de Justicia, 1995), se vislumbra, como esta clase de artimañas pueden generar efectos negativos en un acuerdo económico, y de forma latente en la contratación estatal, que entre otras cosas, los directamente afectados serían los destinatarios de los bienes y servicios contratados, es decir, los ciudadanos de a pie que hacen parte del engranaje del estado.

Para ahondar en una aproximación al concepto del tema central, se debe tener en cuenta sus características: que el acuerdo debe ejercerse sobre adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de los términos de las propuestas, con la finalidad de obtener mayores beneficios para lograr la adjudicación (Galvis, 2016); también se podría analizar la colusión desde dos contextos diferentes en su noción, que de una u otra forma se encuentran conectados en los procesos de la contratación pública, teniendo en cuenta sus presupuestos y fines; como son: los efectos mercantiles que generaría desde el ámbito del mercado, la protección a los bienes jurídicos del cumplimiento de los objetivos de la compra pública y el otro es quebrantamiento al bien jurídico de la administración pública y su derecho intrínseco a la libre competencia (Ossa, 2014).

Por último, es transcendental establecer que las prácticas son aquellas desarrolladas o propuestas por uno o más proponentes en el transcurso de una convocatoria pública, en donde, retiran ofertas, se reparten los contratos a lo largo del tiempo, presentan propuestas destinadas al fracaso entre otras y de allí ha devenido la necesidad estatal de ejercer control sancionatorio, en un inicio en el ámbito administrativo y hoy en día también desde el ámbito penal. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014).

1.3. MODALIDADES, ALCANCE Y EFECTOS

La colusión puede presentarse a lo largo y ancho del andamiaje de la compra pública, pues como ya se dijo, con la intención de generar ventaja se crean artificios que buscan perjudicar a los rivales en los procesos de la contratación, pero sus mayores efectos se proyectan en los procesos licitatorios, por ser esta modalidad de selección por medio del cual se realizan las adquisiciones de bienes y servicios de mayor envergadura y por lo tanto, se presentan situaciones que restringen la libre competencia, como se ha dicho *“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); aunado a ello, se trata de un procedimiento reglado, que por su propia estructura puede facilitar la conformación de estos acuerdos. (Galvis, 2016).

Ahora bien, para aclarar que en el presente aparte se ha abordado la colusión como una conducta que suele presentarse en la contratación estatal, pero, como fue dicho *“Un sector doctrinario considera posible la configuración de una práctica anticompetitiva colusoria en la contratación privada, teniendo en cuenta que la norma no distingue entre la contratación pública o privada”* (Jiménez, 2019), es de resaltar, que en esta misma visión la Superintendencia de Industria y Comercio (Jiménez, 2019, pág. 9) debería conocer de tales asuntos, es decir, de los acuerdos

anticompetitivos en el marco de la contratación pública. En ese orden, para fundar el argumento se debe analizar lo normado en el artículo 860 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio:

“ARTÍCULO 860. LICITACIONES PLIEGO DE CARGOS. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.” Congreso de Colombia, 1971).

Al aplicar un simple ejercicio de hermenéutica, se podría inferir que el legislador determinó mediante este postulado legal, que esta clase de selección en un proceso de contratación también se podría aplicar al ámbito privado.

En consecuencia, en el Congreso de la Republica cursa el proyecto de Ley dentro de la Cámara de Representantes N°05 de 2017, mediante el cual se proyecta modificar el artículo 410 A del Código Penal, con la intención de abarcar el ámbito de la contratación privada respecto de los acuerdos restrictivo de la competencia, pero esta situación de abordará más adelante. En ese orden de ideas, para que se de un escenario propicio para la colusion, deben converger las siguientes condiciones:

“(i) un mercado concentrado en el para que tenga lugar la colusion: (ii) inexistencia de una franja de pqueños vendedores; (iii) demanda inelastica a un precio competitivo; (iv) la entrada a mercado puede llegar a tomar bastante tiempo; (v) existencia de un numero significativo de consumidores; (vi) el producto demandado es estandarizado; (vii) las principales firmas venden al mismo nivel en la cadena de distribuccion; (viii) el precio resulta ser la principal variable de la comeptencia; (ix) existneci de una alte poroporcion de costos fijos a variables; (x) demanda estatica o decreciente en el tiempo; (xi) posturas en sobre sellado; y, (xii) inexistencia de registros sobre las conductas anticompetitivas colusorias.” (Jiménez, 2019, pág. 9).

Desde el ambito internacional en atencion a los lineamientos establecidos por la OCDE, los alcances de la colusion podrian ser:

“La manipulación de licitaciones puede tomar diferentes formas, aunque todas obstaculizan los esfuerzos de los compradores —que con frecuencia son gobiernos nacionales y locales— para obtener bienes y servicios al menor precio posible. A menudo, los competidores acuerdan con anticipación quién presentará la oferta ganadora para un contrato que se adjudicará por medio e un proceso de licitación. Un objetivo común en una conspiración para manipular licitaciones consiste en aumentar el monto de la oferta ganadora y, con ello, el monto de utilidades para el oferente ganador.” (OCDE, 2014).

De otro lado, en las modalidades de selección de la contratacion estatal, se han logrado individualizar, de acuerdo a la resolucion 276 de 2019, señales de advertencia que sirven para identificar posibles conductas colusorias, como lo son:

- Se presentan cotizaciones similares para la elaboracion de los estudios previos
- Observaciones muy similares para la elaboracion de los estudios previos.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Similitud de forma y formatos en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Identidad en certificaciones, datos y de personal entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con numeros consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultaneamente, incluidas las polizas de seriede de la oferta cuando son emitidos por la misma entidad.
- Observaciones similares al informe de evaluacion de propuestas.
- Subcontratacion de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019)

Bajo este escenario, las modalidades indetificadas o las maniobras que se despliegan de acuerdo a la experiencia sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio son las siguientes actividades: (i) intercambian informacion sensible sobre las posturas de cada oferente, (ii) se abstienen o no presentan propuestas, (iii) retiran las ofertas presentadas, (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso – propuestas complementarias, (v) en licitaciones repetidas en el tiempo (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posicion de licitantes en una segunda subasta efectuada solo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

Referente de lo dicho, sobre la modalidades y alcances de la colusion, se debe mencionar que al desplegar estas actividades producen una serie de efectos negativos al andamiaje estatal; que de acuerdo, con el estudio realizado por la entidad con la competencia administrativa sancionatoria y la que se ha encargado de su control, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio, son: (a) la limitacion de la libre competencia y la participacion de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia. (b) el estado puede resultar por el incremento de los costos que representa la participacion de proponentes idoneos, pues estos generarian inconvenientes al proceso de la compra publica, que posteriormente se deberian subsanar. (c) se generan asimetrías de informacion entre los proponentes, produciendose así errores en el sano desarrollo de los procesos contractuales. (d) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad. (e) se afecta

negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2019).

