

# Ocho comentarios al proyecto de Ley 038 de 2015<sup>[1]</sup>

MARÍA FERNANDA ARCINIEGAS CERQUERA<sup>2</sup>  
PABLO ENRIQUE ONOFRE ARIAS<sup>3</sup>

DERECHO DE  
LA COMPETENCIA

## RESUMEN

El Proyecto de Ley 038 de 2015, presentado por el Gobierno nacional, trae una serie de cambios importantes al régimen de libre competencia colombiano, algunos de los cuales han suscitado preocupaciones por parte de la academia.

El presente documento analiza ocho puntos polémicos del citado proyecto, contribuyendo al debate que en torno a la propuesta del Ejecutivo se ha generado en la materia. Así las cosas, en primer lugar, se abordan los aspectos referentes a la estructura institucional de la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– (independencia y concentración en un mismo órgano de las potestades de instrucción y juzgamiento en procedimientos administrativos). En segundo lugar, se examina la asignación de facultades jurisdiccionales a la Autoridad Nacional de Competencia para pronunciarse sobre pretensiones indemnizatorias en ejercicio de acciones individuales o de grupo. En seguida, se estudia el papel del Consejo Asesor de este organismo, haciendo especial énfasis en las nuevas audiencias que propone el proyecto referido, para, *a fortiori*, analizar los inconvenientes que emergen del nuevo sistema de multas allí establecido. A continuación, se hace una breve mención en torno a la conveniencia o no de preservar el sistema de multas a personas naturales. Y se analiza el tema de la criminalización del régimen de competencia –haciendo referencia a la discusión que se ha producido a nivel internacional– y de la titularidad para ejercer la acción penal que se pretende otorgar a la Superintendencia de Industria y Comercio. Para finalizar, se examinan las modificaciones al régimen de integraciones empresariales

- 1 Para citar el artículo: ARCINIEGAS, F. y ONOFRE, P. (2016). Ocho comentarios al Proyecto de Ley 038 de 2015, en *Revista Con-texto*, n.º 45, pp. 65-101. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n45.05>
- 2 Abogada egresada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Actualmente se desempeña como abogada asociada en la firma Márquez Barrera Castañeda Consultores. Correo-e: mariafernanda@marquezbarrera.com
- 3 Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Actualmente se desempeña como abogado asociado en la firma Márquez Barrera Castañeda Consultores. Correo-e: pabloenrique@marquezbarrera.com

que introduce el proyecto, particularmente lo atinente al carácter vinculante que se le quiere dar al concepto de la SIC en materia financiera y aeronáutica.

**Palabras clave:** proyecto de Ley, Superintendencia de Industria y Comercio, Estado de Derecho, debido proceso, Derecho Penal de la Competencia, multas.

## EIGHT REMARKS REGARDING BILL N.º 038-2015

### ABSTRACT

Bill n.º 038-2015, submitted by the Government, brings about some important amendments to the competition regime, some of which have given rise to concerns in academia. This paper analyzes eight contentious topics of the aforementioned Bill, contributing in this manner to the debate that has emerged about the Executive's proposal. Thus and firstly, aspects related to the institutional structure of the Superintendence of Industry and Commerce (independence and concentration in the same agency of investigative and judging powers during administrative proceedings) are addressed. Subsequently, one of the most discussed topics of the Bill is reviewed, this is, the concession of jurisdictional powers to the Antitrust National Agency to rule on indemnity claims arisen from individual or class actions. Next, the paper studies the Counselor-Committee's role, emphasizing on the new hearings that the Bill introduces, to analyze, afterwards, the drawbacks that emerge from the new fining-system therein stated. Then, the document briefly comments about the debate that has arisen with respect to the convenience or inconvenience of preserving fines to individuals. Later on, the criminalization of competition law is addressed –making specific reference to the international discussion related to this topic– and the ability to exercise criminal prosecution powers by the Superintendence of Industry and Commerce. Finally, the paper examines the amendments to the merger control system introduced by the Bill, specifically the binding nature that the proposed act intends to grant to the concept rendered by the Superintendence of Industry and Commerce with regards to mergers in the financial and aeronautical sectors.

**Keywords:** Bill, Superintendence of Industry and Commerce, Rule of law, Due process of law, Antitrust law criminalization, Fines.

### 1. INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento de quienes se desenvuelven en el ámbito del derecho de la competencia, el Gobierno nacional ha presentado un proyecto de ley encaminado a modificar aspectos fundamentales de este ordenamiento. Si bien es cierto que la normativa de competencia precisa de actualizaciones, en aras de ajustarla a las nuevas tendencias y realidades –como con acierto lo ha venido planteando de tiempo atrás el CEDEC– y aun cuando los derroteros sobre los cuales se estructura el Proyecto de Ley 038 de 2015 son

loables, se estima que la promoción de una mayor eficiencia y poder disuasorio de las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia no puede hacerse en detrimento de los cimientos fundamentales sobre los que se erige nuestro Estado de Derecho, contenidos en la Carta Política. En este sentido, y en aras de contribuir al debate que al respecto se ha suscitado, este documento pretende analizar aquellos puntos del Proyecto de Ley que, a juicio de los autores, podrían encontrar obstáculos de cara al ordenamiento constitucional, o que al margen de su exequibilidad, resultan de alguna forma cuestionables. De igual manera, se aprovecha la oportunidad para traer a colación aquellas modificaciones que desde la academia se han considerado, en reiteradas ocasiones, como absolutamente necesarias para alcanzar una mayor efectividad en las labores de policía administrativa que ejerce la Autoridad de Competencia, estructurada bajo una filosofía más garantista de los derechos procesales de los investigados.

## 2. COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY

### 2.1. Independencia de la autoridad de competencia frente al Gobierno Nacional

Un primer tema que ha sido objeto de disertación constante en nuestro medio –sobre todo en el ámbito académico– se relaciona con la necesaria reforma a la estructura institucional de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC), particularmente en lo que atañe a la independencia de la misma, y a la separación entre las funciones de investigación y las de decisión definitiva (juzgamiento). En el presente acápite, se tratará la primera de las temáticas anotadas.

En efecto, el no abordar la temática de la independencia de la SIC ante el Gobierno Nacional constituye una de las mayores falencias del texto legislativo propuesto por el Ejecutivo, incurriendo nuevamente en el vacío que se dejó con la Ley 1340 de 2009, que es, hasta el momento, la más reciente reforma a la ley de competencia. La ausencia de referencia expresa a la estructura institucional de la SIC se pretexto, en la Exposición de Motivos, en la aplicación del más reciente examen inter pares de la OCDE –que por lo demás no ha sido divulgado al público–, de acuerdo con el cual, pareciera este no ser un problema que amerite modificación. Sin embargo, como se verá, tal aseveración dista de ser acertada, puesto que la postura reiterada de dicha organización internacional ha sido precisamente el aconsejar la mayor independencia de la Autoridad de Competencia, en aras de procurar una operación más eficaz de su parte<sup>4</sup>.

4 A modo ilustrativo, pueden encontrarse referencias a esta problemática en: OCDE y BID. Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-pares. París: Publicaciones de la OCDE, 2009; OCDE. Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia. París: Publicaciones de la OCDE, 2014; el más reciente estudio económico de la OCDE sobre el país: OCDE. Estudios Económicos de la OCDE Colombia. París: Publicaciones de la OCDE, 2015; y en el documento OECD. Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by BIAC. Base Document DAF/COMP/WD(2014)126. 2014. Disponible en Internet: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocu mentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)126&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocu mentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)126&docLanguage=En)

En este sentido, han sido frecuentes los cuestionamientos al sistema de designación del Superintendente de Industria y Comercio, así como del Delegado para la Protección de la Competencia, tanto de parte de la academia como de otras entidades como la OCDE en documentos anteriores (v.gr. el examen inter pares realizado en conjunto con el BID publicado en el año 2009), y el Consejo Privado de Competitividad<sup>5</sup>. Como es sabido, el primero es un funcionario de libre nombramiento y remoción, nombrado por el Presidente de la República, y el segundo es designado y cesado en el cargo por decisión del Superintendente de Industria y Comercio. Se observa, en consecuencia, una alta influencia política, particularmente en el cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, que puede llegar a comprometer la efectividad de la gestión que lleve a cabo la entidad y el desarrollo cabal de la política de competencia en el país.

Al respecto, el examen inter pares aludido destaca cómo, si bien la SIC goza de autonomía administrativa, personalidad jurídica propia e independencia administrativa, financiera y presupuestaria, *"en la medida en que el Superintendente es elegido libremente por el Presidente de la República y que puede ser cesado con libertad, se considera que su grado de autonomía respecto de la influencia del Poder Ejecutivo es reducido"*<sup>6</sup>. A renglón seguido, la organización mencionada recomienda *"evaluar las opciones en las cuales la autoridad con mayores facultades resolutorias y de investigación pueda (...) ser más independiente del Poder Ejecutivo. A tal fin, podría considerarse la creación de un órgano colegiado de funcionamiento permanente, integrado por profesionales designados por criterios de mérito, por un plazo no inferior a 4 años. Podrían ser designados por el presidente, siempre y cuando se garantice una duración mínima de su mandato, evitando así su destitución con los cambios presidenciales"*<sup>7</sup>.

Las discusiones recientes llevadas a cabo en el marco de la OCDE sobre el diseño institucional de las autoridades de competencia expresan la importancia de que exista una autonomía de esta autoridad respecto de la política del Gobierno, puesto que al remover todo tinte político a las decisiones de aquella, reduce el riesgo de que la sociedad en general perciba un sesgo de la misma en el cumplimiento de sus funciones y provee consistencia en las decisiones y criterios empleados por la autoridad de competencia, con independencia del Gobierno de turno<sup>8</sup>. Así las cosas, la independencia conlleva que la

5 Al respecto, véase: Consejo Privado de Competitividad). Informe Nacional de Competitividad 2014-2015, 2015, p. 184-196. Disponible en Internet: <http://www.compitem.com.co/site/informe-nacional-de-competitividad-2014-2015/>; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado", en *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2011, vol. 6, n.º 6; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: Necesidad de introducir reformas", en *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2012, vol. 8, n.º 8.

6 OCDE y BID. Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-pares. París: Publicaciones de la OCDE, 2009, p. 66.

7 Ibid, p. 65.

8 OECD. Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by BIAC. Base Document DAF/COMP/WD(2014)126, 2014, p. 6. Disponible en Internet: [http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)126&docLanguage=En](http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)126&docLanguage=En). Al respecto, expresa dicho documento, *"Further, independence from government, or lack thereof, can have a considerable impact on market stability, the facilitation of investments, and the efficient operations of competitive agencies (...) Independence is important to avoid competition law being used by politicians to achieve political or industrial goals that have little to do with*

Autoridad de Competencia únicamente debería actuar si objetivamente estima que puede existir alguna situación problemática en términos de competencia, y que si decide actuar, fundará sus decisiones en la evidencia que conste en el expediente, aplicando criterios económicos<sup>9</sup>. En el documento pertinente, se ponen de relieve las recomendaciones del Banco Mundial, según las cuales, para que exista independencia de la Autoridad de Competencia, sus miembros no deberían ser nombrados directamente por el Jefe de Estado, la agencia no debería estar vinculada o adscrita a los ministerios gubernamentales y debería contar con su propio presupuesto<sup>10</sup>.

Adicionalmente, el más reciente Informe Nacional de Competitividad elaborado por el Consejo Privado de Competitividad resalta las anteriores deficiencias, al destacar que la Autoridad de Competencia carece de la independencia suficiente frente al Gobierno, a lo cual debe aunarse el hecho de que las decisiones de la SIC son adoptadas por un único funcionario (el Superintendente de Industria y Comercio), lo cual facilitaría que la presión política ejercida por el Estado, como por otros grupos de interés, puedan llegar a incidir en el sentido de aquellas<sup>11</sup>.

Con fundamento en lo anterior, hay quienes han abogado por un cambio estructural esencial en la SIC que conlleve, por un lado, la eliminación del carácter de funcionario de libre nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, y de otro, que las decisiones definitivas sean adoptadas por un cuerpo colegiado, y no por una única persona, como sucede en la actualidad, postura que se comparte plenamente. En referencia al primer punto, se estima importante introducir modificaciones en la designación de este funcionario, pudiendo ser objeto de nombramiento por el Presidente de la República, siempre y cuando se acredite su mérito e idoneidad para cumplir el cargo, según criterios objetivos como su experiencia y formación académica. Adicionalmente, y aplicando así un sistema semejante al que opera en EE. UU. respecto de la Federal Trade Commission (FTC)<sup>12</sup> o en Brasil con relación al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)<sup>13</sup>, someter la designación del Superintendente de Industria y Comercio a ratificación de otro órgano estatal no perteneciente a la Rama Ejecutiva (garantizando así un efectivo sistema de pesos y contrapesos), como por ejemplo el Senado, de manera que se asegure una mayor transparencia en la toma de decisiones trascendentales.

