



**Efectividad Y Legitimidad De La Criminalización De Prácticas Anticompetitivas En  
Colombia: Análisis Del Artículo 410a Del Código Penal Y Perspectivas De Ampliación**

Autora  
**Ana Maria Cañon Buitrago**

Director  
**Andres Palacios Lleras**

**Pregrado de Jurisprudencia  
Facultad de Jurisprudencia  
Universidad del Rosario**

**Bogotá - Colombia**

**2025**

**Resumen:** En el presente proyecto de investigación se analizan las sanciones aplicables a la comisión de actos y acuerdos que restringen la libre competencia en Colombia. En primer lugar, se estudia la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, encargada del régimen administrativo sancionatorio; y, en segundo lugar, el tratamiento penal previsto en el artículo 410A del Código Penal.

El análisis se orienta a determinar la eficacia de las sanciones administrativas y, ante su posible insuficiencia, evaluar la efectividad, legitimidad y efecto disuasorio de la tipificación penal. En caso de verificarse un impacto positivo de la intervención penal, se considerará la conveniencia de ampliar la criminalización a todas las prácticas anticompetitivas, y no únicamente a aquellas que ocurren en el contexto de la contratación estatal.

**Abstract:** This research project analyzes the penalties applicable to acts and agreements that restrict free competition in Colombia. First, it studies the actions of the Superintendency of Industry and Commerce as the National Competition Protection Authority, responsible for the administrative penalty system; and second, the criminal treatment provided for in Article 410A of the Criminal Code.

The analysis aims to determine the effectiveness of administrative sanctions and, given their possible insufficiency, to evaluate the effectiveness, legitimacy, and deterrent effect of criminal classification. If a positive impact of criminal intervention is verified, the advisability of extending criminalization to all anti-competitive practices, and not only those that occur in the context of government contracting, will be considered.

## INTRODUCCIÓN

La libre competencia es un principio fundamental protegido y reconocido en la Constitución colombiana, mediante este se protege la ejecución natural de los mercados, a los consumidores y en general a todos los agentes de mercado, para que estos puedan concurrir libremente en condiciones de calidad, innovación y justicia en los mercados. Esto puede verse truncado por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, como actos u acuerdos, que tienen la finalidad genérica de desnaturalizar la rivalidad y someter a perjuicios al mercado y sus agentes.

La tutela de la libre competencia se ha visto históricamente en el régimen administrativo sancionatorio, mediante la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009, donde se faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para imponer y sancionar a personas naturales y jurídicas que vulneren las disposiciones contenidas en las normativas mencionadas. Sin embargo, de acuerdo con el informe de 2019 titulado *Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartel* de la OCDE, se expresa como estas sanciones administrativas llegan a ser insuficientes para evitar la realización de estas prácticas.

Debido a la Ley 1474 de 2011, se incorpora en el ordenamiento colombiano el artículo 410A en el Código Penal, donde se criminaliza la restricción de la libre competencia en el contexto de contratación estatal. Esta regulación permite la persecución penal de los individuos, los cuales se enfrentan a una pena privativa de la libertad de seis a doce años. De este modo, Colombia da un pequeño paso para ser parte de las Naciones que utilizan el Derecho Penal como una herramienta de disuasión, como lo es Estados Unidos, Canadá y Reino Unido.

No obstante, surgen interrogantes sobre la efectividad y legitimidad del artículo 410A C.P., específicamente la pregunta de investigación sería la siguiente: ¿La ampliación de

sanciones penales en la legislación colombiana, más allá del artículo 410A, disuadiría de manera efectiva las prácticas restrictivas de la competencia entre privados y resultaría compatible con los principios de legalidad, proporcionalidad, última ratio y legitimidad moral?

Para abordar el problema, se analiza el efecto disuasorio que ha tenido la tipificación penal preexistente, así como las dificultades que han limitado su efectividad, entre ellas: la falta de legitimidad institucional, la escasez de recursos judiciales, los límites derivados de los principios del Derecho Penal y la débil percepción social de reproche frente a estas conductas. En consecuencia, resulta necesario cuestionar la conveniencia de sobrecriminalizar cuando la norma vigente no ha demostrado eficacia ni capacidad disuasoria real, especialmente considerando que el país ya cuenta con una tutela administrativa consolidada a través de la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia (Superintendencia de Industria y Comercio – SIC).

## JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica en la necesidad de determinar si la intervención penal focalizada en cárteles es, en Colombia, un instrumento idóneo, necesario y proporcional para tutelar la libre competencia. Tradicionalmente, las prácticas anticompetitivas han sido sancionadas mediante el régimen administrativo previsto en la Ley 155 de 1959 y sus modificaciones. Sin embargo, según la literatura especializada, estas sanciones administrativas suelen ser sobrellevadas por las empresas y los individuos que participaron voluntaria y colectivamente en la conducta restrictiva. Dado que la rama del Derecho Penal debe funcionar bajo los principios de última ratio, legalidad, proporcionalidad y otros, resulta imprescindible verificar si su aplicación en el ámbito de competencia está justificada y empíricamente respaldada.

En el ordenamiento colombiano, el artículo 410A del Código Penal, vigente desde la Ley 1474 de 2011, tipifica la restricción de la competencia en procesos de contratación estatal protegiendo el bien jurídico de la administración pública, ignorando por completo las prácticas limitantes de la competencia que pueden generarse entre privados, donde la regulación termina siendo netamente administrativa, mediante la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992. Esto genera la pregunta de investigación del presente proyecto: ¿es suficiente el esquema regulatorio vigente (que combina sanción penal para contratación estatal y sanción administrativa general para cualquier práctica restrictiva de la competencia) o es necesario ampliar la intervención del Derecho Penal para abarcar otras conductas anticompetitivas?

Para responder esta pregunta de forma empírica, este estudio se centra en el análisis cuantitativo de los registros estadísticos de la Fiscalía General de la Nación (FGN) sobre la aplicación del artículo 410A desde su entrada en vigor en 2011 hasta 2025. Se examinarán los

datos agregados que indican el número de casos en cada etapa procesal: indagación, investigación, acusación, juicio, así como los precuerdos y sentencias dictadas. Este análisis cuantitativo permitirá evaluar si la sanción penal ha sido efectivamente aplicada y si ha generado un efecto disuasorio sobre las conductas anticompetitivas en contratación estatal. El objetivo es determinar, mediante el examen de patrones y tendencias estadísticas, si la criminalización del artículo 410A ha sido eficaz para prevenir cárteles o si su impacto ha sido insuficiente para justificar la intervención penal.

Metodológicamente, se analiza las jurisdicciones anglosajonas (Estados Unidos y Reino Unido), pioneras en la aplicación de la responsabilidad penal personal en materia de competencia. En estos sistemas, la combinación entre sanciones privativas de la libertad, programas de clemencia y persecución directa de individuos cumple una función disuasoria decisiva frente a los cárteles.

Asimismo, se analiza si la moralidad constituye un límite normativo para la sanción penal en materia de competencia. Específicamente, se evalúa si la eficiencia económica es suficiente para justificar la intervención punitiva, o si es necesario que la sociedad haya interiorizado un reproche moral hacia estas conductas. Es decir, se evalúa si la sociedad percibe los cárteles y otras prácticas colusorias como moralmente reprochables, más allá del daño económico que generan, o si se trata de conductas que, a pesar de tener una víctima difusa, no producen el nivel de repudio social necesario para legitimar la intervención penal.

Finalmente, el proyecto busca determinar si la política criminal colombiana en materia de competencia responde a los principios de efectividad (disuasión real), proporcionalidad y última ratio respecto al artículo 410A C.P., limitado a contratación estatal. A partir de este análisis, se evaluará si se justifica la creación de nuevos tipos penales para otras prácticas restrictivas,

capaces de generar el efecto disuasorio buscado, o si, por el contrario, la expansión de la criminalización resultaría meramente declarativa, carente de aplicación práctica y de comprensión social.

## OBJETIVOS

### 1. Objetivo General:

Determinar si la política criminal colombiana en materia de competencia debe extender la criminalización a los cárteles entre privados, más allá del artículo 410A del Código Penal, atendiendo a criterios de efectividad disuasoria, proporcionalidad, *ultima ratio* y legitimidad moral.

### 2. Objetivos Específicos:

- a. Examinar mediante análisis estadístico la aplicación del artículo 410A del Código Penal por parte de la Fiscalía General de la Nación (2011-2025), evaluando su efectividad como mecanismo disuasorio y sus limitaciones institucionales y procesales.
- b. Evaluar si el artículo 410A cumple con los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad del Derecho Penal, contrastando la gravedad de la sanción penal con el régimen administrativo preexistente.
- c. Comparar la efectividad disuasoria de la criminalización en jurisdicciones seleccionadas (EE. UU. y Reino Unido), prestando especial atención al rol de la aplicación efectiva de sanciones penales y la percepción social sobre la ilicitud de estas conductas.
- d. Identificar las limitaciones jurídicas, institucionales y sociales que enfrentaría una eventual ampliación de las sanciones penales hacia otras prácticas restrictivas de la competencia en Colombia.