1.4. CONDUCTAS COLUSIVAS

1.4.1. EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

En el curso de los procesos contractuales, se han registrado conductas en la etapa de la elaboración de pliegos de condiciones y la presentación de ofertas, que han permitido establecer que la etapa precontractual es la más vulnerable del proceso; entre ellas se distinguen, en la elaboración de los pliegos, el intercambio de información entre los funcionarios y los futuros proponentes, con la intención de enfocar la adjudicación, también se propone o establece un precio bajo para garantizar concesión del contrato, pero sin dejar a un lado la posibilidad de establecer condiciones, que más adelante permitan el equilibrio o desarrollo del contrato y extender el tiempo de ejecución.

De forma continua, en la etapa de presentación de ofertas se suelen presentar conductas como, posturas encubiertas o cover bidding, con características que van entre acordar una oferta más elevada, que como resultado se genere el ganador de forma intencional, otro competidor presenta una oferta extremadamente más elevada que las demás o como final opción presentan una oferta con condiciones que deberían ser rechazadas por la entidad, y todo esto con la única intención de generar ofertas para no obtener la adjudicación. De otra parte, se presenta la modalidad de supresión de ofertas, que básicamente consiste en que los competidores que buscan el acuerdo colusivo se abstiene uno o varios, o retiran las ofertas con el fin de que la adjudicación se le otorgue a alguno de ellos. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2016).

Por último, dentro de estas actividades irregulares se encuentran la rotación de ofertas y la asignación de mercados, que consisten en que las empresas acuerdan turnos para ganar los procesos y se dividen el mercado o zona dentro de los competidores respectivamente.

1.4.2. EN LA ETAPA CONTRACTUAL

Esta etapa, no es ajena a las actividades desarrolladas por los competidores que han acordado manipular el proceso, pues allí, como ya la adjudicación se ha llevado a cabo, buscan beneficiar a los integrantes de los acuerdos que no fueron objeto de la asignación del proceso, por medio de la subcontratación o utilizan la figura de cesión del contrato. El otro escenario, en que se puede presentar es en la liquidación del contrato, pues hay carteles en los que su estabilidad económica es tan alta que pueden esperar sus beneficios por ser coludidos y abstenerse de participar o hacerlo de manera deshonesto; incluso, se podría llamar como una

dosimetría de los acuerdos colusorios y a esta práctica se le suele llamar side payments. (Jiménez, 2019, pág. 25).

1.5. LA OCDE Y SU INCIDENCIA EN LA COLUSIÓN.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), tiene sus orígenes y fue antecedida en Europa por La Organización para la Cooperación Económica Europea (OCEE) y su creación se dio el 30 de septiembre de 1961 y surgió tiempo después de la posguerra, con la intención de fomentar la cooperación y la recuperación y su objetivo primordial es crear políticas para fortalecer y acrecentar las economías de sus países parte y así, conseguir que la economía y el desarrollo social de los países crezcan. (Galvis & Ortiz, 2018). Para que un país ingrese, debe recibir invitación directa, contar con la aprobación de los demás países integrantes y que la aceptación no se de en termino de mayorías, sino que se debe lograr un consenso. (Vallejo, 2018).

En ese orden de ideas, la OCDE para recibir a un país dentro de sus integrantes, exige una serie de garantías en el sistema social, político, económico y legal, respecto de situaciones anómalas que estudien y que, por su naturaleza, consideren que no es dable aceptarlo dentro de sus estados parte. El punto de partida del caso que nos incumbe, o sea la colusión, se da en el año 2009 con la expedición de los Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en la Licitaciones Públicas(Vallejo, 2018), en dicho documento se precisa el desarrollo de estas prácticas y se establecen medidas para combatirse(OCDE, 2014), y que *“de las recomendaciones de los 23 comités temáticos, que abarcan asuntos ambientales, comerciales, tributarios, educativos, laborales, entre otros. Según el informe del CELA”* (Vallejo, 2018), es de anotar, que estas recomendaciones no son vinculantes, pues de acuerdo, a sus experiencias en los países que hacen parte, propone políticas e iniciativas que han funcionado allí.

Subsiguientemente, para el año 2012 la OCDE expidió la Recomendaciones para combatir la colusión en la contratación pública, mediante la cual la organización sugiere políticas para los países miembro y para lo próximos a ingresar, como es el caso colombiano y como se ha previno, estas sugerencias no son obligatorias, pero si conminan a que los países revisen y de observase la necesidad legisle en atención a ello, en busca de rectitud en sus procesos contractuales. En atención a estas iniciativas, el gobierno de Colombia en el año 2011 manifestó su intención de pertenecer a la organización. (Vallejo, 2018).

Del mismo modo, que la OCDE existen una serie de organismos internacionales como Naciones Unidas ONU, UNCITRAL, el Centro Internacional de Arreglo a Diferencias relativas a Inversiones CIADI, la Organización Mundial del Comercio OMC, Banco Mundial BM, pero estas últimas no serán objeto de pronunciamiento para el caso que nos ocupa; pero, lo que sí es de interés, es ese papel fundamental que ha venido ocupando la OCDE, pues estas ha generado política públicas y legislaciones específicas sobre las materias recomendadas, que el caso que nos atañe es la contratación estatal, como se mencionó:

“Organismo internacionales como Naciones Unidas, ONU (UNCITRAL o CNUDMI), el Centro Internacional de Arreglo a Diferencias relativas a Inversiones CIADI, la Organización Mundial del Comercio, OMC, Banco Mundial BM, y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, a través de varias convenciones y documentos como la “Convención las Naciones Unidas contra la Corrupción” integrada al ordenamiento jurídico por la Ley 970 de 2005, la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales” de 1997, “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas “ de 2009 y “Combatiendo la colusión en los procesos de contrataciones que se en Colombia” de 2014, además de todas aquellas recomendaciones que se encuentra en la hoja de ruta emitida por OCDE como parámetro para ingresar a su seno, han tenido gran influencia de decisiones legislativas, judiciales y administrativas internas, particularmente relacionadas con el sector de la contratación pública. Es común ver algunas normas cuya motivación está dada por recomendaciones OCDE, como las Leyes 1753 de 2015, 1778 de 2016, 1819 de 2016, entre otras.” (Barreto, 2019, pág. 6).

De este modo, la OCDE ha basado todas estas recomendaciones en políticas desde cierto parámetros, que buscan entre otras cosas mejorar o producir una atmósfera enfocada y con la mayor presencia posible de transparencia en los procesos de compra pública, protegidos o fortalecidos con las políticas y legislación que se han venido trayendo a colación; basado en tres directrices según Barreto, A (2019), “i) trato justo e igualitario a cada uno de los interesados en ser contratistas; ii) libre acceso al proceso a través de un portal online e intuitivo vierto a la comunidad nacional e internacional y iii) aseguramiento de la visibilidad de los fondos públicos en cada etapa del proceso de contratación” (Barreto, 2019, pág. 9).

