

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RADICACION: 21-433793- -0-0	FECHA: 2021-11-02 13:42:12
DEPENDENCIA: 10 OFICINA ASESORA JURÍDICA	EVENTO: SIN EVENTO
TRAMITE: 334 REMISIINFORMA	FOLIOS: 17
ACTUACION: 425 REMISIONIFORMACI	

Doctora:

AMPARO YANETH CALDERON PERDOMO

Secretaria

COMISIÓN PRIMERA CONSTITUCIONAL PERMANENTE

CÁMARA DE REPRESENTANTES

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

comision.primera@camara.gov.co

Asunto: Concepto al Proyecto de Ley, *“Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y otras disposiciones”* (en adelante el **“Proyecto”**).

Respetada Doctora Calderón:

La Superintendencia de Industria y Comercio realiza un seguimiento legislativo permanente a los Proyectos de Ley que pueden tener incidencia en el ejercicio de las funciones asignadas a esta autoridad administrativa, como es el caso de la iniciativa que se indica en el asunto. Para el caso en concreto, es preciso señalar que una vez conocidas las Proposiciones presentadas por el Honorable Senador Ciro Ramírez durante la discusión del segundo debate llevado a cabo en el Senado de la República, las cuales quedaron como constancias, se procede a indicar que esta Superintendencia está de acuerdo en su viabilidad técnica para ser incluidas en el informe de ponencia para el tercer debate, que se llevará a cabo en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes. Lo anterior, toda vez que las disposiciones del Proyecto de Ley de la referencia, son en beneficio del proceso de vigilancia que lleva a cabo esta Autoridad Única en materia de Competencia.

Además de lo anterior, nos permitimos aclarar que la iniciativa referenciada en el asunto se encontraba en el Senado de la República y se identificaba como Proyecto de Ley 341 de 2020 (Senado), *“Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y otras disposiciones.”*



Al respecto, destacamos que el Proyecto de Ley tiene por objeto, la adopción de disposiciones que le permitan al Estado tener herramientas o mecanismos jurídicos a través de los cuales se logre prevenir actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las autoridades públicas y redimir los daños ocasionados por dichos actos, con el fin de promover una cultura de legalidad e integridad que ayuden a fortalecer la confianza de la ciudadanía y el respeto por lo público.¹

En orden de lo expuesto, las proposiciones puestas en consideración ante esta Superintendencia por solicitud elevada en plenaria del Senado, resultan pertinentes en tanto buscan la promoción de incentivos para descubrir y desarticular conductas constitutivas de actos de corrupción que se manifiestan en los mercados nacionales por medio de diferentes prácticas restrictivas de la competencia. Es decir, se busca fortalecer los esquemas de otorgamiento de beneficios por colaborar con las autoridades y fortalecer los medios dispuestos para revelar actos de corrupción. Disposiciones que resultan coherentes con el objeto previsto en la iniciativa legislativa; siempre que el acogimiento de las mismas, ayudaría a fortalecer el régimen de protección a la competencia, a través de un modelo que busca mitigar la corrupción, reforzar la articulación y coordinación de las autoridades públicas con el sector privado (entiéndase a este último como los sujetos interesados en acceder a los programas de beneficios por colaboración de que trata la Ley 1340 de 2009) y resarcir los daños ocasionados por dichos actos mediante el acogimiento de un nuevo modelo que permita tener nuevos parámetros para la tasación de las sanciones.

Además de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que las Proposiciones resultan coherentes con las recomendaciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante "OCDE"), como parte del proceso de acceso de Colombia a dicha Organización. En general, a través de las referidas recomendaciones se pretende: i) desincentivar la comisión de actos de corrupción manifestados en prácticas restrictivas de la competencia; ii) otorgar a la Autoridad Nacional de Competencia herramientas efectivas para la investigación y represión de actos de corrupción en los mercados, tales como carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; iii) fortalecer el régimen de beneficios por colaboración para incentivar compañías a delatar carteles; iv) y alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas, incluyendo el establecimiento de un sistema de graduación de sanciones eficiente que sea aplicable y proporcional para todos los agentes del mercado. De igual manera, se destaca que las referidas recomendaciones así como el Proyecto de Ley, resultan estar alineados en cuanto a su finalidad, en tanto ambos se dirigen al acogimiento de medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, a efectos de fortalecer el desarrollo de los mercados.