## MARCO TEÓRICO

### 1. Conceptos Fundamentales

#### 1.1. Derecho de la competencia: nociones generales y protección constitucional

El Derecho de la Competencia tiene como finalidad garantizar que los mercados funcionen de forma natural con condiciones de rivalidad, donde se evite injustificadamente la restricción de la libre competencia. Este derecho tiene fundamento constitucional en el artículo 333, siendo una prerrogativa de doble naturaleza de acuerdo con Galvis Macias, donde siguiendo la idea de Tirole, explica que:

“por un lado, se le concibe como un **derecho de carácter individual** frente al cual cada individuo que, en el ejercicio de su libertad económica, vea cercenada su posibilidad de concurrir al mercado, (...), y por el otro, como un **derecho de la colectividad** frente al cual, (...) los principales sujetos que se benefician de su garantía son los consumidores”  
Negritas por fuera del texto. (Galvis, 2018)

En este entendido, este derecho tiene como base esencial el acceso al mercado sin barreras injustificadas, tal como lo presenta el autor, el derecho de la libre competencia se tutela si el sujeto económico puede concurrir libremente en el mercado, donde este “ofrezca condiciones y ventajas que considere al consumidor de sus productos o servicios” y contrate el suministro y prestación del mismo a cualquier consumidor o usuario (Galvis, 2018). En este sentido, la competencia no solo es entendida como la ausencia de acuerdos colusorios o monopolios, sino como la posibilidad fáctica y jurídica para que los agentes económicos compitan en igualdad de condiciones, promoviendo así la innovación, calidad y precios justos.

Asimismo, es importante señalar lo que menciona Maciej Bernat (2024), en su escrito sobre *Competition law through the lenses of national constitutions: connecting competitive*

*markets with socio-economic and environmental values*, expresa que el derecho moldea la realidad socioeconómica, más allá de solo reaccionar a esta, por esto cumple un papel constitutivo en el diseño de estructuras, como lo es la de un mercado competitivo.

En suma, el Derecho de la Competencia no solo garantiza un funcionamiento natural de los mercados, pues al ser un instrumento interdisciplinario también es una técnica económica la cual asegura la eficiencia de mercado y lo cual se materializa mediante la legislación, los valores y derechos socioeconómicos y constitucionales como la libre empresa, protección del consumidor, el consumo informado, entre otros. De forma que, se promueva activamente el desarrollo económico e innovación.

## **1.2.Prácticas restrictivas**

Según el ordenamiento colombiano, las prácticas restrictivas de la competencia se dividen en acuerdos y actos restrictivos, regulados respectivamente en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992.

En primera medida, se debe reconocer que los acuerdos se definen como “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas” (Decreto 2153 de 1992, art. 45). En otras palabras, según Christopher Harding (2006) un acuerdo anticompetitivo es una concertación que suele ser verbal e informal y puede observarse en cualquier industria, este autor señala que, si bien el fenómeno de los acuerdos colusorios es reconocible empíricamente, su descripción normativa es ambigua y compleja, lo que dificulta su tipificación y sanción. Con referencia a esto, la normativa colombiana describe diez conductas donde se ve reflejada la desnaturalización del mercado, se resaltan algunas como: la fijación directa o indirecta de precios, la repartición de mercados, la limitación a los desarrollos técnicos, la colusión en las licitaciones, entre otros.

En segunda medida, es acto “Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica” (Decreto 2153 de 1992, art. 45). En el artículo 48 del Decreto 2153 se expresan 3 conductas, las cuales son: i) Infringir las normas sobre publicidad, ii) influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios y iii) negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

En tercera medida, es importante mencionar la existencia del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 donde se expresa que “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar (...) y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos” (Ley 155 de 1959, art. 1). En este caso, es una normativa que absorbe cualquier acto o acuerdo anticompetitivo que no pueda encuadrarse en las prácticas restrictivas mencionadas anteriormente, a efectos de que proceda la correspondiente sanción administrativa.

### **1.3.Fundamentos del Derecho Penal**

Derecho Penal objetivo, según Francisco Muñoz Conde (2010, P. 30), es un conjunto de normas que regulan la conducta humana y asocian la realización de un delito como postulado necesario para la aplicación de una consecuencia jurídica, tales como la penas o medidas de aseguramiento. A su vez, Von Litz (1999) explica que el Derecho Penal subjetivo es el poder del Estado de castigar (*ius puniendi*) a quien daña un bien jurídico. El *ius puniendi* está limitado prudentemente por el Estado mediante principios rectores tales como: legalidad, *ultima ratio*, proporcionalidad, *non bis in idem*, entre otros.

Es así como, el Principio de Legalidad establece que “la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el «imperio de la ley»” (Muñoz, 2010). Asimismo, el Principio de *ultima ratio* especifica según Roxin (1997, p. 564) que, el Estado no puede intervenir mediante el Derecho Penal si tiene otros medios menos gravosos para solucionar conflictos. En cambio, el Principio de Proporcionalidad hace referencia a que, dependiendo de la gravedad del hecho, el Estado aplicará un grado de severidad proporcional al daño causado. Por su parte, el Principio de *non bis in idem* consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, “en suma, se trata de respetar el principio de legalidad” (Muñoz, 2010) y de “decidir qué norma se ajusta con mayor exactitud al supuesto enjuiciado, lo que conduce a excluir la aplicación de otras que recogensólo algunos aspectos del mismo” (Muñoz, 2010).

Como ya se dijo anteriormente, el Estado tiene el poder de castigar a quien vulnere bienes jurídicos y de acuerdo con la Teoría del Derecho de Roxin (1997), los bienes jurídicos son el objeto que tutela la normativa penal y debe entenderse, bien jurídico, como un concepto que mutua conforme a la conciencia social, de hecho, el autor define este concepto como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado” (Roxin, 1997, p. 56). La ley colombiana (Ley 599 de 2000), de manera sistemática, divide los bienes jurídicos tutelados en de la siguiente forma: delitos contra la vida y la integridad personal, delitos contra la familia, delitos contra el patrimonio económico, delitos contra el orden económico y social, delitos contra la administración pública, entre muchos otros.

Sin embargo, es necesario entender qué es delito, este puede definirse según Roxin (1997) como una conducta que presenta cuatro elementos necesarios: acción, tipicidad,

antijuridicidad y culpabilidad. En otras palabras, del mismo autor, un delito es una conducta humana que se representa en el mundo exterior mediante una **acción u omisión**, la cual encuadra en una descripción normativa (**tipicidad**) y es una conducta prohibida por el ordenamiento (**antijuridicidad**). Por último, una conducta típica y antijurídica, debe ser **culpable** para que sea considerada como punible, eso quiere decir que se debe observar que el injusto sea reprochable al sujeto que cometió la acción u omisión, en sí, que no se esté frente a un inimputable (pp. 193-195).

## **2. Sancionabilidad de las prácticas restrictivas en Colombia**

En el contexto colombiano, frente a la regulación de la sanción por la restricción de la libre competencia existe una polaridad entre el régimen administrativo y el penal. Por un lado, se encuentra la Autoridad de competencia que es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y, por el otro, la Fiscalía General de la Nación (FGN). Ambas esferas materializan diferentes formas del poder público, con su propio proceso y propósito.

### **2.1. Régimen administrativo: potestad sancionatoria de la SIC**

La Ley 1340 de 2009 *por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*, le confiere a la SIC la potestad de ser la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, con esto, la Entidad es la encargada privativamente de “inspección, vigilancia y control en relación con el aseguramiento y garantías del derecho constitucional a la libre competencia en sus núcleos esenciales de libre acceso al mercado” (Galvis, 2018).

Por consiguiente, la Autoridad de Competencia al “imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia” (Decreto 2153 de 1992, art. 44), debe tener en cuenta los límites a sus facultades, cuando se enfrenta a situaciones como:

i) conforme al párrafo del artículo 1 de la Ley 155 1959, el Gobierno “podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico (...) de interés para la economía general” (Ley 155 de 1959, art. 1, párrafo). ii) La imposibilidad de decidir sobre la procedencia de “integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia” (Ley 155 de 1959, art. 4), ya que en estos casos específicos la SIC solo podrá dar concepto respecto a la limitación de competencia y posibles condicionamientos. Por último, iii) el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 establece un límite claro al régimen de protección de la competencia especialmente en regulación de precios y el fomento del sector agropecuario, pues este régimen debe ceder a las políticas de intervención económica del Estado, conforme al mandando constitucional contenido en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia.