*competition law (...) Unfortunately, the risk is present in many countries, including European ones, where politicians have in the past called on competition authorities to break up companies, such as banks in the UK (...)*"

9 Ibid.

10 Ibid, p. 7.

11 Consejo Privado de Competitividad. Informe Nacional de Competitividad 2014-2015, 2015, p. 186. Disponible en Internet: <http://www.compite.com.co/site/informe-nacional-de-competitividad-2014-2015/>

12 Los cinco comisionados de la FTC son nominados por el Presidente de EE UU, cuya designación debe ser confirmada por el Senado. Adicionalmente, se prohíbe que más de tres comisionados pertenezcan al mismo partido político. Información disponible en: <https://www.ftc.gov/about-ftc/commissioners>

13 Tanto el Superintendente General del CADE (el cual ejerce funciones investigativas), como los seis comisionados y el Presidente del Tribunal Administrativo del mismo (que ejercen labores de juzgamiento), son nombrados por el Presidente del país, previa aprobación del Senado. Información disponible en: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?9494949c63a162f84ff044>

En igual sentido, sería más adecuado que el cargo de Superintendente fuera un cargo de período, como sucede en numerosas jurisdicciones<sup>14</sup>, que le permita desempeñar su misión de manera más efectiva, sin preocuparse por la contingencia de ser removido en cualquier momento –claro está, siempre y cuando desempeñe su labor efectivamente–, pudiendo ser removido en el cargo sólo por causales objetivas que demuestren su falta de idoneidad para desempeñarlo.

Ahora bien, en el debate sobre el diseño institucional de las agencias de competencia, se ha abordado con frecuencia esta tensión entre el principio de independencia, por un lado, y el de responsabilidad de la agencia frente a sus decisiones, de otro. Si bien es posible garantizar el principio de responsabilidad mediante la vinculación de la agencia a otros organismos estatales<sup>15</sup> –como es el caso colombiano actual–, existen otros mecanismos menos intrusivos que podrían implementarse, en aras de asegurar que las acciones de la SIC se ajusten a la normativa. A modo de ejemplo, cabría mencionar: la publicación de reportes periódicos de parte de esta acerca de sus actividades y operaciones, la revelación voluntaria de información y las apariciones públicas de la agencia en las que se expliquen y justifiquen sus políticas, entre otros<sup>16</sup>. Lo anterior puede proveer mayor transparencia a las actuaciones de la Autoridad, y evita que las funciones de rendición de cuentas que toda entidad pública debe realizar en un Estado de Derecho –guiado bajo el esquema de frenos y contrapesos– se vean permeadas por intereses políticos. Además, es importante recordar que la independencia de la SIC en absoluto conllevaría una discrecionalidad sin límites de su parte, habida cuenta de que existe el control judicial independiente que sobre las decisiones de la misma ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en temas relacionados con comportamientos restrictivos de la competencia.

- 14 A manera ilustrativa, cabría retomar los ejemplos de EE. UU. y Brasil. En el primero, los comisionados de la FTC ejercen sus funciones durante un período de siete (7) años. En Brasil, el Superintendente General del CADE desempeña su cargo por un término de dos (2) años, pudiendo ser reelegido para un solo término subsiguiente, con la ayuda de dos Superintendentes; a su turno, los comisionados del Tribunal Administrativo del CADE, así como su Presidente, tienen un mandato de cuatro (4) años, no coincidentes.
- 15 *“Accountability can be achieved in various ways, some of which involve design features that reduce autonomy. The agency might be constituted as an executive branch ministry or subunit of another ministry, and its leaders would serve at the pleasure of the head of state or the legislature. Accountability is usually established by giving the executive branch and/or the legislature direct control of the agency’s budget. For example, the agency’s budget proposals have to be approved by a central executive branch body and/or funded through a specific legislative appropriation every year”*, en KOVACIC, WILLIAM E. y HYMAN, DAVID A. “Competition Agency Design: What’s on the Menu?”, en George Washington Law Faculty Publications & Other Works. Paper 628, 2012, p. 5. Disponible en Internet: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications)
- 16 *“Another accountability strategy is to mandate fuller disclosure about the agency’s activities. For example, an agency might be required to publish regular reports about the agency’s activities and operations. A jurisdiction can establish a freedom of information act that compels the agency to disclose certain types of information in response to requests by the public. The agency also can take voluntary measures to increase accountability, including the revelation of data not required by law, frequent public appearances by agency leaders to explain and defend policy choices, and public consultations in which the agency seeks views about what it should do. As its powers increase, an agency may find that expanded voluntary disclosure is necessary to increase its perceived legitimacy”* (resaltado fuera del texto), en *Ibid*, p. 6.

Por último, en cuanto a la recomendación de introducir un órgano colegiado, se ha estimado importante en aras de proveer una mayor independencia y resistencia frente a la posible influencia de los sectores económicos, políticos o incluso por otros órganos del Estado<sup>17</sup>. Por lo demás, esto concuerda con el diseño de la mayoría de agencias de competencia en el mundo<sup>18</sup>. En este punto, cabe destacar que si bien existe la figura del Consejo Asesor de Competencia –que por lo demás, no se encuentra por completo ajeno a las influencias políticas del Gobierno–, este, en la actualidad, tiene un campo de acción limitado, toda vez que sólo le compete emitir conceptos no vinculantes, cuando la decisión del Superintendente de Industria y Comercio sea sancionar. A lo anterior debe agregarse un aspecto –que cabe anotar, sí solventa el Proyecto de Ley–, y es la falta de un deber a cargo del Superintendente de exponer, en sus resoluciones, las razones por las cuales ha determinado apartarse de las recomendaciones efectuadas por el mencionado órgano consultivo.

## 2.2. Estructura institucional de la Autoridad de Competencia

Otra problemática no resuelta por el Proyecto de Ley –sino más bien agudizada, según se expondrá en el capítulo subsiguiente– es el claro sistema inquisitivo que impera en los procedimientos por prácticas restrictivas de la competencia, en donde las facultades de investigación y juzgamiento (decisión definitiva) son adoptadas por una misma autoridad: la SIC. La inconveniencia de esta estructura ha sido abordada en varias ocasiones; el más reciente Informe Nacional de Competitividad cuestiona la falta de separación y de independencia entre las dependencias de investigación (Delegatura de Protección de la Competencia), por un lado, y las encargadas del juzgamiento (el Superintendente de Industria y Comercio), *“pues facilita la autocaptura de la entidad en la medida en que la etapa de juzgamiento se puede convertir en una etapa de confirmación de las conclusiones de la etapa de instrucción (...) aunque en teoría la investigación es realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia y la decisión la toma el Superintendente, en la práctica dicha independencia se puede ver afectada, por ejemplo, cuando el Superintendente conozca los pormenores de una investigación desde la etapa de averiguación preliminar, o cuando el equipo de la Delegatura para la Protección de la Competencia logre tener injerencia en el momento de la toma de decisión por el Superintendente”*<sup>19</sup>. Con base en lo expuesto,

- 17 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: Necesidad de introducir reformas”, en *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2012, vol. 8, n.º 8, p. 37.
- 18 KOVACIC, WILLIAM E. y HYMAN, DAVID A. “Competition Agency Design: What’s on the Menu?”, en *George Washington Law Faculty Publications & Other Works. Paper 628*, 2012, p. 7. Disponible en Internet: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications) Anotan estos autores: *“A majority of the world’s competition agencies are governed by multi-member boards. By custom or by statute, many countries require that the board’s membership to be politically heterogeneous. The multimember board is believed to offer the advantages of diversified expertise, greater resistance to capture, and heightened legitimacy. Multi-member boards are also less subject to abrupt shifts in policy in the wake of an election that results in a change in power”*.
- 19 Consejo Privado de Competitividad. Informe Nacional de Competitividad 2014-2015, 2015, pp. 186-187. Disponible en Internet: <http://www.compite.com.co/site/informe-nacional-de-competitividad-2014-2015/>

dicho Informe resalta la inconveniencia de la potestad con que cuenta la mencionada Delegatura de elaborar proyectos de resolución a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, que el Superintendente de Industria y Comercio puede acoger íntegramente<sup>20</sup>.

De igual manera, y en atención a que el Delegado para la Protección de la Competencia es un funcionario de libre nombramiento y remoción por parte del Superintendente de Industria y Comercio –jefe de la entidad–, surge un problema de neutralidad e imparcialidad importante, en la medida en que aquel es subalterno del último, que según se evidenció, elabora proyectos de resolución que pueden ser acogidos íntegramente por el Superintendente.

Como ha reconocido la OCDE, si bien el ejercicio de funciones de investigación y de decisión por una misma agencia puede generar importantes ahorros en costos, la ausencia de separación entre tales labores puede suscitar preocupaciones notorias en la percepción que el público (incluidos, por supuesto, los potenciales investigados) tiene sobre la imparcialidad y justicia de las determinaciones de la agencia<sup>21</sup>. Al respecto, cabría traer a colación uno de los argumentos que en defensa de la bifurcación entre las funciones de investigación y juzgamiento ha esgrimido la Corte Constitucional, fundado, sobre todo, en la imparcialidad objetiva, garantía esta que lleva ínsita la *ausencia de contacto anterior del funcionario con el "(...) thema decidendi, de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto"*<sup>22</sup>, lo cual no pone en duda la *"rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción' sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue"*<sup>23</sup> (se resalta).

Pues bien, aun cuando los modelos que a nivel internacional existen son sumamente diversos, se ha reconocido que en aquellos en los cuales existe una clara diferenciación entre los órganos investigativos y los de juzgamiento, la percepción sobre transparencia e imparcialidad de la gestión de la autoridad de competencia es mayor, generando así un mayor sentimiento de seguridad jurídica y certeza respecto de la objetividad y justicia de las decisiones de los falladores. Como se ha afirmado, la legitimidad es un elemento crucial de cualquier sistema jurídico, y el acatamiento de los postulados del debido proceso representa una herramienta significativa para establecer y dimensionar dicha legitimidad<sup>24</sup>.

20 Ibid.

21 OECD. Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by BIAC. Base Document DAF/COMP/WD(2014)126, 2014, p. 10. Disponible en Internet: [http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)126&docLanguage=En](http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)126&docLanguage=En)

22 Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

23 Ibid.

24 KOVACIC, WILLIAM E. y HYMAN, DAVID A. "Competition Agency Design: What's on the Menu?", en George Washington Law Faculty Publications & Other Works. *Paper* 628, 2012, p. 12. Disponible en Internet: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications) Al respecto, señalan estos autores: "Notwithstanding the efficiency-enhancing benefits of integration, a nation that



Existen, en consecuencia, regímenes en los cuales se ha radicado cada función en cabeza de entidades estatales independientes, como lo es el caso del Departamento de Justicia (DOJ) en EE. UU., el esquema canadiense y el chileno. Por un lado, la *Antitrust Division* del DOJ solamente lleva a cabo funciones investigativas, presentando acusación ante las cortes federales, quienes deciden definitivamente respecto de la existencia de la práctica anticompetitiva y la correspondiente sanción (penal o civil, según el caso)<sup>25</sup>. De otra parte, el *Competition Bureau* de Canadá tiene a su cargo funciones de investigación y de aplicación de la normativa de competencia, al paso que el *Competition Tribunal* –entidad estatal diferente– cumple labores de juzgamiento con relación a asuntos no penales. Ahora bien, debido a que en este país existe una criminalización de determinados comportamientos anticompetitivos, en tratándose de prácticas susceptibles de persecución penal, el *Competition Bureau* presenta la acusación (en conjunto con la entidad estatal de persecución), pero son órganos pertenecientes a la rama jurisdiccional los que deciden definitivamente<sup>26</sup>. Por último, en Chile corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) realizar labores de instrucción de investigaciones por atentados a la libre competencia, para ulteriormente presentar requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), tribunal especial e independiente, de carácter colegiado, encargado de resolver definitivamente sobre dichos requerimientos<sup>27</sup>.

Por otro lado, existen esquemas en los cuales si bien ambas funciones se establecen en cabeza de una misma agencia, se crean mecanismos para evitar la injerencia de los funcionarios encargados de llevar a cabo cada función, en el adecuado desenvolvimiento de la otra (ejemplos de estos esquemas se aprecian en la FTC de EE. UU. y la *Competition and Markets Authority* (CMA) en el Reino Unido). Así las cosas, la FTC ha implementado sistemas internos de frenos y contrapesos encaminados a lograr una separación efectiva entre el personal encargado de investigar y radicar la queja correspondiente y la Comisión, cuando funge como ente juzgador, una vez se han presentado formalmente cargos contra el investigado<sup>28</sup>. En este orden de ideas, presentada la queja por los comisionados, al tener éstos "motivos para creer" que ha existido una conducta anticompetitiva (que, por lo demás, se profiere antes de que toda la información relevante para la investigación haya sido recaudada)<sup>29</sup>, estos se aíslan del personal encargado de la persecución y se les

*bundles prosecutorial and adjudicatory powers together is likely to incur real costs in the form of diminished perceptions of procedural fairness and legitimacy", en Ibid, p. 13.*

25 Ibid, p. 11.

26 Ibid, p. 13.

27 Información disponible en: <http://www.fne.gob.cl/fne/que-hacemos/> y <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=696&GUID=>

28 O'BRIEN, PAUL; KATONA, KRISZTIAN Y TRITELL, RANDOLPH. "Procedural Fairness in Competition Investigations: U.S. FTC Practice and Recent Guidance from the International Competition Network", en *CPI Antitrust Chronicle*, *Competition Policy International Inc.* 2015, p. 4. Disponible en Internet: [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/obrien\\_katona\\_tritell\\_-\\_procedural\\_fairness\\_in\\_competition\\_investigations\\_7-2015.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/obrien_katona_tritell_-_procedural_fairness_in_competition_investigations_7-2015.pdf)

29 "Thus, the Commissioners make this determination before all the relevant information (from the investigation) has been produced, and before the investigational targets have fully presented their arguments against liability. In this context, finding "reason to

proscribe tener en cuenta cualquier material o elemento probatorio que no conste en el expediente público<sup>30</sup>.