¹ Proyecto de Ley 341 de 2020 (Senado), "Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y otras disposiciones", artículo 1.



Dicho lo anterior, cabe destacar que las Proposiciones puestas en consideración estarían dirigidas a modificar el esquema del **Programa de Beneficios por Colaboración** que se encuentra contenido en la Ley 1340 de 2009. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio, se permite informar que **el número de solicitudes de acceso al Programa de beneficios por colaboración de que trata la Ley 1340 de 2009, ha caído significativamente, pasando de 6 en 2015 a 1 en 2017 y 0 en 2020**, lo que disminuye considerablemente la capacidad de investigación de esta autoridad en relación con los actos de corrupción en los mercados nacionales, materializados a través de prácticas restrictivas de la competencia.

Además, se advierte que, en línea con las tendencias internacionales, las principales circunstancias que incentivan la participación en programas de beneficios por colaboración están relacionadas con el otorgamiento de mayores ayudas a los solicitantes en asuntos como la protección a su identidad y reserva de las pruebas aportadas en el marco del programa, en aras de impedir situaciones desventajosas frente a sus cocartelistas, así como inmunidad recíproca en el ámbito penal.

Por lo tanto, resulta evidente la **necesidad de aumentar la efectividad del Programa de Beneficios por Colaboración e incentivar la participación en el mismo**, y teniendo en cuenta que este tipo de programas comportan una de las principales fuentes de insumos para desarticular carteles empresariales y luchar contra la corrupción, **es oportuno y conveniente modificar el régimen de beneficios por colaboración, con el objetivo de brindar mayores incentivos a los posibles beneficiarios para que se acojan al Programa.**

En el mismo sentido, y en aras de promover un efectivo sistema de prevención y captura de conductas de corrupción a través de mayores incentivos para aplicar a programas de beneficios por colaboración, también resulta adecuada la modificación al sistema de graduación de sanciones, de forma que el mismo sea eficiente, aplicable y proporcional para todos los agentes del mercado, procurando evitar que la rentabilidad de los actos de corrupción sea superior a las eventuales sanciones de las autoridades.

En efecto, si bien el tope sancionatorio actual resulta adecuado y proporcional en muchos casos, es igualmente cierto que también resulta muy inferior para carteles empresariales u otras conductas anticompetitivas y de corrupción que han tenido una larga duración, donde los infractores son compañías con altos ingresos operacionales o patrimonios; y/o en eventos en que los beneficios que ha obtenido la empresa por virtud de la conducta resultan ser superiores a 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual hace que la conducta ilegal sea rentable y no exista suficiente incentivo para delatarla.

Hechas las anteriores observaciones, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, se permite emitir un pronunciamiento

respecto de cada una de las Proposiciones puestas en consideración, en los siguientes términos:

- **Frente a la Proposición que incluye un artículo nuevo, destinado a modificar el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, nos permitimos conceptuar:**

El texto de la Proposición, tiene por objeto la adición de tres párrafos al artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, en los siguientes términos:

“Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.

2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Parágrafo 1. La identidad de los beneficiarios, así como las pruebas que estos aporten a la Superintendencia de Industria y Comercio y que sean trasladadas al expediente de la respectiva investigación, serán reservadas hasta que se profiera y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiere lugar. Esto, sin perjuicio de que los investigados puedan tener acceso a la totalidad del acervo probatorio, garantizándose los derechos al debido proceso y de defensa.

Parágrafo 2. El proceso de negociación de beneficios por colaboración por la presunta comisión de acuerdos restrictivos de la competencia será reservado.

Parágrafo 3. Las autoridades administrativas o judiciales en ejercicio de sus funciones podrán tener acceso a las pruebas aportadas por los delatores en el marco del programa de beneficios por colaboración, una vez se haya proferido y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiere lugar por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como se ha indicado previamente, la modificación del régimen de beneficios por colaboración, ayudaría a realizar ajustes para adecuarlo a estándares internacionales y potenciar la participación en el mismo a través de mayores incentivos, permitiendo la efectiva persecución de actos de corrupción en los mercados nacionales.