1.5.1. HERRAMIENTAS EN LA LUCHA CONTRA LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

A. PRIMERA HERRAMIENTA: LINEAMIENTOS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES PÚBLICAS EMITIDOS POR LA OCDE

En el curso del ingreso de Colombia a la OCDE, como ya ha mencionado, se han librado ciertos documentos en los cuales se generan recomendaciones para la aplicación de políticas y legislaciones. entre ellas se han analizado cinco parámetros:

“1. Buscar medio para garantizar la transparencia en la adjudicación de los contratos públicos; 2. Mejorar el manejo de las funciones de la contratación pública; 3. Fortalecer los mecanismos de control; 4. Desarrollar guías para usar la contratación pública como un instrumento para la innovación, y 5. Evaluar individualmente los contratos para luego generar estadísticas unitarias de mayor complejidad.” (Barreto, 2019).

En el caso de la contratación pública y específicamente los casos de corrupción por la colusión, se produjeron estos lineamientos, que se basan en tres parámetros, como son: a) trato igualitario para los oferentes; b) accesibilidad en los

portales de internet de las entidades, abiertos al público en general; c) transparencia y visibilidad de los fondos públicos en todo el recorrido del proceso. (Barreto, 2019, pág. 9). Teniendo como punto de partida, que en la modalidad de selección de licitaciones públicas, pues como se ha descrito en estos procesos los oferentes pactan maniobras en secreto, para conspirar aumentando o disminuyendo los precios o reduciendo las calidades de los bienes, que son objeto de la licitación y así, lo que busca el documento es precisar e identificar los riesgos que tienen estos procesos; entre ellos, se mencionan las ofertas de resguardo o complementarias, supresión de ofertas, rotación de ofertas y asignación de mercado. Por otro lado, identifican las características de los productos y servicios que fomentan la colusión; aunado a ello, especifican una lista de verificación para blindar al proceso y así evitar los acuerdos colusorios. (Galvis & Ortiz, 2018).

B. SEGUNDA HERRAMIENTA: RECOMENDACIONES DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA.

Tomando como punto de partida, los Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas y el informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Practicas de Contratación Publica en Colombia, la OCDE (Galvis & Ortiz, 2018), obtuvo conclusiones y experiencias, para recomendar el tratamiento en la colusión en Colombia. Se propusieron, las recomendaciones de i) evaluar las características de las legislaciones y practicas sobre la contratación pública y la probabilidad que tienen de permearse por la colusión; ii) que los miembros de las entidades públicas que desarrollan los procesos contractuales, conozcan las modalidades de ofertas inusuales y sepan cómo tratarlos; iii) que todos los miembros del gobierno que ejecutan los procesos sean invitados a tratar las modalidades colusivas y combatirlas; iv) que los miembros creen herramientas para evaluar y medir el impacto de la competencia, respecto de las legislaciones; v) a los miembros a difundir estas recomendaciones (OCDE, 2012). Es así, como la OCDE genero un escenario para que Colombia propendiera por generar un espectro de seguridad y fortaleciendo una competencia más eficaz, entre los competidores de sus procesos de compra pública.

2.SISTEMA PROCESAL Y TRATAMIENTO PROCESAL EN EL ÁMBITO SANCIONATORIO DE LA (COLUSIÓN), EL NUEVO TIPO PENAL TRATAMIENTO RESTRICTIVO DE LA COMPETENCIA Y SU SÍMIL EN BRASIL.

2.1. SISTEMA PROCESAL PENAL Y ADMINISTRATIVO COLOMBIANO Y EL BRASILEÑO

2.1.1. COMPETENCIA SANCIONATORIA.

El referente del desarrollo de la potestad sancionatoria para el caso colombiano es el ejercicio de *Ius Puniendi*, que básicamente se transcribe, como una consecuencia o reprimenda por parte del Estado al quebrantamiento de un bien jurídico tutelado y que fue desarrollado por la Honorable Corte Constitucional:

“18. El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, así reconocida por la jurisprudencia, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o ius puniendi, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional.” (Corte Constitucional, 2009).

En atención a lo dicho, por nuestro tribunal constitucional, esa facultad de sancionar o reprender a las personas naturales o jurídicas, por la transgresión de lo establecido en las leyes, que no tienen otro objeto que producir límites al desarrollo de los derechos y libertades, razón por la cual, se considera que es la forma más efectiva con la que cuenta cualquier Estado y esta deviene del otorgamiento de poder por parte de los administrados mediante el contrato social, definido como:

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social” (Moreno, 2016 pág. 11).

En concordancia, con lo dicho en Colombia bajo un leve análisis del sistema procesal penal, lo primero que se observa es que desde la promulgación del acto legislativo N° 03 del 19 de diciembre de 2002, se inició el proceso de reforma al sistema penal, como alternativa al sistema mixto existente para ese momento; dicho sistema, propone una serie de características que maximizan su adecuación, entre las cuales se destacan: i) la división de roles en tres la Fiscalía y el Juez, ii) Principio de oportunidad, iii) Control de garantías, iv) Oralidad en audiencias, v) Principio de concentración. Se debe tener en cuenta, que en Colombia el proceso penal está dividido en dos fases (Gómez, Bayona, Ospina & Mejía, 2017): la investigación y el juzgamiento, repartida de forma bilateral en la Fiscalía General de la Nación la primer y la segunda en la rama judicial, por intermedio de sus jueces. (Reyes, 2005).

Ahora bien, en referencia al sistema procesal penal brasileño, lo primero a tener en cuenta, es que Brasil es una república federal, compuesta por justicias estatales en sus 26 estados y 1 Distrito Federal según lo instituido en su Constitución así, “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (Asamblea Constituyente, 1988, art. 18). Teniendo en cuenta, su organización político administrativa existe un modelo de organización, llamado la unión (Asamblea Constituyente, 1988, art. 20) y es por medio de ella que se organiza la política criminal, el tratamiento y legislación de la violación de la normatividad penal, los sistemas procesales, y también otros asuntos de índole nacional y todo esto se debe a que:

“El Poder Judicial brasileño está dividido, fundamentalmente, en dos ramas: una vinculada a la Unión y otras 27, de carácter estadual, correspondientes a cada

uno de los Estados de la federación. El Poder Judicial de la Unión, a su vez, se subdivide, según la materia puesta en discusión, en la Justicia del Trabajo (que resuelve, fundamentalmente, cuestiones laborales, Justicia Electoral (responsable por conducir las elecciones y por los litigios vinculados a esos pleitos, Justicia Militar (exclusiva para el tratamiento de crímenes militares y Justicia Federal (con competencia residual federal, para el examen de cualquier causa que envuelva intereses de la Unión o de personas a la misma relacionadas y que no estén comprendidas en las atribuciones de los otros órganos del Poder Judicial de la Unión” (Arenhart, 2008).

Así mismo, a diferencia de nuestra organización política y de las ramas del poder público; en Brasil, quedó instituido en su Constitución la división y organización, del llamado poder judicial en su artículo 92, en Tribunal Federal Supremo, Consejo Nacional de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Superior de Trabajo, los Tribunales Regionales y Jueces Federales, los Tribunales y Jueces Laborales, los Tribunales y Jueces Electorales, los Tribunales y Jueces Militares, los Tribunales y Jueces de los Estados y del Distrito Federal y Territorios(Asamblea Constituyente, Brasil, 1988).