Partiendo de esta base, en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio sea informada por un tercero o perciba la posible infracción de las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales, deberá adelantar una averiguación preliminar la cual concluye con la determinación de necesidad de iniciar una investigación formal o no. Si decide iniciarla, se notificará al investigado el cual tendrá un término de 20 días para solicitar o aportará pruebas y ofrecer garantías, figura que se podrá determinar en otro momento pero que de ser concedida la SIC emitirá un acto cerrando la investigación. Asimismo, el momento óptimo para la contradicción será en la audiencia única, donde de forma oral se presentarán los argumentos de defensa. Como aspecto final del proceso, el delegado presentará un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio y este decidirá si archiva la decisión o sanciona a la(s) empresa(s) (Decreto 2153 de 1992, art. 52).

En materia de sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la facultad de imponer multas a las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones sobre protección de la competencia. Esta potestad está prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone que “Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, (...), imponer, (...) multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.” (Decreto 2153 de 1992, art. 4, num. 15)

Asimismo, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala criterios objetivos que deben considerarse para graduar la sanción, entre los que se destacan: “el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor, el grado de participación del implicado, la conducta procesal de los investigados, la cuota de mercado de la empresa infractora y el patrimonio del infractor.” (Ley 1340 de 2009, art. 25).

De forma complementaria, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, autoriza sancionar a las personas naturales que “colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia” con multas de hasta dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, precisando que tales sanciones “no podrán ser cubiertas, aseguradas o garantizadas, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta” (Decreto 2153 de 1992, art. 4, num. 16).

Estas reglas buscan que la sanción guarde una relación de proporcionalidad y razonabilidad con la gravedad de la infracción y el daño causado al mercado, permitiendo que las multas cumplan una función preventiva y disuasoria.

## **2.2. Régimen penal: artículo 410A del Código Penal y ámbito objetivo**

El Código Penal en el artículo 410A el cual hace referencia a:

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

Este delito fue adicionado por el artículo 27 de la 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*. Es importante señalar que Corte Constitucional conoció una demanda de inconstitucionalidad contra ese artículo, la Sentencia C-080 de 6 de marzo de 2025. La demanda sostenía que la expresión “alterar ilícitamente” era demasiado abierta y que el tipo era un “tipo penal en blanco” que violaba el principio de tipicidad. La Corte, sin embargo, declaró la exequibilidad del artículo 410A “en relación con el cargo por la presunta vulneración del principio de legalidad estricta o tipicidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-080, 2025).

La Corte considera que: “una interpretación sistemática del *nomen iuris*, el inciso 1º y el párrafo del artículo 410A del Código Penal (...) permite inferir, sin lugar a equívocos, que el

tipo penal debe integrarse, exclusivamente, con el artículo 47.9 del Decreto 2153 de 1992, el cual prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública” (Corte Constitucional, Sentencia C-080, 2025). Con eso la Corte resuelve la discusión más delicada: no es cierto que el 410A penalice “todos” los acuerdos anticompetitivos del Decreto 2153; penaliza solo los del artículo 47.9, es decir, los acuerdos restrictivos en procesos de contratación pública.

Debido a esto, se dejó claridad frente al ámbito objetivo del delito, donde se requiere que:

- i) exista un proceso de licitación pública, (las modalidades de contratación estatal están definidas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007), ii) que haya una concertación, esto es, un acuerdo entre dos o más participantes. Y por último, iii) la finalidad debe ser alterar ilícitamente el procedimiento contractual, la Corte explica que la palabra *ilícitamente* es una fórmula de remisión válida y que se satisface porque la conducta está claramente descrita en el artículo 47.9 del Decreto 2153, que “prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública” (Corte Constitucional, Sentencia C-080, 2025), además, la Corte también explica que la remisión es válida porque el Decreto 2153 tiene rango material de ley y es anterior al tipo penal, de modo que cumple los requisitos de los “tipos penales en blanco de remisión propia”.

Asimismo, la Corte señala que:

“la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública no sólo busca garantizar la libre competencia, sino que también protege los principios de la función administrativa (art. 209 de la CP) y, en concreto, de la contratación estatal (Título II de la Ley 80 de 1993)” (Corte Constitucional, Sentencia C-080, 2025).

Por lo tanto, a pesar de que el delito este ubicado en “Delitos contra la administración pública” en el Código Penal, se debe entender que no solo se está tutelando la administración pública, sino que debe entenderse como un delito integro que protege la libre competencia.

Respecto al proceso aplicable al artículo 410A del Código Penal se tramita conforme al procedimiento ordinario regulado en la Ley 906 de 2004, dado que este tipo de delito no se encuentra dentro de los supuestos del procedimiento especial abreviado contemplados en el artículo 534 del mismo código, el cual solo aplica para conductas de menor gravedad o aquellas que requieren querrela para su persecución penal aplica para conductas de menor gravedad o aquellas que requieren querrela para su persecución penal. El procedimiento ordinario comprende tres grandes fases: investigación, juzgamiento y ejecución de la sentencia.

Durante la fase de investigación, la Fiscalía General de la Nación adelanta los actos de indagación y recaudo de elementos materiales probatorios; puede ordenar medidas cautelares, practicar entrevistas, búsquedas selectivas o solicitar la captura del indiciado conforme a los artículos 297 y siguientes del CPP (*Ley 906 de 2004*). Posteriormente, si encuentra mérito, se celebra la audiencia de formulación de imputación ante el juez de control de garantías, momento en el que el indiciado adquiere la calidad de imputado, y se evalúa la imposición de medidas de aseguramiento de acuerdo con el artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

Concluida la etapa investigativa, se presenta el escrito de acusación ante el juez de conocimiento, iniciándose la fase de juzgamiento, que comprende las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. En esta última se ejerce plenamente el principio de contradicción, pues las partes exponen su teoría del caso, presentan y controvierten pruebas, y el juez profiere sentencia condenatoria o absolutoria, susceptible del recurso de apelación, conforme al artículo 444 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*).

Ahora bien, el sistema procesal penal colombiano prevé mecanismos de terminación anticipada del proceso, orientados a fomentar la colaboración con la justicia y la eficiencia procesal. De acuerdo con el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, el imputado y la Fiscalía pueden celebrar preacuerdos o negociaciones mediante los cuales el procesado acepta total o parcialmente los cargos formulados, a cambio de la reducción de la pena o la eliminación de circunstancias agravantes. Por su parte, el artículo 351 del mismo estatuto dispone que el beneficio punitivo dependerá del momento procesal en que se produzca la aceptación de cargos, de manera que mientras más temprana sea, por ejemplo, si ocurre en la audiencia de formulación de imputación, mayor será la rebaja reconocida, pudiendo alcanzar hasta la mitad de la pena imponible. En cambio, si la aceptación se realiza en etapas posteriores, como antes del juicio oral, la reducción será menor, atendiendo al principio de economía procesal y colaboración eficaz con la administración de justicia.

Este esquema garantiza un proceso acusatorio, público y oral, en el que rigen los principios de inmediación, contradicción y concentración, propios del modelo penal instaurado por la Ley 906 de 2004.

### **3. Justificación de la criminalización de las prácticas anticompetitivas**

A pesar de los avances en la persecución administrativa de las prácticas restrictivas, diversos estudios internacionales han evidenciado que las multas administrativas no son suficientes para disuadir las prácticas restrictivas de la competencia. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su *Review of the 1998 Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (2019), advierte que las sanciones monetarias “may not be sufficiently high to provide incentives for a company to refrain from participating in cartels, or effectively monitor its agents” (OECD, 2019, p. 62), lo cual implica

que muchas empresas asumen las multas como un costo más de operación. De hecho, la misma organización observa que, aun cuando los montos sancionatorios se incrementaron entre 2004 y 2015, los casos de colusión y reincidencia continuaron en aumento, evidenciando que “sanction levels remain insufficient” (OECD, 2019, p. 65).

Ante esa ineficacia, la OCDE reconoce que las sanciones a individuos constituyen un elemento disuasorio necesario, puesto que los cárteles son resultado de decisiones humanas y no meramente corporativas. Por ello, la mayoría de las jurisdicciones que imponen sanciones a personas físicas en casos de cárteles lo hacen precisamente porque aceptan que las sanciones a las empresas por sí solas no pueden garantizar una disuasión adecuada (OECD, 2019, p. 62). De hecho, el informe concluye que ningún tipo de sanción, por sí solo, garantiza un efecto preventivo suficiente, por lo que una combinación entre sanciones administrativas y penales, corporativas y personales, puede resultar más efectiva (OECD, 2019, p. 72).

En correspondencia con este planteamiento, Harding (2006) sostiene que la forma en que se describen y perciben las prácticas anticompetitivas determina la posibilidad de regularlas y sancionarlas, de modo que la criminalización depende tanto de la construcción jurídica del fenómeno como de su reconocimiento social. Pues para el autor, este tipo de prácticas llegan a un extremo delincencial comparable incluso con el hurto.