Para el caso en concreto, la modificación propuesta al artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 ayudaría a incentivar la delación de prácticas anticompetitivas y otorgar seguridad jurídica y, en especial, confidencialidad, reserva de pruebas entregadas y seguridad frente a investigaciones penales y acciones civiles a quien se acerque a la autoridad para denunciar y delatar una conducta anticompetitiva o de corrupción en la cual ha participado.

Cabe destacar que en el mundo, los programas de beneficios por colaboración han sido probablemente el instrumento más efectivo para descubrir conductas anticompetitivas y de corrupción en los mercados. De manera que, la protección de la identidad de quienes pretenden ser beneficiarios, la reserva de las pruebas e información aportadas y la posibilidad de también acceder a inmunidad en el ámbito de investigaciones de naturaleza penal, son el pilar de este tipo de sistemas.

Por lo tanto, resulta adecuado que la identidad de los beneficiarios del programa de beneficios por colaboración, así como las pruebas que aporten y sean trasladadas al expediente de la respectiva investigación, sean de carácter reservado hasta que se profiera y tenga firmeza el acto administrativo sancionatorio a que hubiere lugar, ***sin perjuicio de que los investigados puedan conocer la totalidad del acervo probatorio con el objetivo de ejercer su derecho de defensa.***

Esto pretende que sólo se revele la identidad del delator de la conducta y las pruebas que aportó, una vez que haya sido impuesta la sanción y la misma haya quedado en firme. De la misma manera, se propone modificar la norma para que se establezca que el proceso de negociación de beneficios por colaboración ante la Superintendencia de Industria y Comercio sea reservado.

Igualmente, a través de la modificación propuesta al artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, se busca que las autoridades administrativas o judiciales en ejercicio de sus funciones puedan tener acceso a las pruebas aportadas voluntariamente por los delatores en el marco del programa de beneficios por colaboración, una vez se haya proferido y tenga firmeza el acto administrativo sancionatorio a que hubiere lugar por

la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior va en línea con las normas que rigen actualmente en Europa y en otras jurisdicciones, y pretende que quienes se hayan visto afectados por una conducta anticompetitiva o de corrupción en los mercados puedan tener acceso a las pruebas que aportó voluntariamente el delator, una vez la investigación haya concluido, y a través de la orden de un juez o una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones. El que dicha posibilidad exista al finalizar la investigación pretende proteger la identidad del delator y los elementos que aportó voluntariamente a la investigación, sin eliminar la posibilidad de los terceros, que consiste en buscar el resarcimiento de los daños causados por la conducta sancionada.

En orden de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, **considera que la Proposición resulta favorable a lo planteado en el Proyecto de Ley, así como a las recomendaciones elevadas por la OCDE.**

No obstante, a efectos de lograrse un marco jurídico que brinde mayores incentivos a quienes deseen acogerse al programa de beneficios por colaboración, se propone la inclusión de un párrafo donde se facilite que quien obtenga la exoneración total o parcial de la multa a imponer, por su participación como delator de una conducta anticompetitiva, no responda solidariamente por los daños causados en virtud del acuerdo con los demás cartelistas, sino en proporción a su participación en la comisión de dichos daños en virtud de la conducta anticompetitiva. Se insiste, con esto se busca promover e incentivar la participación de programas de delación sin poner en situación desventajosa al eventual postulante frente a otros cartelistas, pero a la vez garantizar el resarcimiento de daños en una práctica anticompetitiva y/o acto de corrupción en los mercados nacionales.

En orden de lo expuesto, respetuosamente se sugiere la siguiente redacción frente a la Proposición que busca la modificación del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009:

“Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.



2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Parágrafo 1. La identidad de los beneficiarios, así como las pruebas que estos aporten a la Superintendencia de Industria y Comercio y que sean trasladadas al expediente de la respectiva investigación, serán reservadas hasta que se profiera y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiere lugar. Esto, sin perjuicio de que los investigados puedan tener acceso a la totalidad del acervo probatorio, garantizándose los derechos al debido proceso y de defensa.