De igual manera, se han creado mecanismos de descalificación de comisionados para conocer un asunto, cuando se demuestre que estos, en ejercicio de sus funciones de juzgamiento, han prejuzgado respecto de los hechos o han estado vinculados a las partes de tal manera que se comprometa su imparcialidad<sup>31</sup>. En el Reino Unido, a su turno, el Consejo (Board) de la CMA se encarga de realizar labores de averiguación preliminar en lo que se conoce como “Fase 1”, mientras que un panel independiente de expertos se encarga de ejecutar tareas de investigación formal, en desarrollo de la “Fase 2”<sup>32</sup>, quedando la decisión definitiva (juzgamiento) en manos de dicho Consejo, en el supuesto de infracciones sujetas al régimen administrativo sancionador, y en caso de que existan implicaciones penales, la CMA actúa como órgano de persecución, remitiendo el caso a las cortes.

Así las cosas, y en aras de garantizar el debido proceso de quienes intervienen en las actuaciones ante la SIC –fundamentalmente los investigados y los terceros interesados– sería aconsejable implementar un esquema en el cual exista una verdadera separación de funciones entre las dependencias encargadas de instruir el proceso y las encargadas de adoptar la decisión definitiva sobre la ocurrencia o no de la práctica anticompetitiva. Es entendible que en las circunstancias actuales, en donde al Gobierno nacional ha pretendido implementar un modelo de austeridad fiscal, la solución más ideal (existencia de una entidad pública con funciones de investigación y de otra entidad estatal con funciones de juzgamiento) pueda no ser de factible implementación. Sin embargo, sí podrían tomarse los ejemplos que en el plano internacional existen, en donde pese a concurrir en una misma autoridad las tareas de instrucción y juzgamiento, se crea una verdadera “muralla china” entre los funcionarios que tienen a su cargo cada una de dichas tareas<sup>33</sup>.

*believe” does not mean that a Commissioner made up his or her mind before a full debate on the issues, or that the Commissioner would necessarily find a law violation applying the stricter “preponderance of the evidence standard” on the more developed factual record at the end of the case (...). If the Commission’s decision is not based on the facts developed in the official record, then the decision will be susceptible to being overturned on appeal to a reviewing court”, en UNCTAD. Fifth Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, Submission by the United States of America: The Combination of Prosecutorial and Adjudicative functions at the United States Federal Trade Commission, 2005, p. 4. Disponible en Internet: [http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108\\_en.pdf](http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108_en.pdf)*

30 OECD. Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by BIAC. Base Document DAF/COMP/WD(2014)126, 2014, p. 11. Disponible en Internet: [http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)126&docLanguage=En](http://www.oecd.org/official-documents/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)126&docLanguage=En)

31 UNCTAD. Fifth Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, *Submission by the United States of America: The Combination of Prosecutorial and Adjudicative functions at the United States Federal Trade Commission*. 2005, p. 4. Disponible en Internet: [http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108\\_en.pdf](http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108_en.pdf)

32 OTTOW, ANETJE. *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 113-114.

33 Resulta pertinente traer a colación la siguiente cita: “The decision to unbundle or integrate involves tradeoffs between

En este orden de ideas, el proyecto de ley debería introducir medidas tendientes a impedir, v.gr., que los funcionarios de la Delegatura de Protección de la Competencia intervengan de modo alguno en la fase de juzgamiento, la cual debería corresponder en modo exclusivo al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio (que como se ha mencionado, debería pasar de ser unipersonal, a ser una dependencia colegiada). En sentido similar, se deberían adoptar medidas para evitar la "filtración" de información de parte de los funcionarios de la Delegatura al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, durante toda la etapa de investigación, y evitar asimismo que servidores de dicho Despacho participen de cualquier manera en la instrucción del proceso, eliminando de esta forma el sesgo que podría existir al momento de adoptar una decisión definitiva, sea sancionatoria o no. Lo anterior implica que las actuaciones realizadas tanto durante la averiguación preliminar como durante la investigación formal tengan carácter reservado, de suerte que solo quienes trabajan en la Delegatura (y por supuesto, los investigados y terceros interesados) puedan conocer de la instrucción hasta tanto se profiera el respectivo informe motivado, momento a partir del cual el expediente pasa al Despacho del Superintendente.

### 2.3. Acciones jurisdiccionales de reparación de perjuicios ante la Autoridad de Competencia

En consonancia con lo anticipado en el capítulo anterior, otra de las mayores falencias del proyecto bajo examen es el hecho de que faculta a la SIC para decidir sobre pretensiones indemnizatorias relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia, derivadas bien sea de acciones individuales o de grupo. Reconociendo que se dificulta la preservación de la imparcialidad y neutralidad por el hecho de que se concentren en una misma autoridad estatal las funciones de investigación y decisión en el procedimiento administrativo sancionador, con mayor razón debe cuestionarse el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la SIC en estos eventos, en tanto se la habilita a actuar al mismo tiempo como juez y parte, al haber sido precisamente el órgano que profirió la determinación

*decision-making speed and expertise v. quality control and legitimacy. Tighter integration can accelerate investigation and resolution, by placing the key tasks in the hands of a body with specialized expertise. At the same time, integration can create difficulties with quality control problems, and also undermines procedural fairness (...) The overall objective of any system is to generate substantively sound outcomes – but when all the relevant decisions are integrated into the same institution, it is more difficult for earlier decisions (including the decision to prosecute the case (...)) to be revisited. Instead, various bureaucratic pathologies increase the chances the case will simply run on auto-pilot, even if the original assessment was flawed, or circumstances have changed in the interim. Agencies can create internal safeguards to minimize such problems, including walling off the "case team" from the personnel that will ultimately decide issues of culpability, and requiring periodic "hard looks" at the evidence by those who are not already involved in the case (...) Those who are skeptical of the merits of any given lawsuit will not be impressed by such safeguards, and will emphasize the unfairness of having the same entity act as "judge, jury, and executioner" and deride the proceedings as a "kangaroo court" (...)*, en KOVACIC, WILLIAM E. y HYMAN, DAVID A. "Competition Agency Design: What's on the Menu?", en George Washington Law Faculty Publications & Other Works. Paper 628, 2012, p. 13. Disponible en Internet: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications)

sancionatoria en el procedimiento administrativo. En consecuencia, existirá un eminente sesgo de parte de esta Autoridad al resolver las mencionadas pretensiones indemnizatorias, lo cual, se estima, no acompasa con los postulados fundamentales del debido proceso.

En efecto, y como se mencionó brevemente en el acápite anterior, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional considera la garantía de la imparcialidad –en sus dimensiones objetiva y subjetiva, siendo la primera particularmente relevante en el presente caso– como uno de los elementos esenciales del derecho fundamental al debido proceso, tutelado por el artículo 29 de nuestra Carta Política, y por otros instrumentos internacionales de aplicación en el ordenamiento, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad estatuida en el artículo 93 *ibídem*<sup>34</sup>. Así las cosas, la imparcialidad objetiva “*exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad (...) se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo*”<sup>35</sup> (se resalta).

Siendo la imparcialidad del juez un presupuesto primordial en todo trámite que se adelante ante funcionarios investidos de potestades jurisdiccionales, y en general del ejercicio de funciones públicas, ha también puntualizado este Tribunal que “*(...) cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, ya sea por haber emitido concepto previo sobre el asunto sometido a su consideración, o por la presencia de alguna de las causales de impedimento previstas en la ley, como la existencia de vínculos de parentesco o amistad íntima con una de las partes, o de un marcado interés personal en la decisión [refiriéndose esto último a la imparcialidad subjetiva] (...)*”<sup>36</sup> (subrayas y corchetes fuera del texto).

De igual manera, si bien el artículo 116 de la Constitución Política faculta al legislador para conferir, de forma excepcional y precisa, facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas con relación a los temas que son de competencia de las mismas, en aras de procurar la descongestión en la administración de justicia<sup>37</sup>, la Corporación aludida ha sido clara en señalar como parámetro que debe regir dicha asignación la garantía de los derechos de los sujetos procesales y, asimismo, de la imparcialidad del servidor que ejerce la función jurisdiccional<sup>38</sup>. En referencia a la asignación de funciones de este tipo a las superintendencias, si bien se ha estimado acorde a los preceptos de la Carta, se ha

34 Tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derecho Humanos, en Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

36 Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

37 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

advertido sin embargo que "(...) en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228)"<sup>39</sup> (se resalta).

Bajo esta línea, en el examen de constitucionalidad de la asignación de facultades jurisdiccionales a la SIC para conocer de demandas por competencia desleal, se expresó que el ejercicio de dichas funciones respecto de supuestos de hecho con relación a los cuales ya había mediado pronunciamiento administrativo de parte de la misma comprometería *ab initio* la mencionada garantía de imparcialidad<sup>40</sup>. En este sentido, se condicionó la exequibilidad de las normas estudiadas al siguiente tenor: "no podrá el mismo funcionario o despacho de la Superintendencia de Industria y Comercio, ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos de competencia desleal, en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de sus funciones administrativas de inspección, vigilancia y control en la materia. Tales funciones deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento"<sup>41</sup>.

Ahora bien, pese a existir el anterior antecedente, se considera que los asuntos sobre los cuales se pronunciaría la SIC según la regulación propuesta en el proyecto de ley divergen notablemente de aquellos que conoce en los procesos jurisdiccionales de competencia desleal, en tanto estos últimos no se limitan a resolver pretensiones indemnizatorias<sup>42</sup>. Es decir, en estos eventos, la SIC se pronunciaría sobre la existencia de la práctica desleal –lo cual, al igual que en el tema de prácticas anticompetitivas, exige un nivel de experticia que trasciende el conocimiento general de los jueces– y condenaría al pago de indemnizaciones de perjuicios, si a ello hubiere lugar, mientras que el proyecto de ley se restringe a la acción de condena, existiendo ya pronunciamiento administrativo sobre la existencia de la práctica contraria a la libre competencia. Lo anterior evidencia que mientras que en ejercicio de facultades jurisdiccionales en el ámbito de la competencia desleal, existe un conocimiento particular del tema que puede justificar que la SIC ejerza dichas facultades a prevención, en la propuesta efectuada en el proyecto de ley, se alude exclusivamente a una condena a indemnización de perjuicios, lo cual podría hacerlo cualquier juez de la República, aplicando los criterios propios del régimen de responsabilidad civil, sobre el cual poseen el conocimiento y experticia necesarios. Con todo, aducir una mayor eficiencia no resulta suficiente en el presente caso, pues acoger tal argumento conllevaría que, en vista de la eminente congestión del aparato judicial,

39 Ibid.

40 Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

41 Ibid.

42 Como lo señala el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, se podrá ejercer acción declarativa y de condena, por un lado, o una acción preventiva o de prohibición, del otro.

se radicarán funciones jurisdiccionales en cabeza de las autoridades administrativas, lo que desnaturalizaría la excepción, convirtiéndola en regla general.

Con fundamento en lo expuesto, es posible concluir que la asignación de facultades jurisdiccionales a la SIC para avocar pretensiones indemnizatorias por prácticas restrictivas de la competencia no debió ser incluida en el proyecto de ley bajo análisis, en atención a que el diseño institucional actual de la Autoridad de Competencia, respecto del régimen de prácticas restrictivas de la competencia (concentración de labores de instrucción y juzgamiento, falta de autonomía del Gobierno), impediría la efectiva garantía de imparcialidad que hace parte integral del debido proceso. Se considera que en la actualidad existen las instancias judiciales apropiadas para ventilar estos asuntos, a las que pueden acudir los eventuales perjudicados por comportamientos anticompetitivos. Es claro que la finalidad de descongestionar los despachos judiciales, de promover la eficiencia y celeridad de estas actuaciones y de fomentar el empleo de herramientas que hasta el momento han sido subutilizadas en nuestro medio, en aras de lograr una mayor disuasión de conductas anticompetitivas, no puede prevalecer sobre el derecho fundamental al debido proceso de los investigados (y sancionados) por prácticas anticompetitivas. Como se ha mencionado, aun cuando puede ser una finalidad atendible, existen otros medios menos lesivos de las garantías fundamentales, para lograr la aplicación privada del derecho de la competencia.