En ese orden, la legislación sobre el tema procesal siempre es federal y directamente el tema que nos atañe, es decir, el procesal penal es tratado mediante el Decreto Ley N ° 3.689, de 3 de octubre de 1941 Código de Processo Penal [*Código de Procedimiento Penal*], (Presidencia de la Republica, Brasil, 1941) en donde encontramos elementos y actores como el Juez, el Ministerio Publico , el jurado, el acusado y su defensa, que convergen en la asimilación e interpretación que en la República Federal del Brasil el sistema penal es acusatorio, de acuerdo con lo mencionado,

“Por el contrario, desde las antiguas Grecia y Roma, en donde tuvo sus orígenes, el sistema acusatorio se aprecia en estados democráticos, y de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones.

Junto a la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, son las condiciones más connotantes del sistema acusatorio.” (Avella, 2007).

En consecuencia, y al tener presente, que los elementos que confluyen en la determinación que un estado aplique un proceso penal acusatorio, son las garantías aportadas al proceso, que se determinan iniciando con la separación de poderes y de ciertas fases en el procedimiento. Sumado a lo dicho, dentro de los elementos legislativos que desembocan el desarrollo del sistema procesal penal se encuentra Decreto Legislativo del 2.848 de 7 de diciembre 1940, Código Penal brasileño (Presidencia de la Republica, Brasil, 1940). Retomando la interpretación de la clase de sistema penal que se utiliza en el estado brasileño, se infiere que es un sistema acusatorio, pero algunos autores mencionan que *“la investigación penal es iniciada*

por la policía, y sólo interviene el Ministerio Público a partir del inquérito policial” (Mendonça, 2012), y es así que el sistema procesal penal brasileño, se podría catalogar como sistema acusatorio mixto (Pucheta, 2017).

Por otra parte, desde el ámbito sancionatorio administrativo, también se ejerce esa potestad estatal del *ius puniendi*, tanto en Brasil como en Colombia, y es en este último Estado en donde esta jurisdicción, es ejercida por la rama ejecutiva del poder público atendiendo a los postulados de la Constitución Política de Colombia (Asamblea Constituyente, 1991), otorga facultades y competencias para garantizar un eficiente ejercicio de la función administrativa, como ha sido definida “ La cláusula de *Estado social de Derecho* (art 1° CP) implica que este asuma un rol activo y principal como promotor de toda la dinámica social, lo que en los últimos veinticinco años ha provocado un incremento considerable de las funciones y actividades que están a su cargo, en aras de cumplir con los fines asignados (art. 2° CP) (Laverde, 2018 pág. 15)” y es así, que mediante el enfoque de la función administrativa, al dirimir conflictos en donde versan la violación de algún interés intrínseco de los conciudadanos, se pone en práctica esta potestad sancionadora, que ha sido explicada “*Se concretan la facultad de las autoridades administrativas de imponer sanciones (poder de sanción) de tipo correctivo, con el fin de reprimir o prevenir acciones y omisiones antijurídicas en las que incurren tanto los particulares como los servidores públicos*” Laverde, (2018) pág. 14).

Consecuentemente, mediante la descentralización administrativa se ha otorgado la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio, para ser el operador encargado de ejercer control respecto de las practicas negativas en la competencia, como es el caso de la colusión. De acuerdo a la experiencia extranjera del primer congreso internacional Colombo-Brasileño, en torno al tratamiento penal de la corrupción y los delitos comunes, por parte de la Universidad Santo Tomas Seccional Tunja y la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, según lo dicho por el Profesor Bruno Fernandes Carvalho, en el caso Brasileño la entidad encargada de sancionar dichas conductas en el ámbito administrativo es el CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (Fernandes, 2019).

2.1.1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

En principio es menester referir, que en los dos Estados objeto del presente acápite la colusión es sancionada en la jurisdicción penal como administrativa. Para el caso de Colombia, mediante el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 (Ministerio de Desarrollo Económico, 1992), modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012(Presidencia de la Republica, 2012), y que obedecen a la disposiciones de la Ley 155 de 1959(Congreso de la Republica, 1959), por medio de la cual se le otorga la facultad sancionatoria a la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de libre competencia sin importar el sector de la económica, aunque algunos doctrinantes que mencionaban que en materia de servicios públicos la SIC no ejercía control en materia de competencia. Más adelante, mediante la modificación

establecida en la Ley 1340 de 2009, se establecen o regulan los asuntos de los cuales el Decreto 2153/92 no había determinado su tratamiento. (Sánchez, 2010).

Para el caso, de la competencia que se ejerce en materia de contratación estatal y en su mercado, efectivamente si estamos frente a la entidad reguladora; de ahí, acaece toda esta estructura para sancionar aquellas conductas, que después de un debido proceso, se logró probar como restrictivas a la competencia, según sus categorías establecidas en el artículo 47 y 48 del mencionado Decreto 2153 de 1992 (Ministerio de Desarrollo Económico, 1992); así como, las que muestran un abuso de la posición dominante en el mercado, según lo estipulado en el artículo 50 del Decreto ibídem.

Por lo tanto, el procedimiento del anotado artículo 52 como presupuesto legal está en cabeza del el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y se inicia de forma oficiosa o mediante solicitud de un tercero, lo que llevaría al inicio de las averiguaciones preliminares con el fin de analizar la pertinencia de dar apertura a una investigación formal, la que se notificara al investigado, veinte (20) días hábiles después, para que presente o solicite la práctica de pruebas; sumado a esto, en el transcurso de la investigación, se citaran a los investigados y terceros interesado con el fin de que rindan versión libre y aporten los argumentos, por los cuales quieren hacer valer su defensa y la presunta inexistencia o ausencia de responsabilidad.

De forma continua, al terminar la audiencia verbal el Superintendente Delgado para la Protección de la Competencia, presentar un informe al Superintendente de Industria y Comercio, en donde como resultado de su análisis motivará si existe o no infracción y de este, se correrá traslado a los investigados por 20 días hábiles. Del análisis, de dicho informe el Superintendente de Industria y Comercio acogerá los resultados mediante acto administrativo motivado. Es de anotar, que en el régimen sancionatorio objeto de estudio, la responsabilidad administrativa puede ser endilgada tanto a persona naturales como a personas jurídicas (Congreso de la Republica, 2009), y es estas últimas a las que se les podrá imponer multas por 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 y se deberán tener en cuenta los criterio de: 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado; 2. la dimensión del mercado afectado; 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta; 4. El grado de participación del implicado; 5. La conducta procesal de los investigados; 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor. Respecto de las multas a imponer a las personas naturales oscilara entre multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción y los parámetros a tener en cuenta será: 1. La persistencia en la conducta infractora; 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado; 3. La reiteración de la conducta prohibida; 4. La conducta procesal del investigada; y, 5. El grado de participación de la persona implicada.

Para continuar con el tema, en el caso de Brasil como ya se dijo, la entidad encargada de ejercer control a la libre competencia, es el CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica [*Consejo Administrativo de la Defensa Económica*], y que sus acciones adolecen a un rango constitucional, pues en el artículo 170 (Asamblea Constituyente, Brasil, 1988, art. 170) de este mandato, se establece que el desarrollo del orden económico se da bajo una serie de presupuestos, entre los cuales se haya la libre competencia. A diferencia de Colombia, Brasil ha estructurado todo un sistema de protección a la competencia (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 3), en el cual concurren el CADE y la Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda [*Secretaria de Monitoreo Económico del Ministerio de Hacienda*]. En cuanto, al CADE, su organización quedo establecida de la siguiente forma: I - Tribunal Administrativo de Defensa Económica; II - Superintendencia general; y III - Departamento de Estudios Económicos. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 5).