Parágrafo 2. El proceso de negociación de beneficios por colaboración por la presunta comisión de acuerdos restrictivos de la competencia será reservado.

Parágrafo 3. Las autoridades administrativas o judiciales en ejercicio de sus funciones podrán tener acceso a las pruebas aportadas por los delatores en el marco del programa de beneficios por colaboración, una vez se haya proferido y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiere lugar por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo 4. Quien en el marco del programa de beneficios por colaboración previsto en este artículo, obtenga la exoneración total o parcial de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no responderá solidariamente por los daños causados en virtud del acuerdo anticompetitivo y, en consecuencia, responderá en proporción a su participación en la causación de los daños a terceros en virtud de la conducta anticompetitiva.”

Con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, **se permite conceptuar y poner en consideración una nueva redacción frente a la Proposición destinada a modificar el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009.**

- **Frente a la Proposición nueva, destinada a modificar el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, nos permitimos conceptuar:**

El texto de la Proposición, tiene por objeto la modificación del párrafo del artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

***“Artículo 410 A. Acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública. El que en un proceso de contratación pública se concertare con otro con el objeto de restringir, limitar o eliminar la competencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.*”**

~~*Parágrafo. El que en su condición de delator o demente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.*~~

Parágrafo. La fiscalía general de la Nación aplicará el principio de oportunidad a quien, dentro de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, haya obtenido la exoneración total de la multa a imponer mediante resolución en firme, en virtud de la suscripción de un acuerdo de beneficios por colaboración, siempre que cumpla con lo previsto en los numerales 4 y/o 5 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, o la norma que los modifique, adicione o sustituya.”

Según se ha indicado en líneas anteriores en el mundo, los programas de beneficios por colaboración han sido un instrumento efectivo para descubrir conductas anticompetitivas y de corrupción en los mercados; donde se ha tenido en cuenta, aspectos como la protección de la identidad de quienes pretenden ser beneficiarios y la posibilidad de acceder a inmunidad en el ámbito de investigaciones de naturaleza penal o mayores ayudas en tal sentido.

La propuesta busca lograr la modificación del artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, para que, cuando el beneficiario del mentado programa obtenga la exención total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Fiscalía General de la Nación aplique el principio de oportunidad, siempre y cuando cumpla con unas condiciones previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004. ***Al respecto se debe aclarar que, el texto redactado hace referencia a los numerales “4 y/o 5” del citado artículo que, previo a la modificación introducida con la Ley 1474 de 2011, se referían a las situaciones: cuando el imputado colabore eficazmente***



para evitar que la conducta anticompetitiva continúe ejecutándose, o que se realicen otras; o cuando sirva como testigo principal del cargo contra los demás intervinientes.

Tras la expedición de la citada Ley 1474 de 2011, el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, fue modificado y la numeración del mismo varió. Por lo que, a efectos de lograr coherencia en la referida disposición, resulta necesario que se ajuste la citación de los numerales que se establecerían como condiciones para aplicar el principio de oportunidad. Estos serían los actuales numerales **"5 y/o 6"**, que comprenden (cómo se ha indicado en el párrafo que precede) las situaciones: i) cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que la conducta anticompetitiva continúe ejecutándose, o que se realicen otras; ii) o cuando sirva como testigo principal del cargo contra los demás intervinientes.

En orden de lo expuesto, respetuosamente se solicita modificar la redacción de la Proposición, para que la referencia se haga frente a los numerales 5 y/o 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, como se indica a continuación:

"Artículo 410 A. Acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública. El que en un proceso de contratación pública se concertare con otro con el objeto de restringir, limitar o eliminar la competencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

~~*Parágrafo. El que en su condición de delator o elemento mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.*~~

Parágrafo. La fiscalía general de la Nación aplicará el principio de oportunidad a quien, dentro de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, haya obtenido la exoneración total de la multa a imponer mediante resolución en firme, en virtud de la suscripción de un acuerdo de beneficios por colaboración, siempre que cumpla con lo previsto en los numerales 5 y/o 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, o la norma que los modifique, adicione o sustituya."

Ahora bien, consideramos que la Proposición pretende evitar que quienes participen en una conducta de colusión en licitaciones públicas se vean disuadidos de delatarla porque, incluso obteniendo la exoneración por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se harían acreedores a una pena privativa de la libertad y otras sanciones penales, con lo cual no existiría incentivo mayor para delatar este tipo de



conductas. Dicho de otra manera, lograr la modificación propuesta ayudaría a incentivar la participación en el programa de beneficios por colaboración y por ende, esto llevaría a que se combata de mejor manera las conductas anticompetitivas que pueden generar graves afecciones en materia de corrupción, como lo pueden ser las colusiones en licitaciones públicas.

De los aspectos más controversiales frente al régimen de competencia, es la diversidad de marcos jurídicos que lo componen, generando muchas veces confusiones frente a la aplicación de estos y el riesgo de llevar una doble investigación frente al mismo hecho. Es claro que, cometer una infracción al régimen de libre competencia puede acarrear consecuencia de tipo administrativo, pero también de tipo civil e incluso penal. En consecuencia, la proposición que nos ocupa se encarga de aclarar una situación confusa frente a la aplicación de diferentes jurisdicciones frente a la misma infracción al régimen de competencia. Al modificar la norma penal, se garantiza la independencia entre las investigaciones que cada jurisdicción adelante, sin demeritar la información y situaciones jurídicas que cada una resuelva. De esta forma, se garantiza la seguridad jurídica de los implicados y se elimina una posible preocupación de los colaboradores de la autoridad administrativa respecto de su situación jurídica por fuera de la jurisdicción en la que están colaborando. Un aspecto más a tener en consideración como motivo de incentivo en materia del fortalecimiento que se podría dar a quienes resulten acogidos en los programas de beneficios por colaboración que se encuentran dispuestos en la Ley 1340 de 2009.

De igual manera, en línea con el objeto propuesto en el Proyecto de Ley, el artículo bajo estudio se podría constituir como una herramienta que a través de la cual se facilite la identificación de daños derivados de actos ilícitos, para que sean indemnizados a cuenta de los responsables, facilitando y agilizando las investigaciones tanto administrativas como penales, en un marco de colaboración y esclarecimiento de los hechos. Con esto se ayudaría al doble propósito que se indica en el literal b) de la exposición de motivos, consistente en que: i) de un lado, se promueva una reparación integral y efectiva de las víctimas de actos de corrupción, y; ii) de otro, garantizar que las indemnizaciones por estos actos sean invertidas en el resarcimiento y restablecimiento de los derechos colectivos indivisibles y cuya afectación mina la confianza de los ciudadanos en el Estado y deslegitima su actuación.

En orden de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, **se permite emitir concepto favorable respecto de la Proposición dirigida a que se modifique el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000.**



- **Frente a la Proposición de incluir un artículo nuevo, relacionado con las “Sanciones por la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia”, nos permitimos conceptuar:**

El texto de la Proposición, tiene por objeto que se incluya un artículo nuevo en el Proyecto de Ley, a partir del cual se regule lo atinente a las sanciones por la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia, en los siguientes términos:

“Sanciones por la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las actuaciones administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

1. Para la imposición de la sanción, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará el que fuere mayor de los siguientes criterios:

1.1. Los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) de dichos ingresos.

1.2. El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del valor de su patrimonio.

1.3. 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).

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

2. Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, siempre y cuando sean aplicables al caso concreto:

2.1. La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo.

2.2. La naturaleza del bien o servicio involucrado.

2.3. El grado de participación del implicado.

2.4. El tiempo de duración de la conducta.

2.5. La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.

3. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:

3.1. El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;

3.2. La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación;

3.3. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.

3.4. La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.

Parágrafo 1º. 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 numerales 1.1., 1.2. y 1.3. de este artículo.

Parágrafo 2º. Por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor, procederá un aumento de hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, sin exceder en ningún caso los límites sancionatorios previstos en la Ley.