Harding (2006) argumenta, además, que el uso del Derecho Penal en el ámbito de la competencia tiene un desarrollo histórico propio, visible en jurisdicciones como la canadiense mediante la *Federal Competition Act* de 1889 y la estadounidense con la *Sherman Act* de 1890, donde se establecieron tipos penales específicos frente a los acuerdos anticompetitivos, tanto para empresas como para individuos. Este proceso de criminalización sectorial explica el autor, no surge de una norma internacional, sino de un desarrollo local y gradual, en el que cada

jurisdicción construye su propia tipificación conforme a sus valores sociales y a la gravedad con que percibe la afectación del orden competitivo.

En este sentido, tanto el análisis económico de la OCDE como la reflexión de Harding permiten entender que la respuesta frente a las prácticas anticompetitivas debe ser integral, combinando la eficacia disuasoria de la sanción penal con el reconocimiento social de su legitimidad. Por un lado, se requiere que la pena actúe como un medio efectivo para prevenir la reincidencia y sancionar la conducta; y por otro, que la regulación penal sea asumida y validada por la sociedad como una herramienta legítima de protección del orden económico. Solo en la medida en que la norma penal sea socialmente comprendida y aceptada, podrá cumplir su función vinculante y transformadora en la defensa de la libre competencia.

### **3.1.Moralidad**

La moralidad constituye un elemento central para comprender la necesidad y los límites de la criminalización de las prácticas anticompetitivas. Como lo plantea Harding (2012), la percepción social del comportamiento restrictivo de la competencia determina en gran medida su grado de reproche penal. Sin embargo, el autor advierte que es difícil que la sociedad perciba las prácticas colusorias como formas de hurto o fraude, dado que el daño económico que generan es difuso, complejo de cuantificar y alejado de la experiencia cotidiana del ciudadano. El perjuicio se distribuye entre consumidores, competidores y el propio sistema económico, por lo que la identificación del verdadero afectado se diluye en un entramado técnico de consecuencias colectivas (Harding, 2012, p. 27). Esta característica explica por qué la criminalización de los cárteles no surge espontáneamente del sentimiento moral común, sino de una decisión política-jurídica que busca corregir una falla de percepción social: la idea de que, pese a su aparente abstracción, estas conductas sí lesionan bienes jurídicos.

Harding añade que, aun cuando la ciudadanía no logre identificar con precisión a los perjudicados, existe conciencia de ilicitud: las empresas que participan en un cártel saben que su actuar es contrario a la ley y, aun así, deciden mantenerlo. El carácter secreto de estas conductas como: reuniones clandestinas, comunicaciones cifradas, estrategias para disfrazar la coordinación de precios, demuestra una clara voluntad de ocultamiento, análoga a la de otras formas de criminalidad organizada. En ese sentido, las empresas que deberían competir terminan cooperando en la sombra para limitar la competencia, engañando al mercado y a los consumidores (Harding, 2012, p. 31). Esta dimensión de engaño estructural justifica que el Derecho Penal intervenga no sólo por su función disuasoria, sino también por su carácter retributivo, como expresión simbólica de reproche frente a una violación consciente del orden económico.

Desde una perspectiva criminológica, la moralidad se relaciona estrechamente con la disuasión. El castigo penal al implicar privación de libertad, sanciones pecuniarias personales y daño reputacional genera un miedo racional a las consecuencias jurídicas que puede desalentar la formación o permanencia de cárteles. Según la OCDE (2019), este efecto se refuerza mediante mecanismos como los programas de clemencia, que ofrecen beneficios a quienes colaboran en la revelación del cártel, incentivando así la ruptura del secreto y la prevención futura de la conducta (OECD, 2019, p. 74). . No obstante, como reconocen Stucke (2011) y Harding (2012), la disuasión es difícil de medir empíricamente, ya que resulta casi imposible cuantificar cuántos cárteles no se formaron gracias a la existencia de una amenaza penal.

No obstante, Eyal Zamir y Barak Medina (2008) plantean que la moralidad debe entenderse como un contrapeso normativo al análisis puramente económico del Derecho, pues la racionalidad instrumental por sí sola no garantiza comportamientos justos. En su propuesta de

integración entre moral y economía, los autores sostienen que las consideraciones morales actúan como restricciones al cálculo costo-beneficio que guía la toma de decisiones jurídicas, señalando que no todo lo que maximiza el bienestar económico es moralmente aceptable. Desde esta perspectiva, la sanción de los cárteles no puede justificarse únicamente por su impacto en la eficiencia del mercado, sino por la necesidad de resguardar valores éticos esenciales como la honestidad, la buena fe y la confianza recíproca, sin los cuales el sistema económico pierde legitimidad y cohesión social.

Por tanto, la dimensión moral de la criminalización de las prácticas anticompetitivas combina dos funciones complementarias: una externa, de carácter disuasorio, orientada a prevenir la comisión de la conducta por miedo a la sanción; y otra interna o simbólica, destinada a reforzar la conciencia colectiva de que tales prácticas constituyen una traición a la equidad y transparencia del mercado. Ambas funciones se refuerzan mutuamente: la sanción penal solo será eficaz si la sociedad percibe la conducta como moralmente reprochable, y esa percepción, a su vez, se consolida mediante la aplicación visible y coherente del Derecho Penal.

### **3.2.Obligatoriedad de la moral**

La discusión sobre si la criminalización de las prácticas anticompetitivas debe sustentarse en la moralidad plantea un dilema de fondo entre la percepción social del daño y la justificación técnica del castigo penal. De acuerdo con Stephan (2012), intentar fundamentar la sanción penal de los cárteles en criterios morales puede resultar contraproducente, pues las conductas de fijación de precios no comparten las características de los delitos tradicionalmente considerados inmorales, como el hurto o el fraude. A diferencia de estos, no hay violencia física, apropiación directa ni un engaño manifiesto; el consumidor paga un precio que considera justo porque

desconoce que el mercado está manipulado. El daño, en consecuencia, es difuso, indirecto y distante, y se distribuye entre múltiples actores a lo largo de la cadena económica.

Stephan explica que esta ausencia de conexión inmediata entre víctima y victimario erosiona el reproche moral, aun cuando el perjuicio agregado sea enorme y pueda superar, en términos económicos, al ocasionado por delitos como el hurto o la estafa. La fijación de precios, según el autor, no implica violencia ni una representación falsa, salvo que se asuma que todos los consumidores creen que los mercados son competitivos (Stephan, 2012).

Por ello, cuando la legislación británica incluyó en el Enterprise Act de 2002 el requisito de deshonestidad (*dishonesty*) para configurar el delito de cártel, los fiscales encontraron casi imposible convencer a los jurados de que pactar precios en secreto era una conducta deshonesta. Finalmente, la reforma de 2013 eliminó dicho requisito, creando un tipo penal “moralmente neutro”, basado en la intención y no en la valoración ética del acto.

Ahora bien, Stephan reconoce que, aunque el castigo penal no requiere un consenso moral previo, la ley sí puede influir en la conciencia social. A través de la educación, la aplicación visible de las sanciones y la difusión pública de los casos, el Derecho puede reconfigurar la percepción colectiva de estas conductas, tal como ocurrió con delitos antes percibidos como neutrales, por ejemplo, conducir en estado de embriaguez, que hoy son socialmente reprobados.

En definitiva, la moral no constituye una condición obligatoria para criminalizar las prácticas anticompetitivas, pero su reconocimiento social posterior refuerza la legitimidad del castigo. La ley puede, por tanto, adelantarse a la moral y luego modelarla, siempre que la

criminalización responda a la magnitud del daño económico y a la necesidad de proteger el orden competitivo.

### **3.3. Prisión como mecanismo disuasorio**

La inclusión de sanciones penales privativas de la libertad en el derecho de la competencia surge como respuesta a la ineficacia relativa de las multas administrativas. A pesar de su severidad económica, las sanciones pecuniarias suelen tener un impacto limitado sobre quienes deciden la conducta anticompetitiva. En muchos casos, las empresas asumen las multas como un costo de operación o disponen de mecanismos para transferirlas a los accionistas. Incluso las multas personales a directivos pueden ser absorbidas por la organización, ya sea mediante reembolsos, pólizas o acuerdos internos.

De acuerdo con Stephan (2012), este fenómeno desvirtúa el efecto disuasorio, pues el verdadero responsable no experimenta un perjuicio personal y, en consecuencia, no modifica su comportamiento futuro. Además, la existencia de topes legales en las multas, destinados a evitar la quiebra de las empresas, impide que la sanción refleje la magnitud real del daño causado.

En este contexto, la pena de prisión adquiere relevancia como instrumento de disuasión individual. Según Stephan (2012), la privación de la libertad representa una sanción que trasciende lo económico, porque afecta directamente el estatus, la reputación y la trayectoria profesional de quienes ocupan altos cargos directivos. A diferencia de las multas, que pueden cubrirse o negociarse, la prisión genera un estigma social irreparable. Este elemento simbólico explica su eficacia disuasoria, especialmente entre individuos de alto nivel económico o educativo, para quienes la pérdida de libertad y prestigio tiene un peso moral considerable.

El informe de la OCDE (2019) respalda esta afirmación al señalar que “*the prospect of spending time in jail is the most powerful deterrent for business executives*” (p. 63), dado que el encarcelamiento no solo sanciona el delito, sino que aumenta la probabilidad de colaboración con las autoridades a través de los programas de clemencia, incentivando a los partícipes a romper el silencio y cooperar con la investigación para evitar la pena personal

No obstante, para que la prisión funcione como un mecanismo de disuasión efectivo, la amenaza penal debe ser creíble y proporcional. Si la criminalización no se traduce en investigaciones y condenas reales, la norma pierde legitimidad y se convierte en una declaración simbólica sin impacto práctico. Stephan (2019) advierte que la expansión del derecho penal sin los recursos necesarios para su aplicación puede generar un efecto inverso: la banalización del castigo y la erosión de la confianza en la política de competencia. En la misma línea, Harding (2012) denomina este riesgo sobrecriminalización, que ocurre cuando el legislador tipifica conductas sin dotar a las autoridades de medios o prioridad política para llevar los casos hasta sentencia. En tales condiciones, los agentes económicos terminan percibiendo que “la ley es un tigre de papel”. Lejos de generar temor, una norma penal que nunca se aplica normaliza la infracción, debilitando incluso el régimen administrativo, pues los infractores concluyen que el Estado amenaza más de lo que sanciona. Esto puede formularse en términos de probabilidad de la siguiente manera: una sanción muy alta con baja posibilidad de imposición tiene menos efecto disuasorio que una sanción moderada con alta probabilidad de aplicación.

Por eso, Harding (2012) insiste en que la ampliación del derecho penal de la competencia debe hacerse con criterio de *ultima ratio* y no como un gesto político. De lo contrario, el sistema puede caer en una dinámica de “*governance through crime*”, donde se multiplican los tipos penales, pero no las condenas, y ese desajuste termina erosionando la autoridad del Estado. En

otras palabras: una ley penal que no se aplica es peor que no tener ley penal, porque demuestra al infractor que el costo real de violarla es bajo.

## **METODOLOGIA**

Esta investigación es de tipo mixto, con predominancia del enfoque cualitativo-documental y un componente cuantitativo-descriptivo. Se estructura en torno a cuatro ejes metodológicos complementarios: i) análisis estadístico de datos oficiales, ii) análisis normativo y jurisprudencial, iii) estudio de derecho comparado, y iv) análisis teórico-doctrinal sobre legitimidad moral de la criminalización.

El estudio tiene un alcance descriptivo-evaluativo, pues busca caracterizar la aplicación del artículo 410A del Código Penal desde su entrada en vigor, evaluar su efectividad como mecanismo disuasorio, y determinar si cumple con los principios de *ultima ratio*, proporcionalidad y legitimidad moral que exige el Derecho Penal.

## DESARROLLO

### 1. Datos de sanciones penales

En la página web de Estadísticas de Denuncia por Delito de la FGN, se suministra la información de los delitos contemplados en el Código Penal, estos datos se basan en el sistema SPOA y se rige por las reglas técnicas descritas por la Sección de Administración y Análisis de los Sistemas de Información (SAASI). Conforme a la ficha metodológica oficial, las cifras de entrada no representan casos independientes como tal en un rango de tiempo, pues las cifras no son solo nuevas denuncias por el delito 410A, en este caso, sino que son denuncias que incluyen el delito específico, por un concurso o una ruptura procesal. Motivo por el cual, las cifras deben entenderse como un registro de los delitos asociados a noticias criminales en el momento de la consulta, y no como un historial definitivo o acumulativo de procesos concluidos.

Dentro de los datos de “entrada” asociados al artículo 410A del Código Penal entre los años 2011 y 2025 se registran valores de manera constante, lo que indica que el delito ha sido incorporado de forma sostenida en el sistema, aunque con un volumen reducido. La mayoría de los registros se concentran en la etapa de indagación, con un total de 203 casos, fase en la que se verifica preliminarmente la posible existencia de una conducta punible. En la etapa de investigación formal se identifican 12 casos, correspondiente al momento procesal destinado a la recolección de elementos probatorios. Como tal, se puede analizar que una parte de las noticias criminales registradas como entrada progresa a etapas posteriores, aunque el volumen mensual continúa siendo bajo. Se trata de un comportamiento compatible con la naturaleza del delito, que suele involucrar hechos complejos, documentación abundante y la necesidad de obtener información especializada sobre procesos contractuales y dinámicas de mercado.

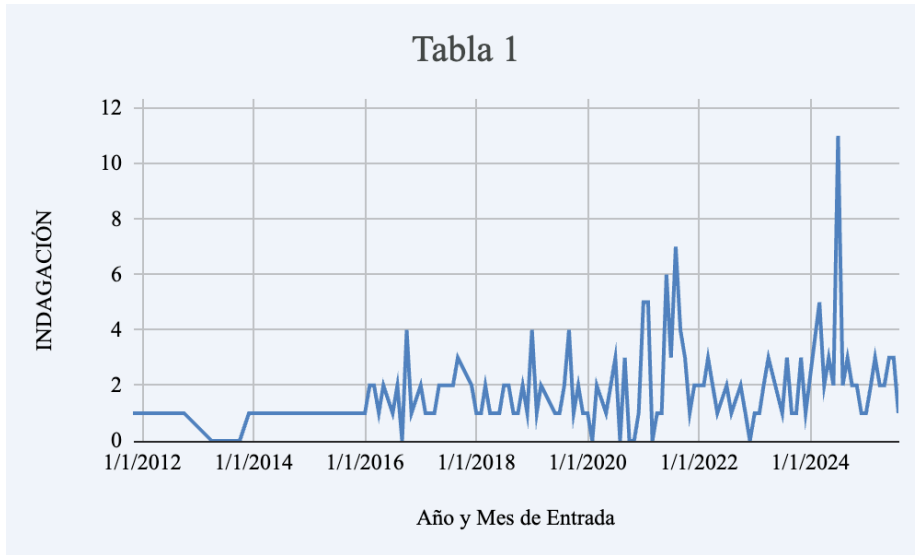
En columna correspondiente a juicio hay a 25 entradas, estos son los casos que han superado la etapa de investigación y han llegado a la fase de juzgamiento, con presentación de escrito de acusación y realización de audiencias conforme al procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004. Los registros muestran que solo un número muy reducido de procesos alcanza esta etapa, si se le compara con el total de entradas acumuladas en el periodo. Esta relación sugiere que una proporción importante de las investigaciones se archiva, se reorienta, termina anticipadamente o no avanza hasta la acusación formal.

Finalmente, la columna de ejecución de penas da cuenta de los procesos que culminan en sentencia condenatoria en firme y entran en fase de ejecución de la pena. En el período examinado se observan únicamente 5 casos, lo que evidencia que solo una fracción mínima de los casos iniciados bajo el artículo 410A culmina en condena ejecutoriada.

En síntesis, las estadísticas permiten afirmar, de manera estrictamente descriptiva, que: i) el delito de acuerdos restrictivos de la competencia en contratación pública ha sido utilizado de forma constante pero con un número reducido de noticias criminales mensuales; ii) solo una parte de esas noticias progresa a etapas avanzadas del proceso penal (investigación formal, juicio); y iii) el número de procesos que alcanzan la fase de ejecución de penas es muy bajo en relación con las entradas acumuladas durante más de una década de vigencia del tipo penal.

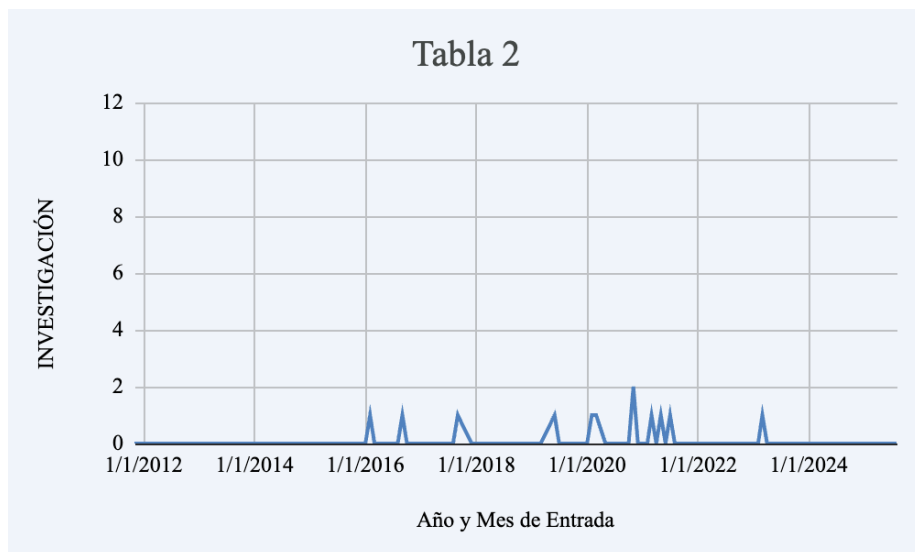
Con el fin de complementar la descripción anterior, se presentan las tablas de distribución de casos por etapa procesal, elaboradas a partir de los datos proporcionados por la FGN. Estas tablas permiten visualizar de manera más clara la progresión procesal del artículo 410A durante el periodo 2011-2025 y facilitan la identificación de los puntos críticos del flujo penal, especialmente en lo relativo a la transición entre indagación, investigación, acusación, juicio y ejecución de penas.

**Tabla 1.** Distribución de noticias criminales asociadas al artículo 410A C.P. etapa indagación (2011–2025).



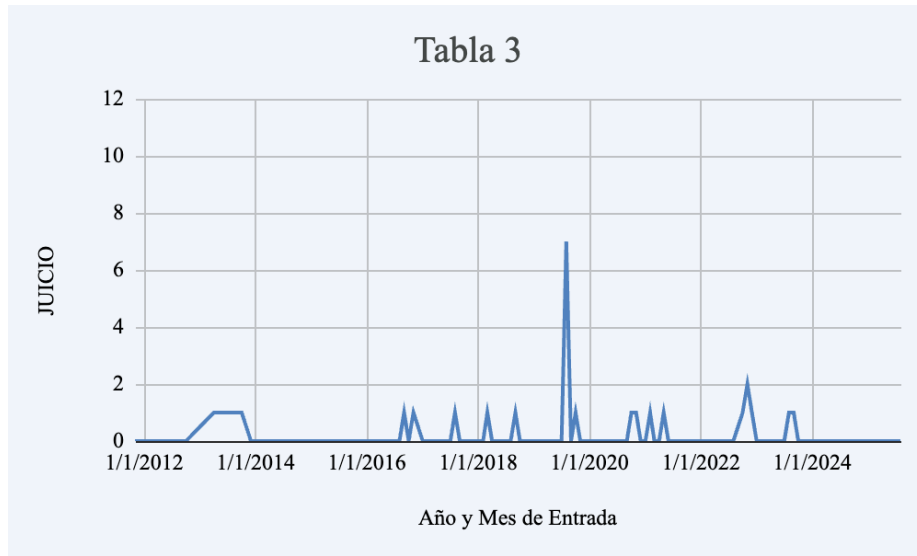
**Nota:** Elaboración propia con datos de Fiscalía General de la Nación, *Estadísticas de delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>.

**Tabla 2.** Distribución de noticias criminales asociadas al artículo 410A C.P. etapa investigación (2011–2025).



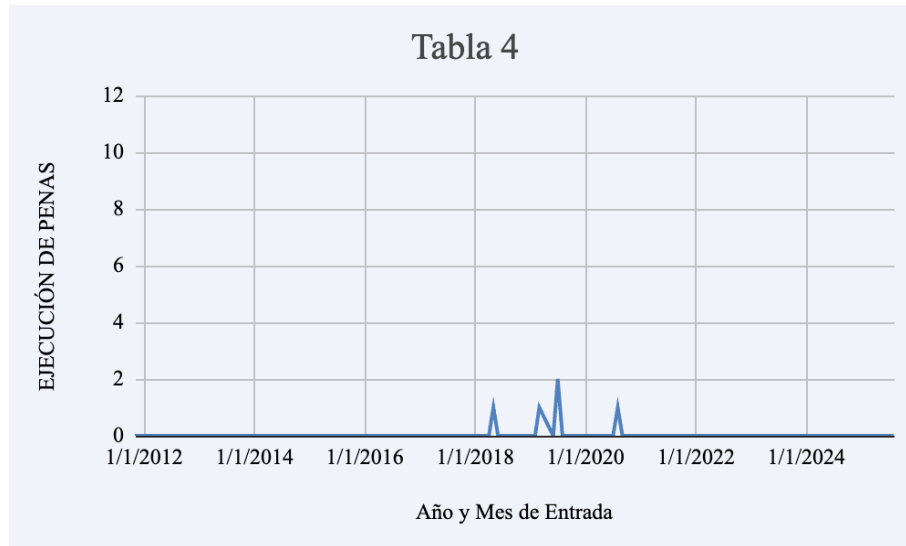
**Nota:** Elaboración propia con datos de Fiscalía General de la Nación, *Estadísticas de delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>.

**Tabla 3.** Distribución de noticias criminales asociadas al artículo 410A C.P. etapa juicio (2011–2025).



**Nota:** Elaboración propia con datos de Fiscalía General de la Nación, *Estadísticas de delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>.

**Tabla 4.** Distribución de noticias criminales asociadas al artículo 410A C.P. etapa ejecución de penas (2011–2025).



**Nota:** Elaboración propia con datos de Fiscalía General de la Nación, *Estadísticas de delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>.

## 2. Datos de sanciones administrativas

El informe *Review of the 1998 Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels* (OCDE, 2019) identifica una tendencia internacional al fortalecimiento del régimen administrativo aplicable a las prácticas anticompetitivas. En particular, se observa que desde 2011 existe un incremento generalizado de las multas impuestas a empresas por participar en cárteles, como lo ilustra la evolución agregada de sanciones monetarias en 36 jurisdicciones encuestadas entre 2011 y 2016. La cuantía de estas multas suele calcularse a partir de una multa base, derivada del porcentaje de facturación, del valor de las ventas o del volumen de comercio afectado, complementada por directrices que buscan aportar transparencia, objetividad y previsibilidad en la graduación de la sanción.

La Recomendación de 1998 establece que los países deben prever sanciones efectivas tanto para empresas como para individuos, de modo que cumplan una función disuasoria real. En

este sentido, el informe subraya que una sanción puede considerarse disuasoria cuando: (a) existe una probabilidad razonable de detección de la conducta; (b) se cuenta con un grado suficiente de certeza respecto de la imposición de la sanción; (c) la sanción se aplica con relativa rapidez; y (d) la severidad potencial de la sanción hace que la colusión resulte económicamente irracional (OECD, 2019). Asimismo, la OCDE resalta que las sanciones cumplen dos funciones complementarias: por un lado, desincentivar la formación de futuros cárteles, y por otro, fomentar la delación temprana de cárteles en curso mediante programas de clemencia o mecanismos de colaboración.

En cuanto a la responsabilidad individual, el informe evidencia que varias jurisdicciones han consolidado sanciones administrativas y penales dirigidas directamente a personas naturales. Un ejemplo destacado es el caso del cártel del vinagre en los Países Bajos, en el cual se impusieron multas personales de EUR 16.000 y EUR 54.000 a empleados que participaron directamente en la conducta (OECD, 2019). Además, el informe registra la existencia de sanciones no monetarias de carácter administrativo, entre ellas: órdenes de inhabilitación para ejercer cargos directivos, vigentes en al menos veinte jurisdicciones; y la imposibilidad de contratar con el Estado (*debarment*), aplicable en países como Eslovaquia, Hungría, Brasil, Italia, Perú, Turquía, Canadá y Colombia (OECD, 2019).

Aunque la OCDE identifica una tendencia al incremento de las multas corporativas, el informe concluye que las sanciones administrativas continúan siendo insuficientes para generar un efecto disuasorio adecuado. En primer lugar, diversos países informan que el nivel actual de las multas es demasiado bajo para empresas de gran tamaño, lo que reduce significativamente su capacidad preventiva (OECD, 2019). En segundo lugar, se señala que la metodología de cálculo puede conducir a montos ineficaces, como sucede en Finlandia, donde la multa se determina con

base en la facturación de la asociación infractora y no sobre la de sus miembros, produciendo sanciones notablemente inferiores a la ganancia ilícita obtenida.

Además, la OCDE advierte que las multas corporativas rara vez afectan directamente a los individuos que toman las decisiones limitantes de la competencia, de modo que la empresa puede absorber la sanción como un costo operativo sin alterar los incentivos de los agentes responsables, lo cual impide un control interno efectivo y mantiene intacto el riesgo de reincidencia. Por estas razones, el informe sostiene que las sanciones exclusivamente administrativas no pueden asegurar una disuasión adecuada y requieren ser complementadas con sanciones personales y otras medidas no monetarias para alcanzar un nivel de efectividad compatible con los objetivos de la política de competencia (OECD, 2019).

En síntesis, del análisis del informe de la OCDE se desprende que, aunque las sanciones administrativas se han fortalecido y muestran una tendencia al alza en múltiples jurisdicciones, persisten limitaciones estructurales que reducen su capacidad disuasoria. La cuantía de las multas no siempre elimina la rentabilidad del cártel, en algunos casos se calculan sobre bases inferiores a las ganancias ilícitas, y con frecuencia no recaen directamente sobre los individuos que toman las decisiones colusorias, lo que facilita que la empresa absorba el impacto económico sin modificar sus incentivos internos. Estas deficiencias explican por qué diversos países, incluida la OCDE, consideran que las sanciones exclusivamente administrativas son insuficientes y requieren ser complementadas con mecanismos punitivos personales y herramientas no monetarias destinadas a asegurar un efecto disuasorio real.

## DISCUSIÓN

### 1. Alcance real del artículo 410A C.P. y credibilidad de la amenaza penal

Los datos de la Fiscalía General de la Nación permiten apreciar una brecha significativa entre la ambición disuasoria del artículo 410A del Código Penal y su aplicación efectiva, pues las noticias criminales asociadas al tipo penal se registran de manera constante desde 2011, el volumen absoluto es reducido y, sobre todo, la mayoría de los casos permanece en etapas iniciales del proceso penal y una fracción limitada es la que progresa a investigación formal, un número aún menor llega a juicio, y un grupo muy reducido culmina en la fase de ejecución de penas.

Esta trayectoria procesal sugiere que la probabilidad de que una noticia criminal efectivamente termine en condena ejecutoriada es baja, lo que tiene implicaciones directas para la disuasión. Como ha señalado la OCDE, para que una sanción cumpla una función disuasoria es necesario, entre otros factores, que exista una probabilidad razonable de detección, un cierto grado de certeza en la imposición del castigo y una aplicación relativamente rápida de la sanción, además de un nivel de severidad que haga que la colusión no sea rentable (OECD, 2019). En el caso colombiano, aun cuando el artículo 410A prevé penas privativas de la libertad y multas significativas, la baja frecuencia de condenas indica que el riesgo esperado para el potencial infractor puede ser percibido como limitado.

En este sentido, el tipo penal parecería funcionar más como que la ley es un *tigre de papel*, un mensaje normativo de reproche frente a la colusión en contratación estatal que como un instrumento que, en la práctica, transforme de manera sistemática la conducta de los posibles infractores. Esto debe ser tenido en cuenta al valorar si es razonable extender la criminalización a

otros supuestos anticompetitivos entre privados, cuando el dispositivo ya existente opera con un alcance real limitado.

## **2. Insuficiencia relativa de las sanciones administrativas**

El análisis comparado de la OCDE muestra que, en la mayoría de las jurisdicciones adherentes, las multas administrativas constituyen el mecanismo principal para sancionar las prácticas anticompetitivas, pero también pone de relieve sus límites como herramienta disuasoria. El informe de 2019 identifica una tendencia general al incremento de los montos de las sanciones monetarias impuestas a empresas por participar en cárteles, así como la adopción de métodos de cálculo basados en porcentajes de facturación, valor de las ventas o volumen de comercio afectado (OECD, 2019).

A pesar del fortalecimiento normativo y de la mayor sofisticación en el cálculo de las multas, la OCDE advierte que los niveles sancionatorios siguen siendo insuficientes para disuadir eficazmente las prácticas anticompetitivas (OECD, 2019). Además, las multas corporativas rara vez recaen directamente sobre quienes toman las decisiones colusorias y, en algunos casos, incluso las sanciones personales pueden ser indirectamente asumidas por la empresa, lo que reduce su impacto disuasorio (Stephan, 2012). En consecuencia, la experiencia comparada muestra una insuficiencia estructural de las sanciones exclusivamente administrativas, lo que ha llevado a varias jurisdicciones a complementarlas con sanciones personales y medidas no monetarias como la inhabilidad para contratar con el Estado o ejercer cargos directivos (OECD, 2019).

Para el caso colombiano, esta discusión es relevante porque el país ya cuenta con un régimen administrativo robusto, que permite imponer multas elevadas a empresas y personas

naturales (Decreto 2153 de 1992; Ley 1340 de 2009). Sin embargo, a la luz de la experiencia internacional sintetizada por la OCDE, es razonable preguntarse si, incluso reforzando las sanciones administrativas, estas serían suficientes para contener las conductas restrictivas de la competencia, que llegan a ser complicadas de definir, o si resulta indispensable un componente penal que afecte directamente a los individuos responsables. La respuesta no es puramente dogmática, sino que depende tanto de los datos empíricos sobre efectividad como de consideraciones de legitimidad y moralidad penal.

### **3. La criminalización de los cárteles como movimiento global: el caso colombiano como expresión local**

La incorporación del artículo 410A al ordenamiento colombiano no puede entenderse aisladamente, como lo expresa Harding (2006), desde finales del siglo XX se observa un movimiento global de criminalización de los cárteles, particularmente en jurisdicciones que han tomado como referencia el modelo estadounidense y, en menor medida, el canadiense. Este proceso ha sido impulsado por la convergencia de políticas de competencia, el intercambio de buenas prácticas entre autoridades y el discurso internacional que presenta la sanción penal como un instrumento necesario para responder a los daños económicos generados por los cárteles.

Harding (2012) describe este fenómeno como una suerte de *criminalisation bandwagon*, en el que múltiples países incorporan tipos penales o endurecen los existentes, en gran medida motivados por consideraciones de eficacia en la aplicación del derecho de la competencia, más que por una reconstrucción sistemática desde la teoría general del delito. En este contexto, la criminalización cumple una función estratégica: reforzar la capacidad de disuasión y ofrecer a las autoridades una “sanción fuerte” que complemente las multas administrativas.

Bajo esta perspectiva, el artículo 410A C.P. puede interpretarse como la traducción local de ese movimiento global, adaptada al contexto colombiano mediante su ubicación en el ámbito de la contratación estatal y su conexión con la lucha contra la corrupción (Ley 1474 de 2011). La tipificación penal de los acuerdos restrictivos en procesos de selección pública responde tanto a la preocupación por la afectación del erario y de los principios de la función administrativa como a la necesidad de alinearse con estándares internacionales de lucha contra los cárteles y la corrupción.

Sin embargo, Harding (2006) también advierte que esta expansión del derecho penal de la competencia plantea tensiones de legitimidad y coherencia. En varios ordenamientos, la introducción de sanciones penales frente a los cárteles se ha adelantado a la consolidación doctrinal y al asentamiento de un verdadero consenso social sobre la gravedad de estas conductas, produciendo una distancia entre el discurso político-criminal y la actuación efectiva de los tribunales. En el caso colombiano, la limitada aplicación efectiva del artículo 410A y la ausencia de una tradición previa de persecución penal de los cárteles entre privados sugieren que la criminalización responde más a una lógica de alineación internacional y de refuerzo simbólico que a un desarrollo gradual de la conciencia social sobre la gravedad penal de estas conductas.

En ese sentido, el escenario colombiano reproduce los dilemas identificados por Harding: la criminalización de los cárteles aparece como una respuesta funcionalmente orientada a la eficacia, pero todavía no está plenamente integrada en una cultura jurídica y social que reconozca a estas conductas como merecedoras de las más graves consecuencias penales.

#### **4. Percepción social del daño y legitimidad de la sanción penal: moralidad**

La cuestión de si los cárteles deben ser tratados como delitos no se agota en consideraciones de eficacia disuasoria; también involucra un debate sobre la moralidad y la percepción social del daño. Harding (2012) ha mostrado que las prácticas colusorias se caracterizan por producir un daño económico difuso, complejo y mediado, que afecta a consumidores, competidores y al sistema de mercado en su conjunto, sin una víctima claramente identificable en términos cotidianos. A diferencia de delitos como el hurto o la estafa, en los que la apropiación o el engaño son evidentes, en los cárteles el perjuicio se manifiesta en sobreprecios, pérdida de eficiencia, deterioro de la confianza y obstaculización de la innovación, efectos que difícilmente se perciben de manera inmediata por el ciudadano.

Esta naturaleza del daño explica en parte, las dificultades para moralizar el derecho de la competencia en términos penales. Según Stephan (2012) resulta complejo convencer a un jurado de que la fijación de precios o el reparto de mercados constituyen conductas “deshonestas” equiparables a otros delitos económicos, precisamente por la ausencia de violencia física, de una víctima individual identificable y de una representación engañosa simple. El carácter secreto de los acuerdos, su tecnicidad y el contexto empresarial en el que se desarrollan contribuyen a que, desde la perspectiva social, no se los perciba necesariamente como crímenes graves, aunque el daño agregado pueda ser muy elevado.