En efecto, como existe división en la organización de las entidades encargados del control de la defensa económica, también existen funciones de naturaleza similar, que se describen entre las del CADE en su Tribunal administrativo que funge como segunda instancia en el procedimiento administrativo: I - asegurar el cumplimiento de esta Ley y sus reglamentos y reglamentos internos; II - decidir sobre la existencia de violación del orden económico y aplicar las sanciones previstas por la ley; III - decidir los procedimientos administrativos para imponer sanciones administrativas por violaciones del orden económico instituido por la Superintendencia General; IV - medidas de orden que conducen al cese de la violación del orden económico, dentro del período determinado; V - aprobar los términos del compromiso de terminación y el acuerdo de control de fusión, así como ordenar a la Superintendencia General que supervise su cumplimiento; VI - considerar, en apelación, las medidas preventivas adoptadas por el Consejero informante o la Superintendencia general; VII - informar a las partes interesadas de sus decisiones; VIII - solicitar a los órganos y entidades de la administración pública federal y solicitar a las autoridades de los Estados, Municipios, Distrito Federal y Territorios las medidas necesarias para cumplir con esta Ley; IX - exámenes de contratos, encuestas y estudios, aprobando, en cada caso, los honorarios profesionales respectivos y otros gastos del proceso, que deberán ser pagados por la empresa, si se castiga bajo esta Ley; X - considerar los procesos administrativos de los actos de concentración económica, de conformidad con esta Ley, estableciendo, cuando se considere conveniente y oportuno, acuerdos para controlar los actos de concentración, entre otras. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 9,)La Superintendencia General, órgano que además cumple funciones de primera instancia en el procedimiento: I - asegurar el cumplimiento de esta Ley, monitorear y seguir las prácticas del mercado; II - supervisar permanentemente las actividades y prácticas comerciales de personas físicas o jurídicas que ocupan una posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios, para evitar violaciones económicas y, por lo tanto, puede solicitar la información y los documentos necesarios, manteniendo la confidencialidad. legal,

cuando corresponda; III - promover, ante las indicaciones de violación del orden económico, el procedimiento preparatorio para la investigación administrativa y la investigación administrativa para investigar las violaciones del orden económico; IV - decidir sobre la sustancia de la evidencia, archivando los registros de la investigación administrativa o su procedimiento preparatorio; V - instituir e instruir el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones administrativas por violaciones del orden económico, el procedimiento para la determinación de la concentración, el procedimiento administrativo para el análisis del acto de concentración económica y el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones procesales incidentales instituidas para la prevención, investigación o represión de violaciones del orden económico, entre otras. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 13)

Consiguientemente, está el Departamento de Estudios Económicos, que debe ser el responsable de preparar los estudios y opiniones económicas, de oficio o a solicitud del Tribunal o la Superintendencia. asegurando el rigor y la actualización técnica y científica de las decisiones del organismo; ósea, es el órgano del CADE con naturaleza consultiva, para dirimir consultas sobre el tema. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 17)

Por último, pero no menos importante entre los entidades que hacen parte del sistema de la protección a la competencia, está la Secretaria de Monitoreo Económico, entidad encargada de dar su opinión, en asuntos relacionados con la promoción de la competencia, emitir una opinión, cuando se considere pertinente, sobre borradores de actos normativos preparados por cualquier entidad pública o privada sometidos a consulta pública, en relación con los aspectos relacionados con la promoción de la competencia; dar su opinión, cuando se considere pertinente, sobre las propuestas legislativas pendientes ante el Congreso Nacional, en relación con la promoción de la competencia; y entra otra es la de cumplir funciones básicamente de ente consultivo. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 19)

Ahora bien, ya habiendo analizado la organización administrativa de este sistema de protección a la competencia, es de vital importancia, hacer un recuento por el proceso administrativo, iniciando con dilucidar que esta normatividad, se aplica tanto a personas naturales como jurídicas de derecho público o privado. Referente a las infracciones, fueron establecidas 19 causales de infracciones (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 19), de forma taxativa y no existe distancia en la conceptualización que hizo el legislador brasileño con Colombia, es decir, que están muy ligadas a nuestra definición; basada, en mostrar el impedimento de generar maniobras para afectar la libre competencia con reducción de precios, dominar el mercado y ejercer una posición dominante etc. En cuanto, a las sanciones por cometer estas infracciones, habría lugar a la imposición de multas, de la siguiente forma: a) en el caso de una empresa, una multa del 0,1% (un diez por ciento) al 20% (veinte por ciento) de los ingresos brutos de la empresa, grupo o conglomerado obtenidos en el último ejercicio financiero anterior a la apertura del procedimiento administrativo; b) en el caso de otras personas físicas o jurídicas

reguladas por el derecho público o privado, así como cualquier asociación de entidades o personas constituidas de hecho o de derecho, incluso temporalmente, con o sin personalidad jurídica, que no se dedican a actividades comerciales, y no es posible Utilizando el criterio del valor bruto de facturación, la multa será de entre R \$ 50,000.00 (cincuenta mil reales) y R \$ 2,000,000,000.00 (dos mil millones de reales); c) en el caso de un administrador, directo o indirectamente responsable de la infracción cometida, cuando se demuestre su culpabilidad o intencionalidad, una multa del 1% (uno por ciento) al 20% (veinte por ciento) de la aplicada a la empresa. En caso, que se presente renuencia las multas se deberán multiplicar. (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 37)

Asimismo, como existen sanciones pecuniarias que se fueron mencionadas existen las restrictivas de otros derechos como: I) la publicación de la decisión a cuenta del infractor en un periódico de amplia circulación por el término de dos días consecutivos de una a tres semanas; II) la prohibición de contratar con instituciones financieras oficiales y participar en licitaciones con la administración pública por un periodo no menor a cinco años; III) el registro del infractor en el Registro Nacional de Protección del Consumidor; IV) la división de una empresa, la transferencia del control corporativo, la venta de activos o el cese parcial de la actividad; V) la prohibición de comercializar en su propio nombre o como representante de una entidad legal, por un período de hasta 5 (cinco) años; y VI) cualquier otro acto o medida necesaria para eliminar los efectos nocivos en el orden económico.

Consiguientemente, al conocer las infracciones, sanciones y órganos competentes se debe puntualizar sobre el procedimiento; que existen varios, como son: A) procedimiento preparatorio para la investigación administrativa para investigar violaciones del orden económico; B) investigación administrativa para investigar violaciones del orden económico; C) procedimientos administrativos para imponer sanciones administrativas por violaciones del orden económico; D) proceso administrativo para el análisis de la ley de concentración económica; E) procedimiento administrativo para la verificación de la ley de concentración económica; y F) procedimientos administrativos para imponer sanciones procesales incidentales.