#### 2.4. Aspectos procedimentales: el papel del Consejo Asesor

El artículo 13 del proyecto de ley establece:

*En los casos en que el Superintendente de Industria y Comercio convoque al Consejo Asesor de Competencia, también citará a los investigados y terceros interesados reconocidos dentro del trámite a una audiencia de carácter reservado, para que presenten de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación (...) Una vez presentados los argumentos por parte de los investigados y los terceros interesados, se dará cierre a la audiencia.*

(...)

*A continuación, o en una nueva fecha, el Consejo Asesor de Competencia oír en audiencia reservada al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y al Superintendente de Industria y Comercio o sus asesores, sin la presencia de los investigados, terceros interesados o apoderados. Posteriormente, el Superintendente de Industria y Comercio oír las recomendaciones del Consejo Asesor.*

Al respecto, cabe cuestionar lo siguiente: en primera medida, el rol que juega este órgano dentro del proceso de juzgamiento de prácticas restrictivas de la competencia; y en segunda medida, la pertinencia de la celebración de audiencias separadas y reservadas, por un lado, para los investigados y terceros interesados, y por el otro, para el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Sobre lo primero, es posible observar que si bien el Consejo Asesor está conformado por personas altamente calificadas que pueden rendir conceptos acertados en materia de competencia, se trata de un órgano meramente consultivo cuyas opiniones no revisten ninguna obligatoriedad para el Superintendente de Industria y Comercio. Adicionalmente, se tiene que en la práctica, el Consejo Asesor cuenta con muy pocos días para conocer el expediente particular, lo cual, aunado a la falta de inmediación en materia probatoria, impide que dicho órgano pueda forjarse una opinión a lo menos completa del caso. Así las cosas, la existencia de este órgano colegiado aporta muy poco al procedimiento, pues ni se trata de un tribunal independiente de juzgamiento, ni de un órgano cuyas opiniones sean, de alguna manera, vinculantes para el juzgador.

En referencia a la propuesta de audiencias separadas y reservadas para las partes en el proceso, es posible aseverar que ello cercena las garantías procesales fundamentales, especialmente de los investigados, toda vez que al otorgar una nueva oportunidad al Delegado para realizar una exposición privada al Consejo Asesor, después de que este último haya oído a los investigados, no se le estaría permitiendo el derecho de defensa a los investigados<sup>43</sup>. Está por fuera de todo principio y práctica que el acusador exponga después del acusado. Lo ideal sería que existiera una sola audiencia ante el Consejo Asesor, donde el Delegado, los investigados y terceros interesados, en su debido orden, puedan presentar su caso. La reserva de dichas audiencias y el orden en que están planteadas impiden el debido ejercicio de contradicción a que tienen derecho los implicados, y va en detrimento del principio procesal que pregona la igualdad de armas entre la Administración y el investigado. Cabe en este punto recordar que, según jurisprudencia reiterada del máximo intérprete de la Constitución, *"En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación (...) (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación (...)"*<sup>44</sup> (se resalta).

## 2.5. Sistema de imposición de multas

En los últimos cinco años, el régimen de protección de la competencia en Colombia ha experimentado significativas transformaciones en lo que a sanciones por violación

43 Según jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, esta prerrogativa fundamental le confiere a toda persona, en el marco de cualquier actuación judicial o administrativa, la oportunidad *"de ser oíd[a], de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga"*, cuyo cometido es *"impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"*. En: Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.

44 Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa. Esta sentencia reitera la línea jurisprudencial sentada en otros pronunciamientos del Alto Tribunal respecto del contenido de la garantía del debido proceso en el procedimiento administrativo, por ejemplo, en las sentencias C-758 de 2013, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-980 de 2010, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

al régimen de protección de la competencia respecta. La sanción no es otra cosa que el mecanismo que pretende garantizar la efectividad material de la finalidad disuasoria de la prohibición, y por ello, teniendo en cuenta que los mercados dejaron de ser locales para convertirse en mercados globales, la armonización normativa se hace necesaria para el desarrollo de políticas punitivas coherentes.

Así, la mayor parte de regímenes de protección de la competencia han venido promoviendo incrementos progresivos de los diversos castigos a disposición de las autoridades; lo anterior, con el cometido de desincentivar la ejecución ulterior de conductas contrarias a la libre competencia económica por parte de la sociedad en general, pero también respecto de los infractores mismos. Colombia no es ajena a este movimiento, y es por tal motivo que con la Ley 1340 de 2009 (Ley 1340), se eleva sustancialmente el monto máximo de las multas que la SIC, en su calidad de autoridad única de protección de la competencia en Colombia, puede aplicar en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio por transgresión de dicho régimen. En efecto, habida cuenta de que la cuantía, en términos relativos, de las multas bajo el régimen anterior (Decreto 2153 de 1992) podría resultar poco significativa, las mismas podrían llegar a padecer de cierta falta de efectividad material.

Ahora bien, la práctica ha demostrado que los límites establecidos por la Ley 1340 (100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes –SMLMV– para personas jurídicas y 2.000 SMLMV para personales naturales) pueden ser insuficientes para lograr la efectividad del régimen administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas, sobre todo cuando la infracción es cometida por empresas grandes, con un patrimonio y/o nivel de ingresos considerable, frente a quienes dichas multas pueden llegar a ser irrisorias. Así las cosas, se estima adecuado que el proyecto de ley busque establecer parámetros de imposición de multas que atiendan a la situación particular del infractor –y no estatuir un techo rígido aplicable a cualquier agente del mercado, independientemente de su nivel de ingresos y/o patrimonio– siendo este, por lo demás, el mecanismo generalmente aplicado en otros ordenamientos de competencia<sup>45</sup>.

No obstante, la gran falla en la que incurre el proyecto es incorporar múltiples parámetros de referencia por aplicar para imponer la multa correspondiente, con la indicación expresa de que se empleará aquel que arroje una sanción más cuantiosa. Como es natural, nada impide que en el proceso de diseño del nuevo sistema de multas, se estudiaran los parámetros de sanción aplicados en el derecho comparado, cotejándolos con la experiencia que cada Estado ha tenido sobre el particular, para así llegar a establecer elementos de juicio que propendan por una mayor efectividad material y disuasoria de las multas en nuestro medio, que en lo demás, puede dar un valioso aporte a la discusión.

45 A manera ilustrativa, cabría mencionar: la U.E., en donde la multa por imponer puede ser hasta del 10 % del ingreso total (esto es, a nivel mundial) obtenido durante el año fiscal anterior, regla que también existe en Alemania y en el Reino Unido; Australia contempla una multa alternativa de hasta el 10 % de los ingresos obtenidos en los doce (12) meses anteriores a la ocurrencia de la infracción, en caso de no poder determinarse el beneficio obtenido con esta; en Suiza, el límite es del 10 % de los ingresos obtenidos en el país durante los tres (3) últimos años fiscales.



El problema que se percibe es que se traslaparon demasiados criterios aplicados en ordenamientos foráneos, llevándose a cabo una mezcla que en vez de proporcionar claridad sobre el régimen sancionatorio, genera confusión entre los destinatarios de las normas (en desmedro de la seguridad jurídica, valor esencial del Estado de Derecho) y, lo que es más grave, va en detrimento del principio de proporcionalidad entre la falta y el castigo—elemento integral del derecho fundamental al debido proceso—, cuya operancia en el régimen administrativo sancionador es innegable, según jurisprudencia reiterada de los tribunales nacionales<sup>46</sup>. A continuación, se ahondará en el mencionado principio, según hermenéutica de la Corte Constitucional, para ulteriormente abordar cuáles son los parámetros que según la literatura especializada (que precisamente guardan relación con dicha proporcionalidad), deberían emplearse a fin de definir la sanción en niveles óptimos, para finalmente enfrentarlos con los criterios que adopta el proyecto.

Así las cosas, con relación a dicho principio en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la Corte Constitucional ha señalado que implica *“que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”*<sup>47</sup>. Asimismo, este postulado busca evitar *“los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”*<sup>48</sup>. Bajo tales derroteros, *“el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto”*<sup>49</sup> (se resalta).

Pues bien, la literatura especializada ha reconocido, *in extenso*, que para establecer sanciones en un nivel óptimo, de manera que se logren los cometidos disuasorios de la pena, sin que esta resulte desmesurada y por ende redunde en un exceso de disuasión (*over-deterrence*), o que resulte insuficiente y en consecuencia incentive la comisión de

46 La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer que *“(…) los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Y es que la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29). Por consiguiente, el actor tiene razón en que la definición de un infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado”*. En: Corte Constitucional, Sentencia C-1161 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Asimismo, ha dicho esta Corporación que *“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso”*, en Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

47 Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

49 Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

infracciones al régimen de protección de la competencia (*under-deterrence*), deben tenerse en cuenta dos elementos fundamentales:

- 1) La ganancia derivada de la conducta ilegal y;
- 2) La probabilidad de detección e investigación de la conducta por parte de la Autoridad, y su ulterior sanción.

El modelo económico en que se fundamenta esta estructura se describe a continuación<sup>50</sup>. Según los fundamentos básicos de la teoría del precio, un aumento de los precios se traduce en una disminución en las cantidades demandadas de un bien, *ceteris paribus*. Normalmente, la comisión de una infracción, como se dijo, es una función inversa de la pena y de la probabilidad de ser sujeto de un procedimiento administrativo. Así, el problema del infractor siempre será:

$$\underset{x}{MAX} B(x) - C(x)$$

donde  $x$  es el valor del artículo,  $B(x)$  es el beneficio que le reporta la infracción y  $C(x)$ , el costo en que espera incurrir. Si la pena es fija,  $C(x)$ , sea multa o prisión o las dos, *no depende* del valor del objeto sustraído, de modo que será siempre  $Y$ . El problema del infractor será:

$$\underset{x}{MAX} B(x) - \rho(g)Y(x)$$

donde  $\rho(g)$  es la probabilidad de ser sancionado –la cual depende de los gastos del Estado para garantizar el cumplimiento de la ley– y  $Y$ , la multa en pesos. El infractor debe buscar un rendimiento de la infracción,  $x$ , tal que maximice su beneficio en términos netos, ya que sus costos no son una función de los beneficios de la infracción, pues el costo es fijo. Así, la condición para maximizar el beneficio neto es, simplemente,

$$x \geq \rho(g)Y,$$

de modo que si  $x$  es mayor que  $\rho(g)Y$ , entonces el infractor cometerá la infracción; si es menor, no lo hará. Es necesario recalcar que en este sistema, en el que la sanción **no depende** de la cuantía o del beneficio de la infracción, se incentivará a cometer infracciones más rentables.

Ahora bien, suponiendo un sistema en el cual la sanción *dependa* del valor de los beneficios derivados de la infracción, el infractor resuelve el siguiente problema:

50 Esta Sección está fundamentada en MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO. *Análisis Económico del Derecho. Sistema Punitivo y Teoría del Precio*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

$$\text{MAX}_x B(x) - \rho(g)Yx.$$

Como vemos, ahora el coste del infractor se determina en términos marginales, pues tanto sus beneficios como sus costos dependen de la variable que se va a maximizar. La condición de primer orden de este problema<sup>51</sup> es idéntica a la de todos los problemas de maximización de la firma, de modo que, para maximizar, es necesario que el ingreso marginal sea igual al costo marginal, así:

$$B'(x^*) = \rho(g)Y$$

Así, a mayor grado de vigilancia estatal,  $\rho(g)Y$ , y mayores multas,  $Y$ , mayores son los costos marginales del delincuente. De manera que el ladrón sólo va a encontrar un nivel óptimo de beneficios, dependiendo de la cantidad de delito que el Estado esté dispuesto a tolerar, es decir,  $x^*$ .