Desde otra óptica, Zamir y Medina sostienen que el análisis económico de la ley no puede prescindir de restricciones morales, pues no todo lo que maximiza la eficiencia o el bienestar agregado es, por ese solo hecho, moralmente aceptable (Zamir & Medina, 2008). Sin embargo, la decisión de criminalizar los cárteles no debería basarse exclusivamente en cálculos de coste-beneficio, sino también en la valoración de bienes como la honestidad, la confianza y la equidad en las relaciones de mercado.

Esto es pertinente para el ordenamiento colombiano, ya que artículo 410A se ha construido principalmente desde el lenguaje de la lucha contra la corrupción y la protección de la contratación estatal, más que desde un debate explícito sobre la moralidad de los cárteles como atentado contra la equidad del mercado y los consumidores. Ello puede explicar por qué la criminalización no se ha extendido a las prácticas colusorias entre privados: el reproche social y normativo se concentra en el impacto sobre el erario y la administración pública, mientras que el daño a la libre competencia en contextos puramente privados continúa siendo abordado, sobre todo, desde el prisma administrativo.

En este contexto, la pregunta por la legitimidad moral de ampliar la criminalización a otros supuestos anticompetitivos exige evaluar si la sociedad colombiana percibe efectivamente estas conductas como suficientemente graves y reprochables como para justificar la privación de la libertad, o si, por el contrario, la expansión penal podría ser interpretada como una respuesta desproporcionada frente a conductas cuya ilicitud es más técnica que intuitiva.

## **5. Entre la eficacia disuasoria y la *ultima ratio***

Lo planteado en este proyecto permiten plantear una tensión central para responder a la pregunta de investigación: ¿es conveniente, a la luz de los principios de efectividad, proporcionalidad, ultima ratio y legitimidad moral, extender la criminalización más allá del artículo 410A?

Por un lado, la experiencia comparada muestra que las sanciones administrativas, por sí solas, tienden a ser insuficientes para disuadir plenamente las prácticas colusorias, y que la introducción de sanciones personales, incluidas las penas de prisión, puede reforzar significativamente el efecto preventivo (OECD, 2019). A esto se suma que el daño económico de

los cárteles puede ser muy elevado y que su persecución exige herramientas fuertes capaces de alterar los incentivos de los individuos que deciden la conducta (Harding, 2006; Stephan, 2012). Desde esta perspectiva, una ampliación de la criminalización hacia cárteles entre privados podría verse como un paso coherente con el movimiento global de reforzar la lucha contra las prácticas anticompetitivas.

Por otro lado, los datos de la FGN sobre el artículo 410A revelan que la aplicación práctica de la sanción penal es limitada, con un número muy reducido de casos que llegan a condena. Planteado dudas respecto de la capacidad institucional para llevar a cabo investigaciones complejas en materia de competencia y respecto de si la amenaza penal se traduce efectivamente en un aumento de la disuasión.

Desde la teoría del Derecho Penal, los principios de ultima ratio y proporcionalidad exigen mostrar que la intervención penal es necesaria porque otros mecanismos menos gravosos (en este caso, las sanciones administrativas) han demostrado ser insuficientes, y que la gravedad de la pena guarda relación con la magnitud del daño y la culpabilidad del infractor (Roxin, 1997; Muñoz Conde, 2010).

En síntesis, la discusión sugiere que la simple extensión del modelo penal a otros supuestos anticompetitivos, sin un fortalecimiento paralelo de la capacidad investigativa, una consolidación del reproche moral y una evaluación rigurosa del desempeño del régimen administrativo, corre el riesgo de convertirse en una criminalización más simbólica que efectiva. Antes de avanzar hacia nuevos tipos penales, parece necesario clarificar qué objetivos específicos se persiguen (disuasión, retribución, expresión simbólica de reproche, alineación internacional) y si estos pueden lograrse mediante ajustes al régimen administrativo o mediante una combinación cuidadosamente diseñada de sanciones administrativas y penales.

## CONCLUSIÓN

La investigación permitió constatar que el esquema sancionatorio colombiano en materia de competencia combina un régimen administrativo robusto, concentrado en la Superintendencia de Industria y Comercio, con una intervención penal a través del artículo 410A del Código Penal, circunscrito a la contratación estatal. Sin embargo, el examen de los datos estadísticos de la Fiscalía General de la Nación mostró que, pese a la severidad abstracta de la pena (prisión y multa), la aplicación práctica del tipo penal es marginal: la mayoría de las noticias criminales permanece en indagación, muy pocas avanzan a investigación y juicio, y solo un número ínfimo culmina en ejecución de la pena. En términos de política criminal, ello indica que la amenaza penal carece hoy de una credibilidad suficiente como para generar un efecto disuasorio consistente.

Desde la perspectiva comparada, el análisis del informe de la OCDE evidenció que las sanciones administrativas, aunque se han fortalecido y han incrementado su cuantía, resultan estructuralmente limitadas para desincentivar de manera plena las prácticas colusorias, en particular cuando las multas no eliminan la rentabilidad del cartel o no recaen directamente sobre quienes toman las decisiones anticompetitivas. De ahí que múltiples jurisdicciones hayan recurrido a la responsabilidad personal, incluso penal, de los individuos implicados. No obstante, la experiencia internacional también muestra que la sola elevación de las sanciones, sin una probabilidad razonable de detección y condena, difícilmente produce la disuasión deseada. El caso colombiano confirma esta tensión: existe un andamiaje administrativo severo y un tipo penal formalmente rígido, pero con una aplicación efectiva muy reducida.

A la luz de estos elementos, la conclusión central de la investigación es que, en el momento actual, no se justifica extender de manera generalizada la criminalización a los cárteles

entre privados más allá del ámbito específico regulado por el artículo 410A del Código Penal.

Antes que crear nuevos tipos penales, la política de competencia en Colombia debería priorizar:

i) el fortalecimiento de la capacidad investigativa y técnica de la Fiscalía y de la SIC en casos complejos de prácticas restrictivas de la competencia; ii) una evaluación rigurosa de la efectividad real del régimen administrativo vigente, incluyendo sus sanciones personales y medidas no monetarias; y iii) el diseño de estrategias que refuercen el reproche moral y social frente a las prácticas anticompetitivas. Solo si, tras este proceso, se demostrara que incluso un régimen administrativo optimizado resulta insuficiente para disuadir cárteles graves, y que existe capacidad institucional para aplicar efectivamente las penas, podría plantearse, con sujeción estricta a los principios de ultima ratio y proporcionalidad, una eventual ampliación penal que no sea meramente simbólica, sino un instrumento real y legítimo de tutela de la libre competencia.

## REFERENCIAS

- Bernatt, M. (2024). *Competition law through the lenses of national constitutions: Connecting competitive markets with socio-economic and environmental values*. *Journal of Antitrust Enforcement*, 00(0), 1–31. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnae047>
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (2025, 6 de marzo). *Sentencia C-080 de 2025* [M. P. Paola Andrea Meneses Mosquera].
- Fiscalía General de la Nación. (2025). ESTADÍSTICA DE DENUNCIAS POR DELITOS . <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>
- Galvis Macías, I. H. (2018). *Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado*. *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi*, 13(2). <https://app-vlex-com.ez.urosario.edu.co/vid/741221645>
- Harding, C. (2006). *Cartel criminality: The power of sanction*. Ashgate Publishing.
- Harding, C. (2012). *Business cartels as criminological enterprise: Moralising competition law*. In C. Harding & J. Edwards (Eds.), *Cartel criminality: Moral and legal issues* (pp. 17–38). Routledge.
- Liszt, F., Frank, J., Schünemann, B., & Hefendehl, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Comares.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal. Parte general* (8.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.

- OECD. (2019). *Review of the 1998 recommendation concerning effective action against hard core cartels*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/58c38ceb-en>
- República de Colombia. (1959). *Ley 155 de 1959, por la cual se dictan disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*. *Diario Oficial* No. 29.864, 24 de diciembre de 1959.
- República de Colombia. (1992). *Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. *Diario Oficial* No. 40.704, 30 de diciembre de 1992.
- República de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. *Diario Oficial* No. 45.658, 31 de agosto de 2004.
- República de Colombia. (2009). *Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. *Diario Oficial* No. 47.420, 24 de julio de 2009.
- República de Colombia. (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*. *Diario Oficial* No. 48.128, 12 de julio de 2011.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2.<sup>a</sup> ed., trad. D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal). Civitas.
- Stephan, A. (2012). *The UK cartel offence: Moral wrongness and procedural fairness*. In C. Harding & J. Edwards (Eds.), *Cartel criminality: Moral and legal issues* (pp. 69–91). Routledge.

Zamir, E., & Medina, B. (2008). *Law, morality, and economics: Integrating moral constraints with economic analysis of law*. *California Law Review*, 96(2), 323–391. <https://doi.org/10.2307/20439134>