El Tribunal y la Superintendencia, deberán conocer del procedimiento nombrado con las letras B, C, D y F y en términos generales se divide en dos fases, la primera, es la investigación administrativa para encontrar las infracciones del orden económico y el procedimiento preparatorio (Presidencia de la Republica, Brasil, 2011, art. 66). Se debe resaltar, que el este procedimiento tiene carácter inquisitivo y está en cabeza de la Superintendencia General, se iniciara asimilándose como oficio o por queja de la parte interesada; la Superintendencia podrá adelantar un procedimiento preparatorio por un periodo de treinta (30) días, que en comparación con nuestros sistema, serian averiguaciones preliminares, para determinar si se debe iniciar el procedimiento o la investigación en el caso colombiano; cuando se archive, el procedimiento a razón de que en el preparatorio no se encontraron motivos para continuar, se tendrá la posibilidad de interponer

recurso de apelación ante el Superintendente General. La Superintendencia, tiene la posibilidad de solicitar el apoyo y presencia en el procedimiento de la autoridad policial o el Ministerio Público. La investigación durará ciento ochenta (180) días, prorrogables a sesenta (60) más, posteriormente, al cierre de la investigación (Presidencia de la República, Brasil, 2011, art. 67), dentro de los diez (10) días siguientes la Superintendencia, decidirá si inicia el procedimiento o lo cierra, si se da el primer caso, se enviará al Tribunal para que en un periodo de treinta (30) días, este continúe con el procedimiento o confirme con el archivo.

La segunda fase, es el procedimiento administrativo para imponer sanciones administrativas por infracciones económicas, dando inicio con la notificación del investigado y otorgándole treinta (30) días para que presente su defensa, tiempo que podrá ser prorrogado hasta por diez (10) días a solicitud del encartado; si el investigado no presenta su defensa, esto se tomara como una confesión; cinco (5) días después, de vencimiento del tiempo para presentar la defensa dentro de los quince (15) días siguientes, se le otorgan cinco (5) días más para que presente alegatos; vencido el término de los cinco (5) días, la Superintendencia remitirá informe al Tribunal, dando su opinión de la infracción; al recibir el proceso, el Presidente del Tribunal hará reparto entre sus Consejeros y solicitará reporte al Fiscal Federal, sobre su punto de vista de la infracción; concluida, la etapa de opiniones se notificará al investigado para que presente sus alegatos finales, en un periodo de quince (15) días; quince (15) días posteriores a la recepción de los alegatos finales, el Consejero solicitará la inclusión del caso para juicio y la decisión de este se publicará durante cinco (5) días en el boletín oficial. (Presidencia de la República, Brasil, 2011, art. 69 a 83).

2.1.2. TRATAMIENTO PROCESAL

2.1.2.1. TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS TIPOS PENALES DE LA COLUSIÓN EN COLOMBIA Y BRASIL

En lo que respecta, al régimen punitivo aplicado a la comisión de cualquier conducta tipificada como delito en la legislación de cualquier gobierno, la imposición de penas es un tema sustancial, pues de allí, proviene uno de los pilares de un Estado de derecho, por varias razones y entre ellas una de las más significativas es la seguridad de sus habitantes; esta reprimenda, es la consecuencia de aquella infracción a la normatividad penal, que conlleva a la privación de un bien jurídico personal. (Díaz, 1976, pág. 11), o sea, que, por generar un acto en contra de la normatividad penal, se obtiene una consecuencia que cuando se tratan de penas, se deberán coartar ciertas libertades.

Con relación, al tratamiento procesal penal otorgado por la legislación colombiana, como se ha citado con anterioridad, la colusión contaban con un sistema procesal desde la esfera del derecho administrativo y no fue hasta la promulgación del llamado estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011 (Congreso de la República, 2011), que se instituyó como un nuevo tipo penal, dando el primer paso en la criminalización del derecho de la competencia (Miranda &

Acostadamiento, 2018, pág. 29), quedando establecido en el artículo 27 de la norma referida y adicionando el artículo 410 A del Código Penal, el cual tenor reza:

“ARTÍCULO 410-A. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA.
<Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”* (Congreso de la Republica, 2000).

Según cifras del sistema penal oral y acusatorio SPOA de la Fiscalía General de la Nación, desde la adición de este delito, por el estatuto anticorrupción, es decir desde el año 2011 han cursado 92 procesos investigativos sobre él (Fiscalía General de la Nación, 2019), distribuidos de la siguiente forma:

Tabla 1

Estadísticas sistema SPOA, delitos prácticas restrictivas de la competencia.

Departamento	2011	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total casos
Amazonas	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Antioquia	0	0	0	1	3	1	0	1	6
Arauca	0	0	0	1	0	0	0	1	2
Bogotá D.C.	0	6	0	2	6	3	10	1	28
Bolívar	0	0	0	0	0	9	2	0	11
Cauca	1	0	0	1	2	0	0	2	6
Cundinamarca	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Guainía	0	0	0	0	0	0	1	0	1
Huila	0	0	0	0	1	0	1	1	3
Meta	0	0	0	0	0	0	3	0	3
Nariño	0	0	0	0	3	0	0	1	4
Quindío	0	0	1	0	1	2	0	0	4
Risaralda	0	0	0	0	2	1	1	2	6
Santander	0	0	0	0	2	1	1	1	5
Tolima	0	0	0	0	0	1	0	0	1
Valle del Cauca	0	0	0	0	3	2	1	0	6
Vaupés	0	0	0	0	0	0	1	3	4
Total Casos	1	6	1	5	23	20	22	14	92

Fuente: Fiscalía General de la Nación, respuesta radicado 20191400005271

Las recomendaciones elevadas por la OCDE en materia de colusión, se dieron por los índices bajos de transparencia que se presentaban en la contratación

estatal y al generarse una sanción penal para combatir este flagelo, lo primero que se esperaría es una estadística alta respecto de los casos en que se presenta, pero por el contrario, según la información obtenida de la Fiscalía, los datos son bajos en comparación a las implicaciones que tienen estas conductas para el mercado de la compra pública; pues no es solo el hecho de que hayan cursado pocas investigaciones, sumado a ello, solo se ha producido una sentencia condenatoria por esta conducta punible en el año 2019 de un caso del 2018. (Fiscalía General de la Nación, 2019).

A saber, que Colombia ha iniciado a implementar políticas públicas y legislativas, enfocadas a generar una atmósfera de transparencia en la contratación pública, para lograr ingresar a la OCDE, siendo esta una de las razones, por las que pudo ser tramitada la normativa de control penal al delito que afecta la libre competencia; pues, los efectos negativos de dichas conductas pueden ser económicos e inmateriales. (García-Pablos, 1984, pág. 222).

Retomando, el análisis de la conducta punible se observa que el legislador incluyó las modalidades de selección *licitación pública*, *subasta pública*, *selección abreviada*, pero como fue dicho:

“se advierte que el legislador incluyó la subasta pública como una modalidad de selección, sin que realmente lo sea. Se trata, más bien, de un procedimiento o mecanismo de evaluación económica de las ofertas, que, además, deja por fuera la modalidad de selección pública de mínima cuantía, reconocida como tal en la subsección 5, sección 1, del capítulo 2 del Decreto 1082 de 2015 (art. 2.2.1.2.1.5.1), lo que podría afectar la tipicidad de la conducta, elemento que fundamenta la responsabilidad sancionatoria”. (Barreto, 2019, pág. 41).