Desde el punto de vista teórico, podemos concluir que para que la pena sea disuasoria, debe imponer un costo de tipo marginal al delincuente, es decir, por valor diferencial de cada unidad, mas no un costo neto o costo total de la actividad, como el analizado en el sistema de la sanción fija. Con todo, el papel del Estado en la definición de la pena fija o variable es muy importante, pues al Estado lo que le debe interesar es minimizar la actividad delictiva hasta sus niveles óptimos<sup>52</sup>. Del mismo modo, suponiendo un sistema en el cual parte de la sanción *depende* del beneficio del infractor, y otra parte no depende del valor –para este caso, asumamos un sistema en el que haya una pena de prisión fija y una pena variable–, el infractor resuelve el siguiente problema:

$$\text{MAX}_x B(x) - \rho(g)Px - \rho(g)M$$

donde  $P$  es la prisión y  $M$  es la multa. Como vemos, ahora el coste del infractor se determina en términos marginales, pues tanto sus **beneficios** como sus **costos** dependen de la variable que se va a maximizar. La condición de primer orden de este problema es idéntica a la de todos los problemas de maximización de la firma, de modo que para maximizar, es necesario que el ingreso marginal sea igual al costo marginal, así:

51  $\frac{\partial B(x)}{\partial x} \geq \frac{\partial \rho(g)Y(x)}{\partial x} = x \geq \rho(g)Y$

52 Se dice niveles óptimos, pues puede llegarse a la situación en que, por disminuir la actividad delictiva, el Estado disminuya sus gastos en otras actividades de interés social que pueden compensar en beneficios sociales marginales al costo social marginal que genera la delincuencia menor, de manera que preferirá, en algunos casos, no perseguir ciertos delitos, y mejor dedicar esos recursos a inversión en infraestructura, educación o salud. Un caso en el que el Estado dedica inmensos recursos a la persecución del delito y en el cual los recursos son usados ineficientemente se da en los procesos por inasistencia alimentaria. Procesos que tienen una justicia civil instaurada para su solución y en los que, sin embargo, el estado invierte recursos en su persecución penal, persecución que, en su mayoría, produce sentencias condenatorias no ejecutables.

$$B'(x^*) = \rho(g)Y$$

Con todo, en términos netos, el valor de la infracción debe ser mayor a  $x \geq \rho(g)(Px+M)$ . Así, a mayor grado de vigilancia Estatal,  $\rho(g)Y$ , y mayores multas,  $Y$ , mayores son los costos marginales del infractor. De manera que el infractor siempre va a encontrar un nivel óptimo de beneficios, pero el mismo depende siempre de la cantidad de infracciones que el Estado esté dispuesto a tolerar, es decir,  $x^*$ .

Podemos concluir que para que la sanción sea disuasoria, debe imponer un costo de tipo marginal al delincuente, es decir, por valor diferencial de cada unidad, mas no un costo neto o costo total de la actividad, como el analizado en el sistema de la pena fija. Con todo, el papel del Estado en la definición de la pena fija o variable es muy importante, pues al Estado lo que le debe interesar es minimizar la actividad infractora hasta sus niveles óptimos.

La determinación de  $\rho(g)Y$ , o la probabilidad que percibe el infractor, es tan importante como el sistema sancionatorio, pues estos determinan la decisión del infractor. Multas altas con baja probabilidad son tan inefectivas como multas bajas con alta probabilidad. Así, es al Estado es a quien le interesa minimizar la actividad infractora. Pero dicha minimización debe buscar que el valor  $x^*$  sea igual al costo esperado de la sanción, es decir, la multa ponderada por la probabilidad de ser sancionado<sup>53</sup>. Como  $g$  es una variable muy costosa para el Estado, la actitud normal de este está en manipular el ítem menos costoso, es decir, la multa. El Estado, entonces, dados sus recursos o su restricción presupuestal, fija el valor  $g$  como el más bajo que le minimice costos, y fija el valor de  $Y$ , al punto que dada la probabilidad  $\rho(g)$ , iguale al valor del bien hurtado. Es necesario tener en cuenta que el valor de  $g$  no puede ser cero, 0, pues el costo esperado del delincuente es cero y le convendría cometer el máximo número de infracciones. También, se debe tener en cuenta que  $Y$  no puede ser tan alto, pues puede llevar a un aumento de la delincuencia. Esto es porque llegará el punto en que el castigo es tan severo que no importará cometer un crimen mayor.

Debemos aclarar que el valor de  $\rho(g)Y$  depende estrictamente de  $g$ . Por esto, el Estado, encargado de asignar un valor a  $Y$  y un valor a  $g$ , debe tener en cuenta las pérdidas por robos, representadas por  $H(x)$ , y los costos de vigilancia,  $c(x)$ . El Estado, que se comporta como una empresa, debe minimizar los costos de la actividad delictiva; así, su problema será:

$$\min_g H(x) - \rho(g)Y + c(x)$$

Es decir, minimizar las pérdidas sociales por las infracciones al régimen de protección de la competencia, los costos de supervisión y vigilancia y la probabilidad de sancionar

53 Es decir, si la probabilidad de ser atrapado es del 50 % y la multa es de 100 pesos, el costo esperado de la multa ponderado por la probabilidad de ser atrapado surge de:  $50\% * 100 = 50$ .

a un delincuente dada por  $g$ . La solución llevará a que el Estado minimice sus costos de vigilancia,  $\rho(g)$ , y el sistema llevará a una asignación poco eficiente.

Al final, la sanción actúa como un precio o costo, pues induce un aumento de la delincuencia cuando es baja, o una disminución de la misma cuando es alta, sin ser excesiva.

En este orden de ideas, para desincentivar la violación de las normas de competencia por parte de los agentes económicos que concurren al mercado, resulta imperioso cumplir con dos condiciones. Por un lado, **que la probabilidad de ser detectado sea alta**, lo cual se relaciona directamente con la efectividad de la gestión de la autoridad de competencia, que a su turno depende de los recursos humanos, financieros, técnicos y tecnológicos puestos a su disposición. Es decir, para la efectividad de las sanciones y, en general, del régimen de competencia mismo, resulta indispensable la existencia de una autoridad institucionalmente fuerte, que tenga la capacidad real de ejercer los amplios poderes de investigación que la ley le atribuye, con la debida celeridad, de suerte que los efectos de sus decisiones no se hagan nugatorios.

De otra parte, se requiere **que el monto de la sanción exceda el beneficio real o potencial de la conducta anticompetitiva**, de suerte que para un agente racional resulte más rentable cumplir la ley que violarla, al enfrentarse a un escenario de multas cuantiosas cuya probabilidad de imposición es elevada, o dicho de otro modo, los costos de realizar el comportamiento ilegal superan los beneficios que de este derivan.

Como se anticipó, la mayoría de ordenamientos de competencia han adoptado criterios que consideran como principio general que, al imponerse una sanción que equivalga al 10 % de los ingresos brutos de la empresa infractora, esta cifra es una *proxi* acertada del total de los ingresos que corresponden a los beneficios de la infracción durante un período (usualmente, el año fiscal anterior a la aplicación de la sanción). Se abarca de este modo, el beneficio que esta obtuvo al llevar a cabo el comportamiento anticompetitivo<sup>54</sup>.

Por último, y en referencia a los parámetros de imposición de multas a los "agentes del mercado" –que pueden ser personas naturales o jurídicas– estipulados en el proyecto de ley (artículo 5, numeral 15), se advierte que estos son contradictorios y, en el peor de los casos, no consultan el modelo de decisión racional que arriba se planteó. Veamos:

- a) Los **ingresos operacionales** del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, evento en el cual esta no podrá exceder el diez por ciento (10 %) de dichos ingresos.

Esta es la mejor *proxi* de  $B'(x^*) = \rho(g)Y$ . En términos netos, el valor de la infracción normalmente se correlaciona positivamente con los ingresos de la empresa investigada.

54 Cabe aquí retomar los ejemplos mencionados en la introducción de este acápite: la U.E., en donde la multa por imponer puede ser hasta del 10 % del ingreso total (esto es, a nivel mundial) obtenido durante el año fiscal anterior, regla que también existe en Alemania y en el Reino Unido; Australia contempla una multa alternativa de hasta el 10 % de los ingresos obtenidos en los doce (12) meses anteriores a la ocurrencia de la infracción, en caso de no poder determinarse el beneficio obtenido con esta; en Suiza, el límite es del 10 % de los ingresos obtenidos en el país durante los tres (3) últimos años fiscales.

Puede haber una correlación negativa cuando es un acto de exclusión propio de conductas unilaterales o abusivas. Así, normalmente los ingresos operacionales,  $y \geq \rho(g)(Px+M)$ . Dado que la probabilidad siempre es menor de 10 %, el balance entre  $\rho(g)$  y  $(Px+M)$  que determina el valor esperado, es necesario que se use como índice un valor mayor que el que se tendría como valor total de la infracción.

b) El **patrimonio del infractor** en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, caso en el cual esta no podrá exceder el diez por ciento (10 %) del valor de dicho patrimonio.

El patrimonio no es una buena *proxi* de los ingresos derivados de la infracción, pero es una regla que funcionaría para personas naturales; de lo contrario, sería expropiatoria y confiscatoria. La regla de ingresos también funciona bien para personas naturales, pues hay una relación directa entre los ingresos fiscales de la persona natural y los ingresos derivados de la infracción vía bonos u otros incentivos monetarios.

c) Las **ventas del infractor en relación con los productos o servicios** sobre los que recayó la práctica anticompetitiva, no pudiendo exceder la sanción el treinta por ciento (30 %) de las ventas correspondientes al período durante el cual la infracción se haya ejecutado.

Dado que no existe claridad sobre el sobreprecio o la ganancia derivada del cartel, se usa como *proxi* el 30 % de las ventas del producto. Asumiendo que se está hablando de la sanción de un cartel, o una sanción explotativa, seguramente la sanción quedará corta, pues al calcular el valor esperado, la sanción se hará no disuasoria.

d) Un monto en **salarios mínimos legales mensuales** vigentes a cargo del infractor. En este evento, la sanción no podrá exceder cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV).

Recae en el problema de las multas fijas cualquier conducta que responda a la siguiente condición: el valor de los beneficios de la infracción  $\geq \rho(g) 100.000$  SMLMV.

e) El **valor del contrato estatal** en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública, caso en el cual la multa no podrá exceder el treinta por ciento (30 %) del valor del contrato.

Dado que en contratación estatal el mercado relevante es la licitación, el valor de la infracción es 30 % del total del contrato, lo cual hace que el

$AUI = \text{beneficios de la infracción} \geq \rho(g) * 30 \% * \text{Valor del Contrato}$

Esta sanción entonces será muy baja para lograr los cometidos disuasorios de la sanción, en tanto el valor del contrato nunca será suficiente.

f) Según el párrafo 1.º, cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300 %) del valor de la utilidad, siempre que dicho porcentaje fuere superior al mayor de los límites establecidos en los literales a), b), c) y d) de este artículo.

Pareciera que este criterio se hubiera fundado en la figura de los *treble damages* que existe en el derecho estadounidense, conforme a la cual, en ejercicio de una acción civil, los perjudicados por cualquier acto contrario a las normas federales sobre libre competencia pueden reclamar como reparación el triple del valor del daño que les ha sido infligido. Por lo demás, numerosos doctrinantes han reconocido que este mecanismo trasciende el mero cometido compensatorio de las indemnizaciones de perjuicios, adquiriendo además un carácter punitivo que apunta a cumplir propósitos disuasorios, al conllevar la imposición de sanciones que exceden con creces el daño padecido por la víctima<sup>55</sup>. En este sentido, si bien esta solución con seguridad cumpliría con el efecto disuasorio buscado –aunque podría existir un riesgo de sobredisuasión o *over-deterrence*–, las eminentes dificultades (en tiempo, esfuerzo y desgaste de personal...) en que puede verse sumida la Autoridad de Competencia para determinar el valor de la utilidad derivada de la práctica anticompetitiva ha conllevado la escasa utilización de este parámetro en la práctica. Así las cosas, aun cuando este criterio se introdujo en nuestro ordenamiento con la Ley 1340 (siendo empero el porcentaje del 150 % del valor de la utilidad) se observa una escasa –si no nula– aplicación de dicho parámetro por parte de la SIC a la hora de imponer sanciones, lo cual evidencia las complejidades anotadas.

Con base en lo expuesto, y en aras de dotar de una mayor efectividad disuasoria a las multas por violación al régimen de protección de la competencia, sería aconsejable replantear los parámetros de imposición de la sanción incluidos en el proyecto de ley, para adoptar un único criterio que tenga en cuenta la situación particular del infractor –eliminándose, de contera, los referentes estáticos, tales como el máximo de 100.000 SMLMV–. Este criterio único, si se tiene en cuenta el régimen sancionador vigente en otros ordenamientos de competencia, debería tomar como punto de referencia los ingresos operacionales del transgresor, puntalmente, los ingresos brutos.

55 “In practice, treble damages probably serve both remedial and punitive purposes, as well as deterrence. It is true that antitrust treble damages were designed in part to punish past violations of the antitrust laws. But treble damages were also designed to deter future antitrust violations. Moreover, the antitrust private action was created primarily as a remedy for the victims of antitrust violations. Although there is no categorical answer to the question whether antitrust treble damages are punitive or remedial, the fact that treble damages often serve both purposes lends support to the practice of requiring election between punitive tort damages and antitrust treble damages (...)”, en COLLIN, THOMAS J. *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook*. Chicago: American Bar Association, 1998, pp. 22-23.

Ahora bien, hay quienes, con el propósito de garantizar una mayor proporcionalidad, han abogado por que se tengan en cuenta únicamente los ingresos obtenidos por la empresa por la venta de los productos vinculados a la práctica anticompetitiva, y no por la venta de todo su portafolio de bienes y/o servicios. Sin embargo, considerando que el precepto en cuestión busca establecer un límite máximo o techo, y a fin de evitar los inconvenientes de los que adolece el sistema sancionatorio en la actualidad (riesgo de infradisuasión), se estima más conveniente vincularlo a la totalidad de ingresos brutos obtenidos por el infractor en el año inmediatamente anterior a la imposición de la sanción, manteniendo el porcentaje contemplado en el proyecto de ley (10 %), límite este que, por supuesto, ya abarcará los ingresos derivados de operaciones sobre los productos relacionados con la infracción. Para culminar, y dados los escollos a los que se enfrentaría la Autoridad de Competencia para determinar la utilidad percibida por la infracción, empleando el mecanismo previsto en el parágrafo 1.º (evidenciada, por lo demás, en la inaplicación del mismo en la actualidad), sería recomendable eliminar esta norma del ordenamiento de competencia.

## 2.6. Imposición de multas a personas naturales

A nivel global, existen regímenes de competencia que contemplan multas a personas naturales en materia de competencia, y otros que no. Ello obedece a la discusión que, desde hace tiempo, se tiene respecto a si estas son lo suficientemente disuasorias como para evitar la realización de conductas anticompetitivas. Hay quienes afirman que este tipo de multas no disuaden la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, toda vez que las personas jurídicas siempre podrán, de una manera u otra, cubrir o indemnizar el costo de amenaza o efectiva imposición de estas sanciones, pese a que la legislación expresamente lo prohíba, como sucede en Colombia. Así, en palabras del profesor Wouter P. J. Wils (2005), las personas jurídicas podrán siempre, y de forma relativamente fácil, compensar a sus agentes *ex ante* por la toma del riesgo a ser sancionado o *ex post*, una vez estos hayan pagado la multa. Generalmente, quienes argumentan la falta de efectos disuasorios de este tipo de multas defienden la imposición de sanciones penales, al afirmar que es prácticamente imposible compensar de manera *ex post* y en debida forma una sanción que dé lugar al encarcelamiento de un individuo, como también resulta muy difícil convencerlo mediante una compensación *ex ante* que acepte el riesgo de ir a prisión<sup>56</sup>.

Puede entonces aceptarse que las sanciones de tipo penal tienen un efecto disuasorio sustancialmente mayor que las sanciones de tipo pecuniario a personas naturales, pues está en juego el bien más preciado de un individuo: su libertad. Pero ello no puede llevar

56 Como lo ilustra Wouter P.J. Wils en su *paper* *Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?: "As Donald Baker has reported a senior corporate executive telling him: 'as long as you are only talking about money, the company can at the end of the day take care of me - but once you begin talking about taking away my liberty, there is nothing that the company can do for me'"*, en WILS, WOUTER P. J. "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", en *World Competition*, 2005, vol 28, n.º 2, pp. 117-159. Disponible en Internet: <http://ssrn.com/abstract=684921>



a afirmar que las sanciones económicas no produzcan disuasión; ello dependerá de su monto (en atención al individuo) y, más, de la probabilidad de sanción. Es claro que las personas jurídicas actúan por conducto de las personas naturales y que, por tanto, debe existir algún tipo de sanción para ellas que impida la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Y si estas últimas ven que existe un alto riesgo patrimonial propio, aunado al castigo reputacional por haber cometido prácticas anticompetitivas, estarán disuadidas a no incurrir en la conducta (aunque en menor medida que una sanción penal). Un sector de la doctrina ha denotado que este problema de agencia no se resuelve de modo efectivo al establecer multas cuantiosas a las empresas, máxime si la remuneración de los empleados se encuentra atada a su desempeño personal (v.gr., la remuneración de los ejecutivos de ventas puede vincularse a los ingresos obtenidos por la empresa a consecuencia de su actividad de venta) o a las utilidades de la empresa (v.gr., el salario de altos directivos puede estar relacionado con las utilidades de la empresa o el valor de sus acciones). Se evidencia que ante un sistema tal de incentivos, los trabajadores tendrían una propensión natural a transgredir las normas de competencia, inclusive si tal comportamiento es reprobado por la misma empresa, e incluso si esta última se expone a sanciones significativas<sup>57</sup>.

Así las cosas, se estima que sí debería existir algún tipo de sanción para personas naturales, pese a que se reconozca que la persona jurídica pueda eventualmente compensar, *ex ante* o *ex post*, la sanción pecuniaria (pero aunque sea esta tendrá que prever que su ganancia será inferior al atender estas compensaciones). Adicionalmente, al eliminar de la ecuación las multas a personas naturales, no solo se crean incentivos a los comportamientos anticompetitivos —pues saca de los costos de la conducta dichas sanciones<sup>58</sup>—, sino que hace más estable la conducta (llámese cartel o acto), al eliminar uno de los incentivos fundamentales de la delación (el mayor riesgo para la persona jurídica): la exoneración total o parcial de la sanción a persona natural. Cabe resaltar aquí que los programas de delación son una de las herramientas más efectivas con que cuentan las autoridades de competencia para conocer, investigar y sancionar conductas contrarias a la libre y leal competencia; y la delación, claramente, no funciona sin incentivo.

57 GERARDIN, DAMIEN. "The EU competition law fining system: A reassessment, Tilburg Law and Economics Center (TILEC)", *Law and Economics Research Paper Series*, 2011, pp. 15-16. Disponible en Internet: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582>.

58 Diversos doctrinantes han aseverado que la imposición de multas a las personas jurídicas, por más cuantiosas que sean, difícilmente influyen a las personas naturales que para ellas trabajan. Según lo ha expuesto GERARDIN (2011), en su *paper The EU competition law fining system: A reassessment* (el cual condensa las críticas de varios autores al sistema de multas de la Unión Europea), ello es así por cuanto (i) la empresa puede no tener la capacidad suficiente para disciplinar a sus empleados y (ii) los empleados que han participado en la infracción pueden ya no estar vinculados a la empresa al momento en que la autoridad de competencia impone la sanción. En consecuencia, es poco probable que las multas a personas jurídicas logren disuadir efectivamente la conducta de sus empleados, en la medida en que estos a duras penas internalizarán la sanción impuesta a la primera, en GERARDIN, DAMIEN. "The EU competition law fining system: A reassessment, Tilburg Law and Economics Center (TILEC)", *Law and Economics Research Paper Series*, 2011, p. 15. Disponible en Internet: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582>.

Es así como la posición mayoritaria mundial es que tales multas deberían operar no solo respecto de las personas jurídicas que incurrir en las violaciones a las normas de competencia, sino respecto de las personas naturales que en calidad de directivos, empleados etc. ejecutaron o facilitaron su realización<sup>59</sup> (siendo este uno de los puntos más débiles del marco sancionatorio de la U.E., pues en este sólo se permite la sanción a las personas jurídicas), donde, por supuesto, la multa sea significativa para el individuo y donde la autoridad de competencia sea altamente efectiva (y será más efectiva en la medida en que tenga herramientas como la delación).

## 2.7. Criminalización del derecho de la competencia y ejercicio de la acción penal por la SIC

El proyecto mantiene la posibilidad de imponer sanción penal por colusión en procesos de contratación pública. La conveniencia sobre la criminalización de conductas contrarias a la libre competencia ha sido objeto de constante debate en el ámbito académico y en diversos foros a nivel internacional. Hay defensores férreos de esta figura, como el DOJ de los EE. UU., el cual la concibe como la herramienta más fuerte y efectiva en la lucha contra los carteles, en especial en el contexto actual, enmarcado dentro de una creciente globalización, que propicia la realización de comportamientos anticompetitivos en un nivel que trasciende los mercados locales. Dado de que el objetivo de las sanciones es la disuasión, se ha dicho que un complemento ideal a la existencia de elevadas multas a las compañías infractoras es la correlativa responsabilidad penal de sus directivos y empleados que participaron en la conducta reprochada, representada, en esencia, en penas de prisión. Lo anterior, por cuanto se parte del supuesto de que la libertad humana es uno

59 De esta manera lo ha sintetizado GERARDIN (2011) "(...) the Commission's approach to tackle this problem, which is to impose even higher fines, may entail substantial social costs. These costs will often be felt by three groups of stakeholders which are not involved in the infringing behaviour at all: the undertaking's employees, shareholders, and even the undertaking's customers. From this point of view, the EU fining system would not only lack effectiveness (as it fails to sanction the authors of the infringement), but it would also be unfair (as it sanctions innocent stakeholders). High fines can harm the workforce by inducing companies to adopt cost-cutting campaigns which will affect employees who have not participated in the infringement. High fines may also affect shareholders and deter investments by affecting the value of the shares of the company that has been fined while shareholders generally have not participated in – or had knowledge of – the infringement, and could not have done anything to prevent or deter it. This is particularly so in the case of firms with widely dispersed shareholding effectively controlled by the management. The potentially harmful effect of high fines is also reflected in the resultant hike in prices which, depending on the circumstances, the sanctioned company may be able to impose. This may lead to the paradoxical situation where the Commission imposes fines to protect consumers and the effect of this fine is to increase consumer harm", en GERARDIN, DAMIEN. "The EU competition law fining system: A reassessment, Tilburg Law and Economics Center (TILEC), Law and Economics Research Paper Series, 2011, p. 16. Disponible en Internet: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582>.

En la misma línea se han expresado GINSBURG y WRIGHT, "When fines are levied against a publicly traded corporation, the ones burdened are consumers and shareholders, who almost certainly are unable to affect the conduct of the corporation. It is a corporate executive who conspired to fix prices or allocate the market. It is his superiors in management or on the board of directors who failed to ensure the company operated lawfully. These are the individuals we want to deter and detect", en GINSBURG, DOUGLAS H. y WRIGHT, JOSHUA D. *Antitrust sanctions*, 2010, pp. 40-41. Disponible en Internet: <http://ssrn.com/abstract=1705701>.

de los valores de mayor envergadura en el imaginario social de las naciones contemporáneas. Bajo esta línea, en la actualidad, más de treinta (30) ordenamientos nacionales criminalizan conductas contrarias a la libre competencia económica, de maneras divergentes, pero con un denominador común: aumentar el poder disuasorio de la sanción<sup>60</sup>.

Por lo general, la sanción criminal se reserva a aquellas conductas que se consideran más nocivas para el proceso concurrencial y para los consumidores, los denominados *hard-core cartels*, que abarcan acuerdos horizontales para fijar precios, restringir la oferta, repartirse mercados o coludir en procesos licitatorios. No obstante, hay ordenamientos como el israelí, en donde, por regla general, todos los comportamientos que atentan contra la libre competencia son susceptibles de persecución penal. De igual manera, hay sistemas que acogen una postura semejante a la del legislador colombiano, al penalizar una conducta en concreto: la colusión en licitaciones públicas (es el caso de Alemania, Austria, Italia y Hungría, entre otros)<sup>61</sup>. Adicionalmente, hay quienes juzgan que el derecho penal no debería sancionar las conductas contrarias a la libre competencia, considerando la característica fundamental del primero como última ratio, lo que supone su operancia solo cuando los demás mecanismos de control han fallado. Así las cosas, y como lo han defendido algunos funcionarios de la Comisión Europea, un esquema sancionatorio en el cual se contemplen multas de naturaleza administrativa sumamente elevadas cumple en suficiencia con el cometido de disuasión buscado con el castigo<sup>62</sup>. Ahora bien, como se ha dicho, la posición mayoritaria mundial –exceptuando a la U.E.– es que tales multas deberían operar no solo respecto de las personas jurídicas que incurren en las violaciones a las normas de competencia, sino respecto de las personas naturales que, en calidad de directivos, empleados, etc., ejecutaron o facilitaron su realización.

Al margen del debate anterior, lo cierto es que si el Estado, en desarrollo de su política criminal, decide castigar un determinado comportamiento que atenta contra los intereses de la comunidad, no solo debe respetar el principio de la mínima intervención (o lo que es lo mismo, el derecho penal como última *ratio* de la potestad sancionatoria), sino que deviene indispensable considerar las condiciones particulares del contexto fáctico en el cual se pretende aplicar la norma. Si bien es innegable que la corrupción es uno de los mayores males que aquejan a la sociedad colombiana<sup>63</sup>, es importante cuestionarse si, objetivamente, la criminalización de la conducta contenida en el artículo 410-A del

60 Entre estos, se encuentran: EE UU, Reino Unido, Canadá, Brasil, México, Japón, Corea del Sur, Irlanda, Australia, Israel, Rusia, Noruega, Indonesia y Tailandia.

61 JONES, KEITH y HARRISON, FARIS. "Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law", *e-Competitions* n.º 64713, 2014, p. 3. Disponible en Internet: [http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith\\_jones.pdf](http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith_jones.pdf)

62 Algunos funcionarios de la Comisión Europea han manifestado que, debido a que las cuantiosas multas impuestas por ella tienen amplia difusión y publicidad en los medios, esto puede tener importantes efectos en el valor de la acción de la compañía, así como de la imagen pública de esta. Véase JONES, KEITH y HARRISON, FARIS. "Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law", *e-Competitions* n.º 64713, 2014, p. 5. Disponible en Internet: [http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith\\_jones.pdf](http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith_jones.pdf)

63 Según Transparencia por Colombia, en 2014 el país obtuvo un puntaje de 37 sobre 100 (siendo 0 mayor percepción de corrupción y 100 menor percepción de corrupción), ubicándolo en el puesto 94 entre

Código Penal era realmente necesaria para lograr la efectividad sancionatoria del ordenamiento de competencia y lograr una protección adecuada de los bienes jurídicos tutelados por el mismo. ¿La sanción de los comportamientos anticompetitivos por parte de la SIC, en ejercicio de su potestad sancionatoria administrativa, en conjunto con los mecanismos de defensa de intereses colectivos (acción popular, acción de grupo) e individuales (acciones de responsabilidad civil), es insuficiente?

Por supuesto, no se pone en duda que las conductas que contrarían la libre competencia económica envuelven intereses colectivos, argumento que cobra mayor fuerza respecto de la colusión en licitaciones públicas. Sin embargo, en las condiciones actuales del sistema carcelario colombiano, resulta difícil defender la consagración de pena privativa de la libertad para quienes incurran en el tipo penal bajo estudio, cuando existen individuos que han cometido delitos que atentan contra los bienes jurídicos más preciados para el ser humano, como la vida e integridad física, y respecto de los cuales se presentan a diario obstáculos para encontrar un lugar adecuado para cumplir su pena. En este orden de ideas, restarían la multa operante en el régimen penal (cuya cuantía es mínima, comparada con la existente en el esquema administrativo sancionatorio) y la inhabilidad para contratar con entidades estatales, sanciones ambas que bajo el proyecto *sub examine* aplicarían bajo el procedimiento administrativo que la SIC lleva a cabo, por lo cual devienen inocuas. Con todo, un argumento adicional esgrimido en contra de la criminalización del derecho de la competencia se relaciona con la existencia de otros tipos penales que buscan combatir el mismo mal social, la corrupción, razón por la cual podría eventualmente incurrirse en violación del principio de *non bis in idem*.

Sin embargo, y debido a que el proyecto mantiene la filosofía de penalizar la colusión en la contratación estatal, deben reconocerse algunos avances en la materia. En primera medida, se estima adecuado que se haya esclarecido el ámbito de aplicación de la norma, pues de acuerdo con la formulación original de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), esta se limita a la colusión que acaezca en el marco de procesos de licitación, subasta, selección abreviada o concurso. Así, y de acuerdo a la interpretación restrictiva que opera respecto de las reglas del ordenamiento penal, se termina por excluir, por ejemplo, la contratación directa, cuyas menores formalidades a la hora de suscripción del convenio no implican su menor importancia en la materialización del interés general y demás finalidades estatales que con la contratación pública se busca satisfacer. Otro aspecto positivo es el cambio propuesto en referencia a los beneficios que puede percibir quien como primer delator de un acuerdo anticompetitivo haya recibido la exoneración total de la multa por imponer, por parte de la SIC. La regulación del Estatuto Anticorrupción resulta a todas luces desafortunada, pues solo admite una reducción parcial de las sanciones penales aplicables, descartando por completo la posibilidad de exoneración total en este ámbito también. En consecuencia, se generan menores incentivos para que los coludidos decidan colaborar con la SIC y delatar primero, puesto que de todas formas

los 175 países evaluados. Información disponible en: <http://transparenciacolombia.org.co/es/noticias/indice-de-percepcion-de-corrupcion-2014>

se exponen a una ulterior sanción penal. Es por tal motivo que se estima apropiado que se confiera a la Fiscalía la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, siempre y cuando el implicado cumpla con los requerimientos propios de esta figura (v.gr., satisfacer el compromiso de servir de testigo de cargo contra los demás participantes del acuerdo).

No obstante los anteriores avances, es indispensable traer a colación otra importante deficiencia del proyecto de ley: la radicación en cabeza de la SIC de la facultad de ejercer la acción penal respecto del delito de *acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública*, regulado en el artículo 410-A del Código Penal. Cabe aquí resaltar que uno de los principios esenciales del sistema adversarial imperante en nuestro país es que el Estado detenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal<sup>64</sup>, función que desarrolla, por regla general, por conducto de la Fiscalía General de la Nación –entidad independiente–, la cual actúa en representación de los intereses del Estado y de las víctimas<sup>65</sup>.

En este sentido, el artículo 116 de la Constitución Política expresa que corresponde a la Fiscalía General de la Nación –entre otras autoridades allí mencionadas– ejercer la función de administrar justicia, siendo una de las características esenciales de dicha función la independencia de los agentes encargados de su cumplimiento<sup>66</sup>, conforme a lo dispuesto en el artículo 228 superior, independencia que, por lo demás, asegura la imparcialidad del servidor encargado de administrar justicia. En efecto, ha afirmado la Corte Constitucional que, “*La gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces (...) pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia*”<sup>67</sup> (se resalta).

Ahora bien, aun cuando debe reconocerse que la propia Carta Política contempla casos de excepción que asignan funciones de investigación penal a otras entidades (v.gr., la Cámara de Representantes respecto de determinados altos funcionarios del Estado; la instrucción de procesos llevados a cabo por la Justicia Penal Militar), también es clara en determinar, en su artículo 116, que si bien la ley podrá atribuir de manera excepcional facultades jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, tal asignación no podrá recaer sobre la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos, prohibición esta que es reiterada en el artículo 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>68</sup>. Sobre el particular, ha sentado el máximo intérprete de

64 Así lo disponen el artículo 250 de la Carta Política y el artículo 66 de la Ley 906 de 2004.

65 Corte Constitucional, Sentencia T-293 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa.

66 “*La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado (...) Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo*”. En: Corte Constitucional, Sentencia T-238 de 2011, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

67 Corte Constitucional, Sentencia T-238 de 2011, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

68 Dispone dicha norma: “*Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: (...)*”

la Constitución que, “En lo que concierne a la instrucción de sumarios, aspecto que también ha sido reservado por la Constitución a los jueces (...) no puede un funcionario administrativo instruir sumarios relativos a delitos (...) pero, si se ha concluido que puedan excepcionalmente estar investidos de la función jurisdiccional para conocer de contravenciones, nada obsta para que adelanten la instrucción de sumarios referentes a ellas (...) siempre que la respectiva contravención no sea castigada con pena privativa de la libertad (...)”<sup>69</sup>. Lo últimamente expuesto, con fundamento en el artículo 28 superior, que dispone la obligatoriedad de la orden de autoridad judicial competente para la realización de allanamientos o privar de la libertad a un individuo<sup>70</sup>. Lo anterior permite colegir que, con base en la jurisprudencia constitucional, el legislador no tendría la facultad de asignar competencias de instrucción criminal a la SIC por la conducta punible regulada en el artículo 410-A del Código Penal, al tratarse de un delito y no de una contravención.

En todo caso, si en gracia de discusión se aceptara que con la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 6 de 2011 al artículo 250 del Estatuto Superior (la cual adiciona el actual párrafo 2.º), se habilita la asignación de la titularidad de la acción penal a autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación para la persecución de contravenciones y delitos –al emplearse la expresión genérica “conducta punible”–, una interpretación sistemática y armónica del Texto Constitucional permite cuestionar la propuesta contenida en el proyecto de ley analizado. De este modo, si bien el párrafo 2.º del artículo 250 de Estatuto Superior estipula la posibilidad de que el legislador realice dicha asignación, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico o a la menor lesividad de la conducta punible, consideramos que la atribución de tales funciones no podría hacerse a entidades que carecen de la independencia y autonomía necesarias para el adecuado ejercicio de la función estatal de administrar justicia, pues ello pugna con presupuestos fundamentales del estado social de derecho expresamente consagrados en la Constitución, como la independencia de los agentes encargados de cumplir dicha función –artículo 228– y el debido proceso –artículo 29–, sobre todo en lo que alude a la garantía de la imparcialidad del funcionario. En este orden de ideas, en la medida en que la SIC continúe siendo una entidad vinculada al Gobierno, y que el jefe de la entidad y sus delegados sean agentes de libre nombramiento y remoción, no existe verdadera garantía para el investigado de que cualquier indagación que se emprenda sea ajena a intereses políticos.

Como argumento adicional, se ha reconocido que la Fiscalía es una entidad especializada en desarrollar labores de persecución penal, siendo sus funcionarios “los más y mejor capacitados para enfrentar las exigencias dogmáticas y procesales anexas a la persecución penal (...)”<sup>71</sup>. Así las cosas, hay quienes sostienen que si bien otras entidades –v.gr., las su-

2. Las autoridades administrativas respecto de conflictos entre particulares, de acuerdo con las normas sobre competencia y procedimiento previstas en las leyes. Tales autoridades no podrán, en ningún caso, realizar funciones de instrucción o juzgamiento de carácter penal (...)” (se subraya).

69 Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

70 Ibid.

71 VARGAS LOZANO, RENATO. “El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional”, en *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda, 2012. ISSN: 2027-1743.

perintendencias— pueden tener conocimientos técnicos más especializados, las mismas carecen de la mencionada formación dogmática en lo que al ordenamiento penal (en lo sustantivo y procedimental) refiere, razón por la cual se haría necesario que el Estado invierta notables recursos y tiempo en su cualificación, con las posibles consecuencias negativas que la falta de formación y experiencia de los funcionarios de otras entidades estatales, como la SIC, podrían suscitar en términos de justicia e impunidad<sup>72</sup>.

Para concluir, considerando que el ordenamiento penal afecta los bienes jurídicos más preciados del hombre y es, en consecuencia, el más invasivo frente a estas libertades fundamentales, mal podría la ley, escudándose en argumentos de eficiencia y en el conocimiento técnico especializado de la SIC —aunque se insiste, ésta carece de la experticia en materia penal, indispensable si se quiere precaver el riesgo de indebida aplicación de la ley sustancial o procedimental penal—, radicar en cabeza de una entidad administrativa dependiente del poder Ejecutivo la titularidad de la acción penal. Se estima un procedimiento peligroso que puede no solo dimensionar aún más los amplios poderes con que cuenta el Superintendente de Industria y Comercio (dadas las numerosas funciones a su cargo, ampliadas de modo representativo en el proyecto de ley bajo examen), sino de modo indirecto, permitir la injerencia del Gobierno de turno en la persecución penal, lo cual contraviene los valores y principios básicos del Estado Social de Derecho. En efecto, es precisamente la independencia de la cual goza la Fiscalía en el desarrollo de sus labores de investigación y acusación lo que la diferencia de la SIC y justifica que sea aquella la encargada de ejercer, como principio general, la persecución penal, y no entidades como las superintendencias.

## 2.8. Integraciones empresariales en materia financiera y aeronáutica

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009, la SIC asumió el rol de autoridad única en materia de control de concentraciones empresariales, salvo en dos casos:

1. Las operaciones de integración o reorganización empresarial en las que participen exclusivamente entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, caso en el cual la operación será controlada por la Superfinanciera<sup>73</sup>.

2. Las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves, caso en el cual la operación será de competencia de la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil<sup>74</sup>.

Sobre lo primero, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF) contiene el régimen especial de libre y leal competencia para el sistema financiero; la Parte

72 Ibid.

73 Véase artículo 4.º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009.

74 Véase artículo 8.º de Ley 1340 de 2009.

Tercera de dicho Estatuto hace referencia al régimen de control al cual deben someterse las operaciones de fusión, adquisición, escisión y cesión de activos, pasivos y contratos entre entidades financieras, determinando que será la Superfinanciera la facultada para conocer y objetar estas operaciones, cuando considere que restringen de manera indebida la competencia.

Se trata de una facultad para instruir y objetar, distinta la facultad del régimen general de competencia que incluye un trámite de autorización de integraciones empresariales. Así la cosas, la Superfinanciera limitará su actuación a la eventual objeción de la operación dentro de los siguientes parámetros: (i) las causales taxativas de objeción de integraciones; (ii) obligación de consultar al Consejo Asesor del Superintendente Financiero; (iii) aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público para ciertas causales de objeción (artículo 58, numeral 2, literales d y e del EOSF), y (iv) concepto obligatorio sobre los efectos en la libre competencia de la SIC.

Ya que la norma obliga, para su aplicación excepcional, que las partes en la operación sean entidades vigiladas por la Superfinanciera, si alguna de las participantes en la integración pertenece a otro sector económico, el control de la operación estará en cabeza de la SIC.

No obstante, la SIC juega un papel importante dentro de aquellas operaciones de integración a cargo de la Superfinanciera: "(...) la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la SIC sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia". Adicionalmente, corresponde a la SIC "(...) sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado". Se trata pues de un concepto no obligatorio, aunque en la opinión de varios tratadistas, una interpretación analógica de los artículos 7 y 8 de la Ley 1340 de 2009 indicaría que la Superintendencia Financiera de Colombia –SFC– debe explicar las razones por las cuales se aparta del concepto de la SIC.

Ahora, con relación a la segunda excepción, es decir las operaciones realizadas entre explotadores de aeronaves, el artículo 1866 del Código de Comercio expresamente establece:

*"Quedan sujetos a la aprobación previa de la autoridad aeronáutica los convenios entre explotadores que impliquen acuerdos de colaboración integración o explotación conjunta, conexión, consolidación o fusión de servicios, o que de cualquier manera tienda a regularizar o limitar la competencia o el tráfico aéreo".*

Por lo demás, el párrafo del artículo 8.º de la Ley 1340 de 2009 reiteró que la Aerocivil "conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves (...)", incluso, y de acuerdo con pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>75</sup>, aun si la integración involucra contratos adicionales a los establecidos en el párrafo antedicho.

75 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID y BARRERA SILVA, NATALIA. "El con-



Por autoridad aeronáutica debe entenderse la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil –Aerocivil–<sup>76</sup>. La omisión del deber de informar a la autoridad aeronáutica dará lugar a la imposición de sanciones administrativas de parte de la Aerocivil, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 105 de 1993.

Cabe resaltar en este punto que nada se habla sobre la necesidad de un concepto previo de parte de la SIC.

En conclusión, debe entenderse que existe una Autoridad Nacional de Competencia (SIC), la cual ejerce una colaboración armónica con las entidades estatales especializadas, que en el caso del régimen excepcional de integraciones empresariales en materia financiera, emite conceptos no vinculantes para la Superfinanciera.

El proyecto de ley pretende modificar lo anterior, pues si bien mantiene la competencia de la SFC y de la Aerocivil para el análisis de operaciones de integración empresarial que se realicen exclusivamente entre entidades financieras, y de aquellas operaciones de integración entre explotadores de aeronaves o transportadores aéreos, respectivamente, establece que el concepto, que ya de manera obligatoria debía rendir la SIC para integraciones del sector financiero, sea de naturaleza vinculante en materia de autorización, rechazo o condicionamientos<sup>77</sup>.

Al respecto, se considera lo siguiente: por una parte, parecería en primera instancia afortunado que el concepto que rinde la SIC sobre los efectos negativos en la libre competencia en este tipo de integraciones sea vinculante para las entidades estatales especializadas; pero la pregunta que surge es: ¿si ya el concepto de la SIC es vinculante, para qué el trámite se sigue llevando ante la SFC o la Aerocivil, si estas están atadas a lo que diga la SIC? ¿Por qué más bien no se establece de una vez que la SIC sea la única autoridad facultada para conocer, autorizar, rechazar o condicionar todo tipo de integraciones empresariales, sobre cualquier sector de la economía? Y lo anterior lleva a lo siguiente: ¿tanto la caracterización como vinculante del concepto que debe rendir la SIC, como la posibilidad de que esta sea la única autoridad competente en materia de integraciones empresariales, no incrementa innecesariamente el poder de la SIC y su intervención en todos los sectores de la economía, en especial respecto de aquellos más delicados? Ello si se tiene en cuenta que, por lo menos en tratándose del sector financiero, existen motivos como la estabilidad del sistema, protección a los ahorradores, la fe pública, etc., que tienen directa incidencia en la estabilidad y desarrollo económico del país y que por tanto, podría ser necesario, en ciertas circunstancias, alejarse de los conceptos de libre mercado y leal competencia.

trol de las concentraciones empresariales en Colombia", en *Colección de Profesores*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez, 2014, n.º 68, p. 409.

76 Decreto 260 de 2004, artículo 2.º.

77 Manteniendo la excepción de los institutos de salvamento del sistema financiero, regulado en el artículo 28 de la Ley 1340 de 2009.

*“En efecto, la preocupación de la Autoridad encargada del control de integraciones no es que se concentre demasiado el mercado o que se produzca una indebida restricción de la libre competencia, sino que, por el contrario, las razones de objeción tienen que ver con que la empresa resultante de la integración no sea lo suficientemente fuerte y poderosa, porque la autoridad sectorial se preocupa por la solvencia y estabilidad del sistema financiero”<sup>78</sup>.*

Así las cosas, es dable aseverar que ni un concepto de naturaleza vinculante, ni la asunción total del control de integraciones empresariales son convenientes, por lo menos en referencia a integraciones empresariales en las que participan exclusivamente entidades financieras, toda vez que pueden existir motivos que den lugar a una autorización que, no obstante, viole el régimen de libre competencia.

### 3. CONCLUSIONES

- En nuestro criterio, una de las mayores falencias del texto legislativo propuesto por el Ejecutivo radica en que no se abordó de manera directa la temática de la independencia de la SIC ante el Gobierno nacional. Se ha hecho énfasis, en consonancia con la opinión de la academia y de otros organismos (v.gr., OCDE y el Consejo Privado de Competitividad), en la necesidad de realizar cambios estructurales en la entidad, que fundamentalmente conlleven a la eliminación o modificación del sistema actual de designación y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, y en la creación de un cuerpo colegiado encargado de la toma de decisiones definitivas en materia de competencia. Con ello se pretende brindar verdadera autonomía e independencia a la SIC, blindarla de la injerencia de sectores políticos y económicos en la toma de decisiones y desconcentrar los poderes que actualmente tiene la figura del Superintendente.

- Si bien el ejercicio de funciones de investigación y de decisión por una misma agencia puede generar importantes ahorros en costos, la ausencia de separación entre tales labores suscita importantes preocupaciones en materia de imparcialidad y justicia. En aras de garantizar el debido proceso de quienes intervienen en las actuaciones ante la SIC, resulta fundamental implementar un esquema en el cual exista una verdadera separación de funciones entre las dependencias encargadas de instruir el proceso y las encargadas de adoptar la decisión definitiva sobre la ocurrencia o no de la práctica anticompetitiva, bien a través de la separación de funciones en entidades distintas o mediante la instauración de un sistema de frenos y contrapesos –o murallas chinas– dentro de la misma entidad.

- La asignación de facultades jurisdiccionales a la SIC para avocar pretensiones indemnizatorias por prácticas restrictivas de la competencia impediría la efectiva garantía de imparcialidad que hace parte integral del debido proceso. Se considera que en la actualidad existen las instancias judiciales apropiadas para ventilar estos asuntos: la jurisdicción ordinaria. Aducir criterios de eficiencia no resulta suficiente, pues ello

78 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID y BARRERA SILVA, NATALIA. “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”, *Colección de Profesores*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez, 2014, n.º 68, p. 399.

conllevaría, en vista de la congestión del aparato judicial, que se radicarán funciones jurisdiccionales en cabeza de las autoridades administrativas, convirtiendo una excepción en la regla general en la materia.

- La existencia del Consejo Asesor aporta muy poco al procedimiento, pues ni se trata de un tribunal independiente de juzgamiento, ni de un órgano cuyas opiniones sean de alguna manera vinculantes para el juzgador. Por su parte, la propuesta de celebrar audiencias separadas y reservadas para las partes en el proceso cercena las garantías procesales fundamentales, especialmente de los investigados. Está por fuera de todo principio y práctica que el acusador exponga después del acusado. Lo ideal sería que existiera una sola audiencia ante el Consejo Asesor, donde el Delegado de la autoridad, los investigados y terceros interesados, en su debido orden, puedan presentar su caso.

- Se estima adecuado que el proyecto de ley busque establecer parámetros de imposición de multas que atiendan a la situación particular del infractor, pues la práctica ha demostrado que los límites establecidos por la Ley 1340 de 2009 pueden ser insuficientes en materia de disuasión, sobre todo cuando la infracción es cometida por empresas grandes, con un patrimonio y/o nivel de ingresos considerable. No obstante, al incorporar múltiples parámetros para la imposición de multas, además del criterio de selección de mayor cuantía, no solo se estaría generando enorme inseguridad jurídica, sino una vulneración al principio de proporcionalidad, elemento integral del derecho fundamental al debido proceso.

Por otro lado, se observa que la disuasión no se logra únicamente a través del incremento del monto de las multas, sino que, adicionalmente, está en función de la probabilidad de detección y sanción por parte de la autoridad de competencia.

- Sanciones a personas naturales: hay quienes afirman que este tipo de multas no disuaden la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, toda vez que las personas jurídicas siempre podrán, de una manera u otra, cubrir o indemnizar el costo de amenaza o efectiva imposición de estas sanciones, pese a que la legislación expresamente lo prohíba. No obstante, se tiene que al suprimir de la ecuación las multas a personas naturales, no solo se crean incentivos a los comportamientos anticompetitivos, sino que se hace más estable la conducta, al eliminar uno de los incentivos fundamentales de la delación: la exoneración total o parcial de la sanción a persona natural. Los programas de delación son una de las herramientas más efectivas con que cuentan las autoridades de competencia para conocer, investigar y sancionar conductas contrarias a la libre y leal competencia, y la delación, claramente, no funciona sin incentivo.

- Una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política permite cuestionar la propuesta de radicar en cabeza de la SIC la facultad de ejercer la acción penal respecto del delito de *acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública*. Ello con base en los artículos 28, 29, 116 y 228 superiores.

- El concepto vinculante de la SIC en materia de integraciones empresariales del sector financiero y aeronáutico: al respecto, es dable aseverar que ni un concepto de naturaleza vinculante, ni la asunción total del control de integraciones empresariales por parte de la SIC, son convenientes, toda vez que pueden existir motivos especiales que den lugar a

una autorización de integración –más allá de una excepción de eficiencia– aun cuando con esta se viole el régimen de libre competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- COLLIN, THOMAS J. *Punitive Damages and Business Torts: A Practitioner's Handbook*. Chicago: American Bar Association, 1998.
- Consejo Privado de Competitividad. Informe Nacional de Competitividad 2014-2015, 2015. Disponible en Internet: <http://www.compitem.com.co/site/informe-nacional-de-competitividad-2014-2015/>
- Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-212 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional, Sentencia C-980 de 2010, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-238 de 2011, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional, Sentencia C-758 de 2013, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-293 de 2013, M. P.: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa.
- GERARDIN, DAMIEN. "The EU competition law fining system: A reassessment. Tilburg Law and Economics Center (TILEC)", *Law and Economics Research Paper Series*, 2011. Disponible en Internet: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1937582>
- GINSBURG, DOUGLAS H. y WRIGHT, JOSHUA D. *Antitrust sanctions*, 2010. Disponible en Internet: <http://ssrn.com/abstract=1705701>
- JONES, KEITH y HARRISON, FARIS. "Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law", *e-Competitions* n.º 64713, 2014. Disponible en: [http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith\\_jones.pdf](http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/keith_jones.pdf)
- KOVACIC, WILLIAM E. y HYMAN, DAVID A. "Competition Agency Design: What's on the Menu?", en George Washington Law Faculty Publications & Other Works. *Paper 628*, 2012. Disponible en Internet: [http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty\\_publications](http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1780&context=faculty_publications)
- MÁRQUEZ ESCOBAR, CARLOS PABLO. *Análisis Económico del Derecho. Sistema Punitivo y Teoría del Precio*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado", en *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2011, vol. 6, n.º 6.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: Necesidad de introducir reformas", en *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2012, vol. 8, n.º 8.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, JUAN DAVID y BARRERA SILVA, NATALIA. "El control de las concentraciones empresariales en Colombia", en *Colección de Profesores*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana & Grupo Editorial Ibáñez, 2014, n.º 68.
- O'BRIEN, PAUL; KATONA, KRISZTIAN y TRITELL, RANDOLPH. "Procedural Fairness in Competition Investigations: U.S. FTC Practice and Recent Guidance from the International Competition Network", en *CPI Antitrust Chronicle, Competition Policy International Inc*, 2015. Disponible en Internet: [https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/obrien\\_katona\\_tritell\\_-\\_procedural\\_fairness\\_in\\_competition\\_investigations\\_7-2015.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/obrien_katona_tritell_-_procedural_fairness_in_competition_investigations_7-2015.pdf)
- OTTOU, ANETJE. *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- OCDE y BID. *Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen inter-pares*. París: Publicaciones de la OCDE, 2009.
- OCDE. *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia*. París: Publicaciones de la OCDE, 2014.
- OCDE. *Estudios Económicos de la OCDE Colombia*. París: Publicaciones de la OCDE, 2015.
- OCDE. Roundtable on changes in institutional design of competition authorities. Note by BIA. Base Document DAF/COMP/WD(2014)126. 2014. Disponible en Internet: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)126&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)126&docLanguage=En)
- UNCTAD. Fifth Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, *Submission by the United States of America: The Combination of Prosecutorial and Adjudicative functions at the United States Federal Trade Commission*, 2005. Disponible en Internet: [http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108\\_en.pdf](http://www.unctadxi.org/Sections/AntalyaConference/docs/ConferencePresentations/tdrbpayt05108_en.pdf)
- VARGAS LOZANO, RENATO. "El ejercicio de la acción penal en Colombia. Reflexiones en torno a la reforma al artículo 250 de la Constitución Nacional", en *Cuadernos de Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda, 2012. ISSN: 2027-1743.
- WILS, WOUTER P. J. "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", en *World Competition*, 2005, vol. 28, n.º 2. Disponible en Internet: <http://ssrn.com/abstract=684921>