Parágrafo 3º. Será atenuante, para efectos de dosificar la sanción el aceptar los cargos formulados en aquellos casos en los cuales el investigado no ha sido reconocido como delator.”

La Proposición resulta coherente con la recomendación de la OCDE, referente a establecer un sistema en el cual las sanciones también puedan corresponder a un porcentaje de las ventas, los ingresos o el patrimonio de la empresa investigada. Pero cabe advertir, que **la Proposición bajo estudio llevaría a que se ordene la derogatoria del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.**

Esto se dirige a quien que realice la conducta anticompetitiva, independientemente de que sea persona natural o jurídica. Esto pretende que las sanciones puedan ser aplicadas bajo un criterio de razonabilidad, tanto a las personas naturales como jurídicas, teniendo en consideración la forma en que se participa en el mercado nacional.



Además, la propuesta establece los montos sancionatorios que se pueden imponer por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. En la actualidad, el monto máximo por la comisión de este tipo de conductas es de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tope sancionatorio que resulta adecuado y proporcional en muchos casos, pero también muy inferior para carteles empresariales u otras conductas que han tenido una larga duración, donde los infractores son compañías con altos ingresos operacionales o patrimonios y/o en eventos en que los beneficios que ha obtenido la empresa por virtud de la conducta resultan ser superiores a 100.000 salarios mínimos, lo cual hace que la conducta ilegal sea rentable y que, por tanto, no se encuentren suficientes incentivos para delatarla o denunciarla.

Teniendo esto en cuenta, así como las recomendaciones de la OCDE, se busca incluir que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda aplicar como multa, el monto que resulte mayor entre:

- i) Los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) de dichos ingresos.
- ii) El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del valor de su patrimonio.
- iii) 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)
- iv) El valor del contrato estatal en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública. En este caso, la multa no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del valor del contrato.

Con esto, se puede incentivar la participación en los programas de delación, pues un agente de mercado, participante de un cartel o acto de corrupción en los mercados nacionales, encontrará mayor beneficio en delatar la conducta que en continuarla.

También se propone incluir que 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 párrafos anteriores. De igual forma, se busca establecer los criterios que debe tener en cuenta la autoridad para graduar la sanción, tales como la idoneidad de la conducta para afectar el mercado, la naturaleza del bien o servicio involucrado, el grado de participación del implicado; el tiempo de duración de la conducta; y la cuota de participación del infractor.

Por último, este artículo establecería cuáles son los agravantes de la conducta anticompetitiva y la forma concreta de aplicarlos en la sanción, así como una causal de atenuación de la multa por aceptación de cargos por parte del investigado.

En orden de lo expuesto, y teniendo en consideración que los criterios para la tasación de las sanciones se establecerían bajo parámetros de razonabilidad, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, **se permite emitir concepto favorable respecto de la Proposición de incluir un artículo nuevo, relacionado con las “Sanciones por la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia”.**

- **Frente a la Proposición de incluir un artículo nuevo, relacionado con las “Sanciones a los facilitadores de conductas violatorias de disposiciones sobre protección de la competencia”, nos permitimos conceptuar:**

El texto de la Proposición, tiene por objeto que se incluya un artículo nuevo en el Proyecto de Ley, a partir del cual se regule lo atinente a las sanciones que se aplicarían a los facilitadores de conductas violatorias de las disposiciones sobre protección de la competencia, en los siguientes términos:

“Sanciones a los facilitadores de conductas violatorias de disposiciones sobre protección de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones a su favor de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV), contra el facilitador, sea persona natural o jurídica, que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente del mercado.

1. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1.1. El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.

1.2. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia;

1.3. El patrimonio del facilitador.

2. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:

2.1. Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación;

2.2. *La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.*

2.3. *La conducta procesal del facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.*

Parágrafo 1. Por cada circunstancia agravante en que incurra el facilitador, procederá un aumento de hasta el diez por ciento (10%) sobre el importe de la multa a imponer, sin sobrepasar en ningún caso los límites sancionatorios previstos en la Ley.

Parágrafo 2. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo no podrán ser pagados ni asegurados, o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por el agente del mercado al cual estaba vinculado el facilitador cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquel. La violación de esta prohibición constituye por sí misma una práctica restrictiva de la competencia.”

La Proposición resulta coherente con la recomendación de la OCDE, referente a establecer un sistema en el cual las sanciones también puedan corresponder a un porcentaje de las ventas, los ingresos o el patrimonio de la empresa investigada. Pero cabe advertir, que **la Proposición bajo estudio llevaría a que se ordene la derogatoria del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.**

En este caso, las sanciones sería aplicables tanto a las personas naturales como jurídicas que actúen como facilitadores de una conducta anticompetitiva, señalando los elementos de graduación y agravantes de las multas a imponer, y estableciendo que las mismas no podrán ser pagadas, aseguradas, o en general garantizadas, directamente o por interpuesta persona, por el agente del mercado al cual estaba vinculado el facilitador cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquel, so pena de incurrir en una práctica restrictiva de la competencia. **Esto, permite garantizar el efecto disuasorio de las multas impuestas a facilitadores de las conductas anticompetitivas.**

En orden de lo expuesto, y teniendo en consideración que los criterios para la tasación de las sanciones se establecerían bajo parámetros de razonabilidad, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, **se permite emitir concepto favorable respecto de la Proposición de incluir un artículo nuevo, relacionado con las “Sanciones a los facilitadores de conductas violatorias de disposiciones sobre protección de la competencia”.**

▪ **Frente a la Proposición de derogar los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, nos permitimos conceptuar:**

Según se ha indicado en acápites precedentes, ***la derogatoria de los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, resultaría necesaria en el evento de que se acojan las Proposiciones correspondientes a los artículos nuevos relacionados con las “Sanciones por la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia” y las “Sanciones a los facilitadores de conductas violatorias de disposiciones sobre protección de la competencia”.***

En orden de lo expuesto, y teniendo en cuenta lo manifestado en acápites precedentes, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de Autoridad Nacional de Competencia, ***se permite conceptuar acerca de la necesidad de derogar los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en el evento que se acoja un nuevo esquema para tasar las sanciones a los infractores y facilitadores de conductas que atentan contra el régimen de protección de la libre competencia.***

Así las cosas, las Proposiciones se adecúan al objeto del Proyecto de Ley, e igualmente, se ajustan a los estándares y mejores prácticas internacionales, y son idóneas para fortalecer la protección de la libre competencia en Colombia y, sobre todo, los consumidores, incluyendo al mismo Estado colombiano, quienes son los más afectados cuando se cometen prácticas restrictivas de la competencia o actos de corrupción en los mercados nacionales.

Por otra parte, cabe reiterar que de acuerdo con el objeto del Proyecto de Ley, las Proposiciones puestas bajo estudio ayudarían a la adopción de disposiciones que le permitan al Estado tener herramientas o mecanismos jurídicos a través de los cuales se logre prevenir actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las autoridades públicas y redimir los daños ocasionados por dichos actos, con el fin de promover una cultura de legalidad e integridad que ayuden a fortalecer la confianza de la ciudadanía y el respeto por lo público.

Dicho de otra manera, las disposiciones respecto de las cuales se conceptúa en líneas precedentes, robustecen los mecanismos con que cuenta el Estado para exigir la reparación integral de los daños causados por actos de corrupción, dotando a la Superintendencia de Industria y Comercio de instrumentos jurídicos que ayudarán a la



instrucción de las investigaciones administrativas, así como de medidas que incentivarán la cesación de actos contrarios a la competencia, la rehabilitación, la restitución no pecuniaria, la satisfacción y las garantías de no repetición, en el marco de los programas de beneficios por colaboración.

Con lo anterior, esperamos haber contribuido al enriquecimiento de tan importante iniciativa no sin antes advertir que estamos a su disposición para resolver cualquier inquietud que se derive de la presente comunicación.

Cordialmente,


ANDRÉS BARRETO GÓNZALEZ,
Superintendente de Industria y Comercio

Elaboró: Andrés Pérez/ Daniela Tapias/ Héctor Barragán
Revisó: Rocío Soacha
Aprobó: Rocío Soacha