Se observa, que como el autor resalta un error normativo y deja por fuera una modalidad de selección, situación que abriría un espacio muy grande para la impunidad. Consiguientemente, en el análisis de la tipificación de la conducta, la pena a imponer es de 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. Situación que mostraría un régimen sancionatorio tripartita para los acuerdos restrictivos de la competencia, comprendido entre: (i) la pena privativa; (ii) la multa; (iii) inhabilidad para contratar. Es así, que el impacto sancionatorio debería producir un efecto disuasivo sobre las conductas futuras. (Jiménez, 2019, pág. 283).

Ahora bien, sobre el procedimiento penal a aplicarse en Colombia existen dos de ellos, el primero es el procedimiento ordinario que a grandes rasgos se inicia con el mecanismo necesario para iniciar la actuación, bien sea, la denuncia, de oficio, la querrela o la petición especial, para dar paso a la indagación, e investigación, (Congreso de la República, 2004, art. 200), que conlleva consigo la imputación y posterior acusación; luego de culminar la etapa de la indagación y habiéndose presentado acusación se inicia la etapa del juzgamiento que continúa con la audiencia preparatoria del juicio y culmina con el juicio oral. El segundo

procedimiento, es el abreviado adicionado por la Ley 1826 de 2017 (Congreso de la Republica, 2017), que atiende a la naturaleza del bien jurídico tutelado de menor lesividad, y se inicia por querrella, desarrollándose en solo dos (2) audiencias, la primera es la concentrada (art. 19) y por último el juicio oral (art. 21). Se debe aclarar, que el delito que está siendo objeto de estudio debe ser tramitado por el procedimiento ordinario, por no encontrarse inmerso en el catálogo de delitos del procedimiento penal abreviado establecido en los artículos 74 y 534 del Código de Procedimiento Penal. (Congreso de la Republica, 2004)

Con el objetivo, de continuar con la leve comparación del sistema procesal con el de Brasil, caso en el que se estableció un catálogo amplio de delitos en contra la administración pública (Gómez, 2017, pág. 267) y son divididos, entre los cometidos por los particulares y los funcionarios en contra de ella (Oliveira, 1994, pág. 54); para la conducta en comparación con el ordenamiento colombiano, o sea los acuerdos restrictivos de la competencia, se observa que en el artículo 335 del Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [*Decreto Ley 2.848 de 1940*] se estableció:

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida. (Presidencia de la Republica, Brasil, 1940).

Del modo que, como se atisba en el aporte normativo traído a colación, la similitud en la conducta es amplia pues guarda los elementos esenciales del tipo penal *Prevenir, interrumpir o defraudar la competencia o venta pública mediante subasta, promovida por la administración federal, estatal o municipal, o por una entidad paraestatal*, como que la conducta se de en el curso de la compra publica, mediante alguna modalidad de selección y que se quiera eliminar a un competidor por *fraude u oferta de ventaja*. La diferencia entre los dos delitos, es que en Colombia la pena va de seis (6) a doce (12) años y en Brasil es de seis (6) a doce (12) meses.

Por otro lado, el procedimiento tiene dos segmentos, común o especial y el primero se divide en ordinario cuando tiene como objeto un delito cuya pena máxima es igual o mayor a cuatro (4) años de privación de libertad, sumario cuando tiene como objeto un delito cuya sanción máxima es de menos de cuatro (4) años de privación de libertad o sumarísimo por los delitos de ofensiva menos potencial, en la forma de la ley; en ese orden de ideas, el delito de impedimento, interrupción o

fraude en la competencia se tramitaría por el procedimiento sumario. (Presidencia de la Republica, 1940, art. 394)

Posteriormente, para iniciar el procedimiento se utiliza el mecanismo de la denuncia que puede ser rechazada por el juez o en su defecto, admitirla y citar al acusado para que responda la acusación dentro de los diez (10) días siguientes y en esta respuesta, el acusado puede argumentar preliminarmente todo lo que está en su defensa, ofrecer documentos, especificar la evidencia deseada y nombrar testigos, y solicitar su citación cuando sea necesario; acto seguido, el Juez designará una fecha y hora para la audiencia, ordenando la citación del acusado, su defensor, el fiscal y, si corresponde, el demandante y el asistente. la audiencia de juicio e instrucción se llevará a cabo sesenta (60) días siguientes a la presentación de la defensa por el acusado y se otorgaran cinco (5) días para presentar alegatos finales, los que culminaran con la sentencia diez (10) días después.

CONCLUSIONES

La colusión como conducta derivada de la corrupción en la contratación pública, es un flagelo presente a nivel mundial, para los casos de Colombia y Brasil, es una problemática latente que debe ser tomada en cuenta en el debate jurídico y social, con la finalidad de afrontar el problema, desde el ámbito cultural, antropológico y sin lugar a dudas el sancionatorio.

En el desarrollo de este estudio, se logró analizar y de forma leve comparar el ámbito sancionatorio de los dos países, desde la órbita administrativa y penal; situación, que permitió mostrar que en Colombia las medidas en las dos ramas del derecho son más estrictas y represivas que en Brasil; que existen similitudes en el procedimiento; que con diferentes nombres las conductas colusivas son parecidas. De este modo, no se mostró una necesidad por modificar alguna de ellas, sino por el contrario, se atisba la importancia de su aplicación de forma idónea, rigurosa y profesional. Teniendo en cuenta, que el ámbito penal las cifras de investigaciones cursadas por el tipo penal son muy bajas.

Es importante, generar políticas públicas o en su defecto fortalecer las preexistentes que permitan garantizar un ambiente de transparencia en el mercado de la compra pública, logrando con ello la atracción a competidores extranjeros y las alianzas como el caso de la OCDE, para lograr un avance en la economía nacional. Así mismo, garantizar la libre competencia permite cumplir con esos cometidos estatales y los fines establecidos en la Constitución Política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonso Miranda Londoño, Carolina Deik Acostamadiedo, (2018), Bogotá, Colombia “La Colusión en los Procesos de Selección para la Celebración de Contratos Estatales”, Editorial Ibáñez.

Antonio Alejandro Barreto Moreno, Primera Edición, (2019), Bogotá, Colombia, “El Derecho de la Compra Publica”, Editorial Legis.

Daniel Moreno, (2016), México, (2016), “El contrato social o principios de derecho político, estudios preliminares, Editorial Porrúa.

Deisy Galvis Quintero, Ingrid S. Ortiz & Carmen Ligia Valderrama, Bogotá, Colombia, (2018) “Colección Así se habla en el Externado, Tomo 4, Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos”, Libre Competencia y Corrupción: el caso de la colusión en licitaciones públicas, Universidad Externado.

Edmundo Oliveira, Brasil, (1994), Crimes de Corrupção, Brasil, Editora Forense.

Ernesto Matallana Camacho, Cuarta Edición, (2015), Bogotá, Colombia, “Manual de Contratación de la Administración Publica Reforma de la Ley 80 de 1993”, Colombia, Editorial Universidad Externado.

Garcia-Pablos, Barcelona, España, (1984), “Reflexiones en torno al Delito de Maquinaciones para alterar los Precios de las Cosas, ensayo publicado en sus “Estudios Penales”.

José Joaquín Urbano Martínez, Bogotá, Colombia, (2018) “Colección Así se habla en el Externado, Tomo 4, Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos”, Corrupción e Impunidad: Limitaciones del Sistema Acusatorio Colombiano para Combatir la Corrupción, Universidad Externado.

Laverde Juan, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, (2018) “Manual del procedimiento administrativo sancionatorio”, Editorial Legis.

Luis Flavio Gomes, Brasil, (2007),” Código Penal, Legislação Penal Constituição Federal”, Editora Revista Dos Tribunais.

Marco Antonio Jiménez Sánchez, (2019), Bogotá, Colombia “El Delito de la Colusión en la Contratación Estatal”, Editorial Leyer.

Monica Sofia Safar Díaz, Bogotá, Colombia, (2018), “Colección Así se habla en el Externado, Tomo 4, Corrupción, Estado e Instrumentos Jurídicos” Contratación Pública y Corrupción, Universidad Externado.

Ronald Coase, (1937) The Nature of the Firm, 4 Economica. Blackwell Publishing, 16, 386-405. Recuperado de:

http://lib.cufe.edu.cn/upload_files/other/4_20140515034803_1%20Coase.%20R.H.%EF%BC%881937%EF%BC%89%20The%20Nature%20of%20the%20Firm.pdf

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Afonso Dasilva Virgilio, Presidencialismo y Federalismo en Brasil los Desencuentros entre Política y Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/19.pdf>.

Cruz Arenhart Sergio, (2014) “La Oralidad En La Justicia. El Caso Brasileño.” Revista Ius et Praxis, recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200005

Diana Maite Bayona A, Gómez Jaramillo Alejandro, Mejía Gallego Mateo & Ospina Vargas Víctor H, (2017) “Diagnóstico del Sistema Penal Acusatorio en Colombia,” Revista Acta Sociologica, recuperado de <https://www.sciencedirect.com/journal/acta-sociologica>

Díaz González Ana, (2014), “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación”, Revista Cuadernos de Derecho Penal, recuperado de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:FhAzPgUEeeYJ:https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/309/259/+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co.

Galvis Quintero Deisy, (2016) “La Colusión como una Práctica Restrictiva de la Competencia que Afecta Gravemente los Procesos de Selección de Contratistas”, Revista Vniversitas, recuperado de: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana>.

Gómez Patiño Dilia, (2014) “Corrupción Y Colusión: Asuntos Del Sector Empresarial En Colombia”, Revista Prolegómenos - Derechos y Valores, recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v17n33/v17n33a04.pdf>.

Humar Jaramillo Fabio & Najar Franco Santiago, (2017) “Primera Formulación de Acusación por el Delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Colombia”, Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 13 N° 13, 177-193, recuperado de: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/03/6-humar-177-193.pdf>.

Ossa Bocanegra Camilo, (2014) “Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano”, Revista de Derecho, recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/5853>.

Pucheta Diaz Sofia, (2017), "El Sistema Acusatorio en los procesos penales de América del Sur", Revista Argumentos, recuperado de: <http://oaji.net/articles/2017/3865-1516469645.pdf>.

Ramírez Torrado María L & Hernández Meza Nelson, (2018), "Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia", Revista Derecho del Estado, recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5323/7227>.

Reyes Alfonso, (2005) "La Implementación del Sistema Penal Acusatorio en Colombia: un estudio multidisciplinario", Revista Ingeniería Universidad de los Andes, recuperado de <https://ojsrevistaing.uniandes.edu.co/ojs/index.php/revista/article/view/366>

San Miguel-Giralt Johannes, (2017) "Contratación Pública y Colusión. Derecho de Competencia frente al Derecho Administrativo", Revista Vniversitas recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/18935>.

Sánchez Hernández Hugo, (2016) "La descentralización administrativa en Colombia: un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto", Revista IUSTA, recuperado de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3292>.

Sánchez Luque, G. (2010) La Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios (a pesar de lo dispuesto por la Ley 1340 de 2009).", Revista Contexto, recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2528>.

Vallejo Zamudio Luis, (2018) Implicaciones del ingreso de Colombia a la OCDE, Revista Apuntes del Cenes vol.37 no.66 Tunja jul./dez. Recuperado de <https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/8587>.

DECISIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 1055 del (19 de enero de 2009).

Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones No. 83037 de 2014, confirmada mediante Resolución 20639 de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 276 del (31 de enero de 2019).

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 3150 del (13 de febrero de 2019).

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, (25 de enero de 1995), Sentencia de revisión nro. 007.

Corte Constitucional, (23 de octubre de 1997), Sentencia, C 535 [M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>, consultada el 18 de noviembre de 2019.

Corte Constitucional, (del 2 de agosto de 2001), Sentencia C 815, [M.P. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperada de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-815-01.html>.

Corte Constitucional, (29 de octubre de 2009), Sentencia C-762 de 2009, [Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Perez] recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-762-09.htm>

DOCUMENTOS DE INTERÉS

Superintendencia de Industria y Comercio, (2016) Guía Práctica para Combatir la Colusión en las Licitaciones, Superintendencia de Industria y Comercio.

OCDE, (2014) Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas, OCDE 2014.

Presidencia de la Republica, (2018), recuperado de. [ps://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/181018-Aprobado-presupuesto-General-de-la-Nacion-2019-enfocado-en-una-mayor-equidad.aspx](https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/181018-Aprobado-presupuesto-General-de-la-Nacion-2019-enfocado-en-una-mayor-equidad.aspx)

Avella Franco Pedro o, (2007), “Estructura del Proceso Penal Acusatorio. Fiscalía General de la Nación”, 2007, ISBN 978-958-8374-03-1, recuperado de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/EstructuradelProcesoPenalAcusatorio.pdf>.

Fiscalía General de la Nación, (2019) respuesta derecha de petición 20191400005271.

NORMATIVIDAD

Asamblea Constituyente, (1991), Constitución Política de Colombia [Const.] 20 de julio de 1991, recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Congreso de la Republica, (2009) Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”; Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Decreto 4486 de 2011 y Ley 256 de 1996.

Congreso de la Republica, (2011), Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la Republica, (1959), Ley 155 de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”

Decreto 2153 de 1992, “por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

Congreso de la Republica, (2011), Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”

Congreso de la Republica, (2000), Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el código penal”.

Congreso de la Republica, (2004), Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el código de procedimiento penal”

Congreso de la Republica, (2017) 1826 de 2017, “Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.”

Asamblea Constituyente, (1988), Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988, recuperada de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Presidencia de la Republica, Brasil, (1940), Decreto-Lei No 2.848, De 7 De Dezembro De 1940.Código Penal, recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Presidencia de la Republica, Brasil, (1941),Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 1941, Código de Processo Penal, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm