

**ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL DERECHO DE
LA COMPETENCIA POR LA LEY 2195 DE 2022**

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA,
PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES”**

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

CEDEC

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Presentado por:

**Alfonso Miranda Londoño
Luis Daniel Morales Hernández**

Bogotá D.C., marzo de 2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ANTECEDENTES.....	3
3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 2195 DE 2022	8
3.1 REFORMAS INTRODUCIDAS AL PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN.....	11
3.1.1 <i>Incorporación de reglas de confidencialidad.</i>	<i>11</i>
3.1.2 <i>Confidencialidad de la identidad del solicitante del Programa de Delación, del proceso de negociación de los beneficios y del delator. 13</i>	
3.1.3 <i>Confidencialidad de las pruebas aportadas por el beneficiario.</i>	<i>16</i>
3.1.4 <i>Responsabilidad del delator por los daños causados en virtud del acuerdo anticompetitivo.</i>	<i>17</i>
3.2 REFORMAS INTRODUCIDAS AL RÉGIMEN DE MULTAS.	18
3.2.1 <i>Modificaciones introducidas por el Artículo 67 a las multas que la SIC le puede imponer a los Agentes de Mercado</i>	<i>23</i>
a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados.....	23
b. Primera etapa de la imposición de la multa: Definición del criterio para establecer el tope máximo	24
c. Segunda etapa: Graduación de la multa	25
d. Tercera etapa – Circunstancias de agravación de la multa:.....	28
e. Respecto de los criterios de atenuación de la multa	32
3.2.2 <i>Modificaciones introducidas por el Artículo 68 a las multas que la SIC le puede imponer a los Facilitadores.....</i>	<i>32</i>
a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados.....	32
b. Primera etapa de la imposición de la multa – definición del criterio para establecer el tope máximo	33
c. Segunda etapa - Graduación de la multa:	34
d. Tercera etapa – Criterios de agravación y atenuación de la multa:	35
e. Prohibición del pago de la multa del facilitador por el Agente de Mercado	36
4. CONCLUSIONES DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 2195 DE 2022 A LAS MULTAS QUE LA SIC LE PUEDE IMPONER.	36
5. NORMAS MODIFICADAS Y COMENTARIOS.....	38

ANÁLISIS DE LA LEY 2195 DE 2022
POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE
TRANSPARENCIA, PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SE
DICTAN OTRAS DISPOSICIONES

Alfonso Miranda Londoño¹
Luis Daniel Morales Hernández²

1. INTRODUCCIÓN

Una de las labores que el CEDEC desarrolla de manera permanente, es el análisis de las nuevas normas de competencia que se expiden en Colombia, con el objeto de evaluarlas e identificar los cambios que van marcando la evolución del Derecho de la Competencia en nuestro país.³ Para el efecto hemos venido elaborando documentos que como en el presente caso, puedan servir de herramienta práctica para quienes tienen que interpretar o utilizar las normas. Así mismo, hemos venido avanzando en nuestro proyecto de fichas de las principales decisiones de competencia en nuestro país. Estos análisis pueden ser consultados en nuestra página web: <http://www.centrocedec.org>

2. ANTECEDENTES

En esta sección incluimos la línea del tiempo del trámite de la ley en el Congreso de la República⁴:

¹ Alfonso Miranda Londoño es abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Exdirector del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana (2003 - 2021), Co-fundador y Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC (1995 hasta la fecha) y profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Javeriana. Lidera la práctica de Derecho de la Competencia en *Esguerra Asesores Jurídicos*. Es el fundador de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como Asesor No Gubernamental *Non Governmental Advisor - NGA* ante la Red Internacional de Competencia - *International Competition Network - ICN*, por Colombia (2012 - 2016 y 2019-2020). Socio de la firma *Esguerra Asesores Jurídicos*. E-mail: amiranda@esguerra.com

² Coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.

³ Los autores agradecen la colaboración de la estudiante Rebeca Moncayo Sañudo en la elaboración de este documento.

⁴ <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se/11360/#tab=2>

Fecha	Actuación y Comentarios
29-10-2020	<p>Radicación del Proyecto de Ley en el Congreso.</p> <p>Resaltamos que en el Proyecto presentado no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.</p>
04-11-2020	<p>Publicación del Proyecto de Ley en la Gaceta No. 1249 de 2020.</p> <p>De la Exposición de Motivos: del proyecto de ley extraemos las siguientes ideas:</p> <p>El Proyecto parte de la necesidad de combinar y articular herramientas para luchar contra la corrupción, para lo cual involucró la participación de múltiples entidades del poder público, entre las que se encontraba la Superintendencia de Industria y Comercio. Así mismo se indica que se tuvieron en cuenta recomendaciones internacionales.</p> <p>1. <u>Objetivos del proyecto:</u></p> <p>El Proyecto se fundamenta en dos pilares: prevención y probidad. Manifiesta la necesidad de implementar políticas de protección al denunciante de los actos ilícitos, que aseguren la reserva de su identidad, estabilidad laboral y protección; así como la necesidad de incentivar la cultura de la legalidad a través de diversos programas. Señala la importancia de que el Estado pueda reaccionar en bloque.</p> <p>Indica que, para su elaboración, cada entidad señaló los vacíos o debilidades institucionales que obstaculizan la lucha contra la corrupción. Fruto de este esfuerzo es el capítulo de fortalecimiento institucional y ajustes al régimen disciplinario.</p> <p>El Proyecto pretende introducir diversas figuras y estrategias. Entre esas, la figura del daño punitivo, bajo la justificación de que los corruptos no pueden disfrutar de sus bienes después de pagada la condena, sin restituir a la sociedad del daño cometido, así como de actualizar la acción de repetición del Estado contra los funcionarios. En esta parte no se hace referencia al tema de libre competencia económica.</p> <p>2. <u>Justificación del articulado:</u></p> <p>2.1 <u>Medidas de protección para los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción:</u> Se reconoce la ausencia de mecanismos para la protección de los denunciantes de prácticas de corrupción, frente a posibles represalias y amenazas. Dentro de los esquemas de protección, resalta la protección de la identidad del denunciante como su pilar.</p> <p>2.2 <u>Responsabilidad de las personas jurídicas:</u> El Proyecto hace énfasis en este punto para establecer la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y señala que en este caso el comportamiento objeto de reproche es la tolerancia o el consentimiento.</p> <p>2.3 <u>Extinción de dominio:</u> El Proyecto introduce modificaciones para dinamizar el proceso extinción de dominio de los bienes asociados a conductas ilícitas.</p> <p>2.4 <u>Beneficiario final:</u> El Proyecto introduce el Principio de debida diligencia para quienes tengan que implementar un sistema de prevención.</p> <p>2.5 <u>Sistema General de Información de Lucha contra la Corrupción:</u> El Proyecto crea este sistema para mayor transparencia.</p>

	<p>2.6 <u>Pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción:</u> El Proyecto busca promover valores para contrarrestar los factores culturales que inciden en la corrupción.</p> <p>2.7 <u>Fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción:</u> El Proyecto busca articular las instituciones para mayor coordinación entre ellas. Contempla modificaciones en el monto de las sanciones a personas jurídicas por soborno transnacional e incumplimiento de disposiciones contables.</p> <p>2.8 <u>Fortalecimiento de la transparencia en el proceso de elección de personeros y en el desarrollo de su gestión.</u></p> <p>3. <u>Disposiciones en materia de daño y reparación de los afectados:</u></p> <p>Cuando los derechos vulnerados son derechos colectivos indivisibles se debe fortalecer la normativa para que los responsables de la corrupción resarzan los daños causados a los derechos colectivos, como es el caso de la libre competencia económica. Se busca la reparación integral y el restablecimiento del derecho, para lo cual se deben tasar los perjuicios sufridos por la Nación.</p> <p>Pretende incorporar el daño punitivo, siempre que se pruebe dolo o culpa grave, con lo cual se quiere enviar un mensaje firme a la sociedad, respecto de la lucha contra la corrupción.</p> <p>4. <u>Otros temas que trae el Proyecto:</u></p> <p>4.1 <u>Ajustes a la acción de repetición.</u></p> <p>4.2 <u>Ajustes al régimen disciplinario para combatir la corrupción:</u> Busca fijar términos de prescripción de la acción según la gravedad de la falta.</p> <p>4.3 <u>Disposiciones en materia contractual para la moralización y la transparencia:</u> Para incrementar la transparencia del uso de los recursos públicos.</p> <p>Resaltamos que en el Proyecto publicado no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.</p>
13-04-2021	<p>Publicación de la Ponencia para Primer Debate. Ponente, Germán Varón Cotrino. Gaceta No. 274 de 2021.</p> <p>De la Ponencia para Primer Debate destacamos los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Protección a denunciantes, quejosos o a quien informe de actos de corrupción:</u> se establece reserva de su identidad, no oponible a los intervinientes del proceso en aras de su derecho de defensa (Art. 4). 2. <u>Modificación de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas:</u> se excluye a la Superintendencia de Industria y Comercio por no ejercer facultades de inspección, vigilancia y control sobre un sector específico como si lo hacen otras entidades (Art. 10 para. 2). 3. <u>Sanciones:</u> se establece un régimen sancionatorio para las personas jurídicas que cometan actos de corrupción (Capítulo II). 4. <u>Régimen disciplinario para combatir la corrupción:</u> se busca la graduación de las sanciones teniendo en cuenta el dolo y la culpa.

	<p>Se establece la sanción a empresas subordinadas si la matriz u otra persona jurídica del grupo empresarial controlada por la matriz incurre en actos de corrupción en beneficio de la subordinada (Art. 27).</p> <p>Resaltamos que en la Ponencia para Primer Debate no se hace referencia alguna a temas de Derecho de la Competencia.</p>
08-06-2021	<p>Proyecto aprobado en Primer Debate en el Senado. Gaceta No. 1160 de 2021.</p> <p>Del Proyecto aprobado en Primer Debate destacamos las siguientes modificaciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Protección a los quejosos, denunciantes o quien informe actos de corrupción: Se mantiene el Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) pero se eliminan los artículos de protección física, reserva de su identidad y protección laboral. Dicha modificación no aparece justificada. 2. Responsabilidad de las personas jurídicas: las sanciones también se derivan de la conducta de los funcionarios o empleados condenados penalmente u objeto de principio de oportunidad por actos de corrupción a favor de la empresa. (Art. 20). La finalidad es evitar actos de corrupción por interpuesta persona, para evitar comprometer a la persona jurídica. 3. Graduación de las sanciones: se disponen como agravantes no solamente el beneficio económico obtenido por el infractor, sino también el beneficio pretendido (Art. 5 y 23). Se justifica en que el beneficio puede ocultarse en movimientos contables o la destrucción de evidencia. <p>El Proyecto, en Primer Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.</p>
06-09-2021	<p>Publicación de la Ponencia para Segundo Debate. Ponente, Germán Varón Cotrino. Gaceta No. 1160 de 2021.</p> <p>La Ponencia para Segundo Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.</p>
27-10-2021	<p>Proyecto aprobado en Segundo Debate en la Plenaria del Senado. Gacetas Nos. 1589 de 2021 y 1639 de 2021.</p> <p>El Proyecto, en Segundo Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.</p>
23-11-2021	<p>Publicación de la Ponencia para Tercer Debate. Ponente, José Daniel López Jiménez. Gaceta No. 1677 de 2021.</p> <p>La Ponencia para Tercer Debate no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.</p>
24-11-2021	<p>Proyecto aprobado en Tercer Debate en la Comisión de la Cámara de Representantes. Gaceta No. 1752 de 2021.</p> <p>El Proyecto, en Tercer Debate, no hace referencia a temas de Derecho de la Competencia.</p>

01-12-2021	<p>Publicación de la Ponencia para Cuarto Debate. Ponente, César Augusto Lorduy. Gaceta No. 1752 de 2021.</p> <p>De la Ponencia para Cuarto Debate destacamos que se crea el capítulo XI: Otras disposiciones, y en él se incluyen las modificaciones a la Ley 1340 de 2009 en materia de Derecho de la Competencia. Estas incluyen:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Beneficios por colaboración con la autoridad b. Monto de multas a los Agentes de Mercado c. Monto de multas a los Facilitadores <p>En el mismo capítulo se incluye una adición a la Ley 599 del 2000:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Injuria y calumnia contra funcionarios o exfuncionarios públicos: crea como nuevo tipo penal la injuria y calumnia debidamente comprobada que pretenda atacar u obstruir las funciones constitucionales y legales de algún funcionario público.
06-12-2021	<p>Proyecto aprobado en Cuarto Debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes. Gaceta No. 1828 de 2021.</p> <p>Del Proyecto en Cuarto Debate, destacamos que el texto de las modificaciones al Derecho de la Competencia se mantuvo igual.</p>
10-12-2021	<p>Concepto Institucional de la Cámara Colombiana de Informática. Gaceta No. 1828 de 2021.</p>
14-12-2021	<p>Informe de conciliación. Ponentes: Carlos Abraham Jiménez López y César Augusto Lorduy Maldonado. Gaceta 1860/21 – 1861/21.</p> <p>Del Informe de Conciliación destacamos lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Modificaciones al Derecho de la Competencia: el texto de las modificaciones al Derecho de la Competencia se mantuvo igual. Se acoge el texto de la Cámara de Representantes. b. Injuria y calumnia contra funcionarios o exfuncionarios públicos: se elimina el artículo que contenía este nuevo delito, por falta de acuerdo entre los conciliadores.
15-12-2021	<p>Aprobación de la Conciliación en la Plenaria de la Cámara de Representantes.</p>
16-12-2021	<p>Aprobación de la Conciliación en la Plenaria del Senado.</p>
18-01-2022	<p>Sancionado como Ley 2195 de 2022 por el Presidente de la República.</p>

3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 2195 DE 2022

Como se muestra en la tabla anterior, el 18 de enero de 2022, el Presidente Iván Duque Márquez sancionó la Ley 2195 de 2022, *“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTAN MEDIDAS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA, PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”* De conformidad con el artículo 1 de la Ley, el objetivo de la misma es *“... adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público.”*

De manera consistente con el objetivo señalado, la ley adopta una serie de medidas que tienen efectos sobre las actividades de los servidores públicos y de las empresas y sus empleados; y que refuerzan las medidas establecidas por el Estado Colombiano con el fin de luchar contra la corrupción, las cuales están contenidas en el llamado Estatuto Anticorrupción, Ley 1474 de 2011, en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, en el Código de Comercio y en otras normas.

En este sentido, la Ley 2195 de 2022 hace referencia aspectos tales como:

- La responsabilidad de las personas jurídicas, incluyendo a las sucursales de las sociedades extranjeras, por la realización de actos de corrupción.
- La administración de los bienes sobre los cuales opera la extinción de dominio.
- La determinación de los beneficiarios reales de los bienes.
- El manejo y articulación de los sistemas de intercambio de información y la colaboración entre entidades estatales para la lucha contra la corrupción.
- La pedagogía para la lucha contra la corrupción.
- El fortalecimiento de la administración para la lucha contra la corrupción.
- La modificación de la acción de repetición contra los empleados públicos.
- Normas sobre transparencia y moralización de la contratación pública, entre las cuales se establece la obligación para las empresas de establecer programas de transparencia y ética empresarial.
- Reparación de daños causados por los actos de corrupción.

- Normas sobre responsabilidad fiscal.
- Por último, las normas relevantes para este análisis, que son las normas que modifican el régimen de Protección o Defensa de la Competencia.

Uno de los aspectos más delicados de la ley que se comenta consiste en la posibilidad de que las nuevas sanciones prevista para los actos de corrupción puedan ser aplicados a las prácticas restrictivas de la competencia, las cuales en algunos casos pueden ser caracterizadas a la vez como actos de corrupción, como por ejemplo en los casos de colusión en las licitaciones u ofertas públicas relacionados con la contratación estatal. En casos como estos, una persona jurídica o sucursal de una sociedad extranjera, podría llegar a ser investigada y sancionada de manera simultánea o sucesiva por la realización de actos de corrupción y por prácticas restrictivas de la competencia, sin contar con los posibles procesos penales, de indemnización de perjuicios y de responsabilidad fiscal.

De conformidad con lo anterior, una persona jurídica o sucursal de una sociedad extranjera, podría resultar investigada y sancionada por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, a la vez que se le aplican las sanciones contenidas en la ley que se comenta, para los casos de corrupción, tal y como lo dispone el artículo 4 de la Ley 2195 de 2022, según el cuales posible imponer por actos de corrupción: **(i)** Multas hasta por 200.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **(ii)** Inhabilidad para contratar en los términos del literal j) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993; **(iii)** Publicación de la decisión de sanción; **(iv)** Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidio del Gobierno, en un plazo de diez (10) años; **(v)** Remoción de los administradores u otros funcionarios que hayan sido condenados penalmente; y **(vi)** inscripción de la sentencia en el registro público. La caducidad de la facultad sancionatoria por estas infracciones es de diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que asigne responsabilidad penal a los administradores de las personas jurídicas o sucursales de sociedades extranjeras, o se les haya otorgado un principio de oportunidad. Es por lo tanto indispensable que las empresas comprendan la gravedad de las sanciones que les pueden sobrevenir por la participación, así sea tangencial en conductas de colusión en las licitaciones u ofertas públicas relacionadas con la contratación estatal.

Dicho lo anterior, nos concentraremos en el análisis de las normas de competencia introducidas por la Ley 2195 de 2022 en nuestro ordenamiento jurídico. Es necesario considerar que los países en los cuales prevalece el sistema de aplicación pública del Derecho de la Competencia (*“public enforcement”*), como es el caso de Colombia, tienen el reto de lograr la indemnización de perjuicios de las víctimas de las prácticas restrictivas de la competencia, la cual no puede ser otorgada por la autoridad de competencia, que desarrolla un procedimiento administrativo de investigación y sanción, pero no tiene facultades para adjudicar perjuicios a las víctimas de las conductas anticompetitivas, ya que esta es una función de naturaleza judicial, que escapa a sus posibilidades.

En estos países, entre los cuales se encuentra Colombia, así como los demás países Latinoamericanos y Europa, los perjudicados por las conductas anticompetitivas deben iniciar acciones de naturaleza judicial, entre las cuales se encuentran las acciones de grupo, de responsabilidad civil contractual o extracontractual, de competencia desleal u otras que les brinde el ordenamiento jurídico. Este tema es tan importante que el 26 de noviembre de 2014, el Parlamento y el Consejo Europeos expidieron la Directiva 2014/104, “*relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la Competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*”.⁵

Esta directiva contiene incentivos para los perjudicados por las prácticas restrictivas de la competencia puedan acudir ante la jurisdicción y solicitar y obtener la indemnización de los daños que les han sido causados con dichas prácticas. Sin embargo, estos incentivos y la posibilidad real de que los perjudicados puedan adelantar de manera más efectiva las acciones judiciales en contra de las empresas investigadas, podría disuadir a los posibles solicitantes de participar en el Programa de Delación, ya que en ausencia de reglas sobre la reserva de la identidad del delator y de la información que aporte al expediente, así como de reglas de responsabilidad especiales que reconozcan su colaboración con la investigación, el delator quedaría expuesto en primera línea, con la posibilidad de ser la única empresa que responda por los perjuicios, sobre todo si los demandantes cuentan desde inicio de la investigación con la información y las pruebas para demandar al delator, pero no así a los demás investigados.

Por esta razón, la directiva europea contiene reglas sobre confidencialidad de la identidad del delator y de las pruebas que aporta al expediente, así como reglas que excluyen su responsabilidad solidaria con los demás investigados respecto de los daños ocasionados. Como lo explicaremos a continuación, este tipo de reglas que la Unión Europea viene aplicando desde el 2014, están orientadas en la misma dirección que las que ha establecido la Ley 2195 de 2022 en Colombia, con el fin de proteger la efectividad del Programa de Delación.

En este sentido, la Ley 2195 de 2022 introduce dos reformas al Derecho de la Competencia en Colombia: **(i)** La primera, que se relaciona de manera directa con el tema tratado en los párrafos anteriores, se refiere al Programa de Beneficios por Colaboración y consiste en la incorporación de nuevas reglas de confidencialidad y la modificación del régimen de responsabilidad de los colaboradores, por los daños y perjuicios causados por la conducta anticompetitiva. **(ii)** La segunda reforma consiste en una modificación completa del régimen de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) por la infracción de las normas de Protección de la Competencia.

A continuación, nos referiremos a cada uno de los temas de competencia abordados por la ley.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=RO>

3.1 Reformas introducidas al programa de Beneficios Por Colaboración.

Como ya lo mencionamos, la Ley 2195 de 2022 modifica el Programa de Delación consagrado en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Decreto 1074 de 2015 que es el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, modificado en punto del Programa de Delación por el Decreto 1523 de 2015 y recientemente modificado por el Decreto 253 de 2022, que sustituye en su integridad el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015 y contiene hoy día la reglamentación completa del Programa de Delación. Las novedades que trae la ley que se comenta, hacen referencia a las reglas de confidencialidad del expediente de delación, de la identidad del delator y del proceso de negociación de los beneficios por colaboración; y también a la responsabilidad del delator frente a las personas perjudicadas por las prácticas restrictivas de la competencia, como se explica en esta sección del documento.

3.1.1 Incorporación de reglas de confidencialidad.

La confidencialidad del delator y del expediente de delación es uno de los elementos fundamentales para el éxito de los programas de delación. La importancia de las reglas de confidencialidad en los programas de delación se origina en la teoría de juegos y el dilema del prisionero, los cuales nos enseñan que la confidencialidad, como principio, funciona como un incentivo indispensable para que un eventual beneficiario del programa se vea persuadido e incentivado a colaborar con la autoridad.

Albert Tucker describe el dilema del prisionero así: *“... se detiene a dos componentes de una banda criminal, que son encarcelados. Cada prisionero está aislado, sin poder hablar o intercambiar mensajes con el otro. La policía reconoce que carecen de pruebas suficientes para condenarlos por la acusación principal. Por tanto, piensan sentenciarlos a los dos a un año de prisión, bajo un cargo menor. Pero a la vez, el jefe de policía ofrece a cada prisionero un pacto digno de Fausto. Si testifica contra su compañero, será libre, mientras que el otro será condenado a tres años de prisión, acusado por el cargo principal. Pero hay una trampa... si los dos prisioneros testifican el uno contra el otro se condenará a ambos a dos años en prisión.”*⁶ Esta relación puede expresarse en la siguiente matriz de teoría de juegos⁷:

Opciones	B rechaza la propuesta	B aporta las pruebas
A rechaza la propuesta	1 año, 1 año	3 años, 0 años
A aporta las pruebas	0 años, 3 años	2 años, 2 años

El éxito de la estrategia del Estado se encuentra en que *“... en ningún caso podrá cada uno conocer la decisión del otro”*. En este orden de ideas, uno de los pilares del programa de Beneficios por Colaboración es la confidencialidad, pues la misma no solo funciona como un incentivo para el

⁶ William Poundstone, *El dilema del prisionero* (Matemáticas Alianza Editorial, 1995) Pág. 168

⁷ William Poundstone, *El dilema del prisionero* (Matemáticas Alianza Editorial, 1995) Pág. 168

delator, sino que, permite que el anonimato e incertidumbre de la cooperación en el marco de una investigación acompañada de la promesa de exoneración de la sanción, se configure como un incentivo potente para que se concrete la delación.

La importancia de tener programas de delación efectivos ha sido subrayada por la OCDE, entidad que ha establecido que la delación es la herramienta más idónea para la lucha contra los carteles y otras conductas anticompetitivas, puesto que *"Como los acuerdos colusorios generalmente se establecen en secreto, son difíciles de detectar y procesar. Según Connor (2010): "los estudios de cárteles generalmente concluyen que solo entre el 10% y el 30% de todas las conspiraciones son descubiertas y castigadas".*⁸

De conformidad con lo anterior, es importante que los programas de delación protejan la confidencialidad de la identidad de los delatores y de la información que aportan a la investigación, ya que de lo contrario se genera un incentivo negativo para delatar, por los riesgos que tienen los potenciales colaboradores. Respecto de estos riesgos la OCDE ha manifestado lo siguiente:

*"Las agencias con programas de clemencia prometen fuertes protecciones contra la divulgación no autorizada. La confidencialidad es importante para los solicitantes de clemencia, porque los informantes pueden correr un grave riesgo de represalias, así como responsabilidad en otras jurisdicciones. Un riesgo demasiado grande de que la información se transmita a otras jurisdicciones podría disminuir los incentivos de las empresas para presentarse. Por otro lado, gracias a la creciente cooperación, una empresa que intenta decirle a una agencia algo que aún no sabía podría sentirse decepcionada al descubrir que la agencia ya se había enterado de ello de otra fuente. Las agencias pueden dejar en claro que actuarán de forma independiente, lo que debería tener el efecto de hacer que las empresas confiesen temprano y con frecuencia. Las empresas ya se están presentando simultáneamente en todas las principales jurisdicciones con programas de clemencia."*⁹.

En consecuencia, es de suma importancia analizar en detalle las implicaciones que estas reglas de confidencialidad implican para la aplicación del Programa de Beneficios por Colaboración. Al respecto, la ley 2195 de 2022 incorporo tres nuevas reglas de confidencialidad: **(i)** Una regla de confidencialidad relacionada con la identidad de los delatores; **(ii)** Una regla de confidencialidad para las pruebas que los delatores entreguen a la autoridad de competencia en cumplimiento del acuerdo de colaboración; y **(iii)** Una regla de confidencialidad para el proceso de negociación de beneficios por colaboración. Si bien estas reglas son importantes y positivas para el Programa de Delación, el Gobierno, en la reciente reforma del régimen, que será objeto de otro documento del

⁸ OECD. "OECD Competition Trends". <https://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

⁹ OECD. "Using Leniency to Fight Hard Core Cartels" (2001) <https://www.oecd.org/corporate/ca/1890449.pdf>

CEDEC, introdujo en el Decreto 253 del 23 de febrero de 2022, otras reglas que afectan de manera negativa el Programa de Delación.

3.1.2 Confidencialidad de la identidad del solicitante del Programa de Delación, del proceso de negociación de los beneficios y del delator.

La confidencialidad de la identidad del solicitante al Programa de Delación no se encontraba expresamente garantizada en la Ley 1340 de 2009 ni en el Decreto 1523 de 2015, pero si era posible solicitarla por otros medios si se cumplían ciertos requisitos. En efecto, el artículo 1 del Decreto 1523 de 2015, que modificaba el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, sustituía el artículo 2.2.2.29.4.3. de dicho decreto¹⁰ y establecía que la reserva en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración, se regía por lo dispuesto en el Parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009.

A su turno, el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 (que continúa vigente) se refiere a las reglas generales de reserva de documentos en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y en su parágrafo segundo se refiere a la posibilidad que tiene un denunciante de solicitar que la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia se mantenga en reserva, con el fin de evitar los riesgos de represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.¹¹

En consecuencia, de conformidad con lo que disponía el artículo 1 del Decreto 1523 de 2015, que modificaba el Artículo 2.2.2.29.4.3. del Decreto 1074 de 2015, quien solicitaba el acceso al Programa de Delación, que es un denunciante (de sí mismo y de los demás integrantes del cartel), podía solicitar que su identidad se mantuviera en reserva por las razones establecidas en el artículo 15 de la ley 1340 de 2009, lo cual ha sido solicitado en la práctica en varios casos, pues los delatores no quieren que su condición sea revelada a sus competidores, a los demás investigados

¹⁰ **Decreto 1523 de 2015. Artículo 2.2.2.29.4.3. Reserva.** “La reserva en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración se registrará por lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009.”

¹¹ **Ley 1340 de 2009. Artículo 15. Reserva de Documentos.** “Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otra respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos.

Parágrafo.1 La revelación en todo o en parte del contenido de los expedientes reservados constituirá falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

Parágrafo. 2 La Superintendencia de Industria y Comercio podrá por solicitud del denunciante guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en criterio de la Autoridad Única de Competencia existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.”

y al mercado en general, al menos al inicio de la investigación. Adicionalmente, la Guía del Programa de Beneficios por Colaboración expedida por la SIC, se refiere en su numeral diecisiete (17) a la reserva de la identidad del solicitante. Esta confidencialidad se refiere al solicitante, al delator (una vez ha sido aceptado en el programa) y como se explicará más adelante, a las negociaciones mismas que llevan a la firma del acuerdo de delación, en el cual se otorgan de manera preliminar los beneficios.

Precisamente en relación con el tema de la confidencialidad de la identidad del denunciante y posteriormente delator (que es el beneficiario del Programa), la Ley 2195 de 2022 introduce una modificación importante en el Parágrafo 1 de su Artículo 66, en el cual ordena que la identidad del delator se mantenga en reserva por la SIC, hasta que quede en firme la resolución por medio de la cual se le ponga fin a la investigación. En su parte pertinente el Artículo 66 de la ley 2195 de 2022 dispone lo siguiente:

“LEY 2195 DE 2022.

Artículo 66. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad.

(...)

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.

Esta regla de confidencialidad relacionada con la identidad del colaborador es diferente a la que se aplicaba en el régimen anterior, en el cual la reserva de la identidad del delator dependía de la presentación de una solicitud ante la SIC, la cual debía cumplir con los requisitos allí exigidos para ser concedida; mientras que el Artículo 66 de la ley 2195 de 2022, que es la norma vigente hoy en día, de manera expresa ordena que se mantenga en reserva la identidad del beneficiario hasta que se encuentre en firme el acto administrativo definitivo que ponga fin a la investigación, razón por la cual no hay que presentar una solicitud ni cumplir con requisito alguno que deba ser considerado por la SIC, porque es la propia ley la que le concede este beneficio al delator. En concordancia con la reforma introducida en la ley, el 23 de febrero de 2022, el Gobierno expidió el Decreto 253, por medio del cual sustituyó en su integridad el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015. De conformidad con el mencionado decreto, el artículo 2.2.2.29.4.3. dispone lo siguiente:

“Artículo 2.2.2.29.4.3. Expediente separado por cada solicitud de beneficios. Cada solicitud de beneficios por colaboración se tramitará en expedientes separados del que corresponde a la investigación.”

Vale la pena destacar, que no se encuentra expresamente consagrada en la Ley 1340 de 2009 ni en el Decreto 253 de 2022 una definición del Beneficiario, sin embargo, el Decreto 253 de 2022 si define las nociones de los “*solicitante*” al programa y la de “*delator*”, denominaciones que se utilizan dependiendo de la etapa en la cual se encuentre una persona dentro del marco del Programa de Beneficios por Colaboración. Así las cosas, el solicitante es quien ha presentado la solicitud y el delator es quien ya ha suscrito el Convenio:

Decreto 253 de 2022.

“4. Solicitante. La persona que presente una solicitud de beneficios por colaboración que cumpla con los requisitos previstos en el artículo 2.2.2.29.2.3. del presente Decreto.

“5. Delator. La persona que ha suscrito un Convenio de Beneficios por Colaboración con el Funcionario Competente.”

Con base en estas definiciones normativas y en la definición que la RAE nos da de “*Beneficiario*”, que es como se denomina a “... *una persona que resulta favorecido por algo*”¹², se puede interpretar que el “*Beneficiario*” del Programa de Beneficios por Colaboración, es quien resulta favorecido por los beneficios o prerrogativas que otorga dicho programa, beneficio que en este caso específico es la reserva de su identidad, hasta que se encuentre en firme la decisión que ponga fin a la investigación. Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 66 de la Ley 2195 de 2022, se añade al artículo 14 de la Ley 1340 del 2009 un Parágrafo 2 que aclara por completo que el proceso de negociación de los beneficios por colaboración es completamente reservado, sin que para ello tenga el solicitante que hacer petición alguna a la autoridad. La mencionada norma dispone textualmente lo siguiente:

Ley 2195 de 2022.

“Artículo 66. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad.

(...)

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

(...)

De manera concordante, el artículo 2.2.2.29.4.4 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, establece que “*La reserva en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración se regirá por lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, y demás normas que la norma que la modifiquen, adicionen o sustituyan.*”

¹² <https://www.rae.es/drae2001/beneficiario>

En conclusión, en el régimen anterior de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1523 de 2015, la reserva de la identidad del solicitante y posteriormente delator, así como de la negociación de dicho estatus, dependía de que se realizara una solicitud en ese sentido a la SIC y de que a criterio de la autoridad se cumplieran los requisitos establecidos para el efecto, que como ya vimos se referían a la demostración de la existencia de *“riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.”* En cambio, en el régimen actual, el artículo 66 de la Ley 2195 de 2022 y el Decreto 253 de 2022 otorga la reserva de la identidad del solicitante, delator y beneficiario, así como de la negociación misma del acuerdo de delación y su ejecución, hasta que quede en firme la decisión que ponga fin a la investigación, sin necesidad de solicitud ni de la demostración del cumplimiento de requisito alguno.

3.1.3 Confidencialidad de las pruebas aportadas por el beneficiario.

Al igual que en el caso de la confidencialidad de la identidad de los solicitantes al Programa de Delación, la confidencialidad de las pruebas aportadas por el beneficiario no se encontraba expresamente garantizada en la Ley 1340 de 2009 ni en el Decreto 1523 de 2015. En efecto, el artículo 2.2.2.29.4.4. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1523 de 2015¹³ establecía que las solicitudes de beneficios por colaboración debían tramitarse en un expediente separado al de la investigación que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio. Como consecuencia de esto, los demás investigados no tenían acceso a la información que aportaba el delator y que se encontraba en el expediente de la solicitud de beneficios por colaboración. Esta confidencialidad indirecta que surge por la manera como la solicitud y la investigación se tramitan en expedientes separados, protegía la totalidad de los documentos aportados al expediente de la solicitud, pero se encontraba limitada puesto que los investigados si tenían acceso a aquellos documentos que la SIC trasladara al expediente de investigación.

Sin embargo, era posible solicitar la reserva de los documentos incorporados al expediente de la investigación. En efecto, el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 consagra expresamente la posibilidad de que los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia puedan pedir la reserva de documentos que contengan secretos empresariales o que por disposición legal tengan carácter confidencial, para lo cual tienen que aportar una versión no confidencial del documento respecto del cual solicitan la reserva, el cual debe ser guardado en expediente reservado. Nuevamente, la decisión respecto de la confidencialidad o no del documento, depende de la voluntad de la SIC.

Sin perjuicio de las dos alternativas mediante las cuales se podía proteger con reserva los documentos que aportaban los delatores en el marco de un Programa de Beneficios por Colaboración, el párrafo primero del artículo 66 de la Ley 2195 de 2022 incorporó de manera expresa la reserva de las pruebas que los beneficiarios aporten a la Superintendencia de Industria y Comercio y que sean trasladados al expediente de la investigación.

¹³ Decreto 1523 de 2015. **Artículo. 2.2.2.29.4.4. Expediente separado por cada solicitud de beneficios.** Cada solicitud de beneficios por colaboración se tramitará en expediente separado del que corresponda a la investigación.

Ley 2195 de 2022.

“**Artículo 66.** Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad.

(...)

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.”

(...)

De manera concordante, el artículo 2.2.2.29.4.4 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, establece que *“La reserva en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración se regirá por lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, y demás normas que la norma que la modifiquen, adicionen o sustituyan.”*

Como se puede observar, el régimen de la Ley 2195 de 2022 y el Decreto 253 de 2022, protege directamente la confidencialidad de las pruebas aportadas por los beneficiarios del Programa de Delación que sean trasladadas al expediente de la investigación, las cuales deberán ser entonces guardadas en cuaderno reservado. La ley establece también, que para proteger el debido proceso y el derecho de defensa, los demás investigados pueden tener acceso a la totalidad del acervo probatorio, lo cual implica que pueden tener acceso a esas pruebas reservadas para ejercer su defensa dentro de la investigación, pero que igualmente tienen un deber de reserva frente a las mismas.

En este sentido, los terceros solamente podrán tener acceso a las pruebas aportadas de manera reservada por los beneficiarios del Programa de Delación, una vez haya culminado la investigación de prácticas restrictivas, lo cual genera una protección temporal para los delatores frente a posibles demandas de indemnización de perjuicios.

3.1.4 Responsabilidad del delator por los daños causados en virtud del acuerdo anticompetitivo.

Como lo dijimos arriba, el Derecho de la Competencia debe tratar de conciliar dos aspectos de su normativa que podrían entrar en choque: De una parte, la necesidad de brindar mecanismos idóneos para que los perjudicados por las prácticas restrictivas de la competencia puedan obtener la indemnización de los daños que les han sido causados; y de la otra la de mantener las condiciones

idóneas para que los interesados en aplicar al Programa de Delación, no queden en este respecto en una situación de inferioridad o de mayor riesgo que aquellos agentes económicos que decidieron no colaborar con la autoridad de competencia.¹⁴

En Colombia, las empresas que participan en un cartel deben responder de manera solidaria por los perjuicios causados por el mismo. Pero con base en la experiencia europea, el Parágrafo 3 del 66 de la Ley 2195 de 2022, cambia el régimen de responsabilidad solidaria por acuerdos anticompetitivos, por uno de responsabilidad proporcional a la participación en la causación de los daños a terceros. La mencionada norma establece lo siguiente:

Ley 2195 de 2022.

“**Artículo 66.** Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad.

(...)

Parágrafo 3. 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.

Esta norma busca conciliar los dos intereses mencionados: El primero, relacionado con la indemnización de los perjuicios causados a las víctimas de las conductas anticompetitivas; y el segundo, relacionado con la protección del Programa de Delación, como herramienta en la lucha contra los carteles empresariales.

3.2 Reformas introducidas al régimen de multas.

Para que un régimen de competencia sea efectivo en la lucha contra los carteles y las demás prácticas restrictivas de la libre competencia, es necesario que la autoridad de competencia pueda aplicar multas severas que generen un desincentivo para los posibles infractores. En este sentido, para que las multas sean disuasorias, deben tener dos (2) características: **(i)** Deben tener una cuantía que elimine las utilidades que produce la práctica anticompetitiva, es decir, que elimine la rentabilidad de la infracción de la ley; y **(ii)** La autoridad debe tener la capacidad de descubrir a los infractores para poderles imponer las multas que correspondan por la realización de las

¹⁴ Este es el principio al cual se le ha denominado la *Regla de Oro* de la delación. Es decir, que el ordenamiento jurídico debe garantizar que el delator, que colabora con la autoridad de competencia en el desmantelamiento del cartel, no puede estar en ningún momento en una situación peor que los agentes económicos que han decidido no colaborar con la investigación.

conductas anticompetitivas. Dicho lo anterior, las multas no pueden ser confiscatorias, porque en ese caso la aplicación del Derecho de la Competencia podría causar mayor un daño a la economía si las multas que impone la autoridad eliminan las fuentes de empleo, los ingresos del Estado y en general afectan gravemente el tejido empresarial.

La evolución de las multas que puede imponer la autoridad de competencia en Colombia se puede ver en el siguiente cuadro:

Norma	Agente Económico - Persona Natural o Jurídica (Anteriormente Persona Jurídica)	Facilitador- Persona Natural o Jurídica (Anteriormente Persona Natural)
Ley 155 de 1959	De conformidad con el artículo 14 de la Ley 155 de 1959 la multa a imponer sería la suma de hasta quinientos mil pesos (COP \$500.000,00).	La Ley 155 de 1959 no señalaba multa alguna a imponer para los facilitadores o personas naturales.
Decreto 2153 de 1992	De conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 la multa a imponer por la violación de las normas de competencia sería la suma de hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de dos mil millones de pesos (COP \$2.000.000.000,000).	De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 la multa a imponer a aquellas personas naturales que autoricen ejecuten o toleren conductas anticompetitivas es de hasta trescientos (300 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción. En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima sería de trescientos millones de pesos (COP \$300.000.000,00).
Ley 1340 de 2009	De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la multa a imponer por la violación de las normas de competencia para las Personas Jurídicas sería hasta la suma de cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMLMV), o si resulta ser mayor, hasta el ciento cincuenta por ciento (150%) de la utilidad	De conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 la multa a imponer a las Personas Naturales que colaboren faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias del régimen de competencia sería de hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 SMLMV).

	<p>obtenida con la práctica restrictiva.</p> <p>En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de pesos (COP \$100.000.000.000,00).</p> <p>Adicionalmente el artículo 25 para efectos de graduar la multa, consagraba los siguientes criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>“El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.</i> 2. <i>La dimensión del mercado afectado;</i> 3. <i>El beneficio obtenido por el infractor con la conducta;</i> 4. <i>El grado de participación del implicado;</i> 5. <i>La conducta procesal de los investigados;</i> 6. <i>La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.</i> 7. <i>El Patrimonio del infractor.”</i> <p>Por último, Ley 1340 establecía en el párrafo del artículo 25 las hipótesis de agravación y atenuación de la multa:</p> <p>(i) Hipótesis de circunstancias de agravación de la multa: <i>“La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber</i></p>	<p>En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería dos mil millones de pesos (COP \$2.000.000.000,00)</p> <p>Adicionalmente el artículo 26 efectos de graduar la multa, consagraba los siguientes criterios que debe tener en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>“La persistencia en la conducta infractora;</i> 2. <i>El impacto que la conducta tenga sobre el mercado;</i> 3. <i>La reiteración de la conducta prohibida;</i> 4. <i>La conducta procesal del investigado; y,</i> 5. <i>El grado de participación de la persona implicada.”</i> <p>Las multas no pueden ser pagadas ni aseguradas por la empresa a la cual está vinculada la persona natural, ni por sus vinculadas.</p>
--	--	---

	<p><i>actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta.”</i></p> <p>(ii) Hipótesis de circunstancia de atenuación de la multa: <i>“La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.”</i></p>	
<p>Ley 2195 de 2022</p>	<p>De conformidad con el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la SIC impondrá la sanción, a los Agentes de Mercado, ya sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, para lo cual debe utilizar el criterio que arroje un tope mayor, de entre los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>“Hasta el veinte por ciento (20%) de los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.”</i> 2. <i>“Hasta el veinte por ciento (20%) del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.”</i> 3. <i>“Hasta el equivalente a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV).”</i> <p>En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de</p>	<p>De conformidad con el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, la SIC impondrá la sanción a las personas naturales o jurídicas, que actúen como Facilitadores de las conductas anticompetitivas.</p> <p>El Facilitador es la 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.</p> <p>La SIC puede imponerle al Facilitador hasta el equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV).</p> <p>En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería dos mil millones de pesos (COP \$2.000.000.000,00)</p> <p>La Superintendencia de Industria y Comercio utilizará los siguientes criterios para efectos de graduar la multa:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado. 2. La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con

	<p>pesos (COP \$100.000.000.000,00).</p> <p>4. <i>“Hasta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato estatal, cuando la practica restrictiva afecta o pueda afectar procesos de contratación pública.”</i></p> <p>5. <i>“Hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de las utilidades percibidas por el infractor de la conducta anticompetitivas, siempre y cuando fuere posible cuantificarlas y dicho porcentaje fuere superior a los criterios 1 2 y 3 a los que nos referimos anteriormente.”</i></p> <p>Una vez la Superintendencia de industria y comercio determine el tope de la sanción, esta utilizará los siguientes criterios para efectos de graduar la multa: (i) La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo; (ii) La naturaleza del bien o servicio involucrado; (iii) El grado de participación del implicado; (iv) El tiempo de duración de la conducta; (v) La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.</p> <p>Por último, en caso de que existan circunstancias de agravación, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la multa se puede incrementar hasta el diez por ciento (10%) del importe de la multa a imponer, por cada una.</p> <p>Las circunstancias de agravación de la sanción son las siguientes: (i) haber actuado como líder, instigador o promotor de la conducta; (ii) Continuar con la</p>	<p>infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia;</p> <p>3. El patrimonio del facilitador.</p> <p>Por último, en caso de que existan circunstancias de agravación, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, la multa se puede incrementar hasta el diez por ciento (10%) del importe de la multa a imponer, por cada una.</p> <p>Las circunstancias de agravación que pueden conllevar al incremento en la sanción son las siguientes: (i) Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación; (ii) 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.; (iii) La conducta procesal del facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.</p> <p>Las multas del facilitador no pueden ser pagadas ni aseguradas por el agente económico, 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.</p>
--	---	---

	<p>conducta infractora una vez abierta la investigación; (iii) la reincidencia o antecedentes de infracciones o de incumplimiento de obligaciones con la SIC; (iii) La conducta procesal tendiente a obstruir o dilatar el trámite o a presentar solicitudes evidentemente improcedentes.</p>	
--	---	--

La tabla anterior, que relaciona la evolución de las multas que puede imponer la autoridad de competencia en Colombia, nos permite identificar las siguientes modificaciones que incorporaron los artículos 67 y 68 de la Ley 2195 de 2022 al régimen de multas previsto para los Agentes del Mercado y los Facilitadores, por la violación de las normas sobre protección de la competencia.

3.2.1 Modificaciones introducidas por el Artículo 67 a las multas que la SIC le puede imponer a los Agentes de Mercado

a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados

Anteriormente la Ley 1340 de 2009 consagraba un tope de multa de 100.000 salarios mínimos mensuales para las **Personas Jurídicas** que violaran las normas de competencia; y un tope de multa de 2.000 salarios mínimos para las **Personas Naturales** que colaboraran, facilitaran, autorizaran, ejecutaran o toleraran las conductas anticompetitivas. La Ley no consagraba expresamente la posibilidad de multar a las **Personas Naturales** como si fueran **Personas Jurídicas**, es decir, como si fueran los Agentes del Mercado que realizaron las conductas anticompetitivas; aunque en varios casos la SIC le impuso a **Personas Naturales** sanciones como si fueran **Agentes de Mercado**, porque desarrollaban las actividades económicas por medio de las cuales se infringieron las normas de competencia a nombre propio.¹⁵ Naturalmente estas decisiones fueron protestadas por los sancionados, quienes alegaron que por ser personas naturales su sanción tendría que ser la dispuesta por la ley para esta categoría de personas.

Este problema se soluciona con la expedición de la Ley 2195 de 2022, porque ya no cabe duda, que de conformidad con el primer inciso del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, la SIC puede imponer multas (muy altas) a los Agentes de Mercado, ya sean **Personas Naturales** o **Personas Jurídicas**, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia; y le puede imponer multas de hasta de 2.000 salarios mínimos mensuales a los Facilitadores, que pueden también ser **Personas Naturales** o **Personas Jurídicas**. Para el efecto, la Ley define al Facilitador, como “... la 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.”

¹⁵ Resoluciones No. 3550 de 2019 y No. 64400 de 2011, de la Superintendencia de Industria y Comercio.

b. Primera etapa de la imposición de la multa: Definición del criterio para establecer el tope máximo

En esta primera etapa, la SIC debe usar los criterios previstos en el artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, para determinar **el tope máximo** de la multa que puede imponer a un Agente del Mercado, por la comisión de una conducta contraria a la libre competencia.

En la sección 3.2 de este documento incluimos un cuadro con la evolución que han tenido los sistemas de imposición de multas por la infracción de las normas de competencia y el incremento de la cuantía de las mismas, iniciando con la Ley 155 de 1959, pasando por el Decreto 2153 de 1992, por la Ley 1340 de 2009 y el sistema actual contenido en la Ley 2195 de 2022, en la cual se establecen, en primer lugar, los criterios que debe tener en cuenta la SIC, para establecer el tope máximo de la multa a imponer, para lo cual debe escoger entre las siguientes opciones, la que arroje una cifra mayor:

- (i) Hasta el veinte por ciento (20%) de los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.
- (ii) Hasta el veinte por ciento (20%) del patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.
- (iii) Hasta el equivalente a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV). En 2022 el salario mínimo corresponde a la suma de un millón de pesos (COP \$1.000.000,00), por lo tanto, la multa máxima a imponer sería de cien mil millones de pesos (COP \$100.000.000.000,00).
- (iv) Hasta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato estatal, cuando la practica restrictiva afecta o pueda afectar procesos de contratación pública.
- (v) Hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad percibida por el infractor, con la realización de la práctica restrictiva.

En relación con el tamaño de la multa es importante comentar lo siguiente: De conformidad con lo previsto por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la SIC podía imponer hasta el máximo de la multa prevista (el equivalente a 100.000 SMLMV, que son unos COP \$100.000.000.000 o unos USD \$25.000.000) *“por cada violación y a cada infractor”*. Lo que esta norma implicaba, es que un mismo investigado podía estar acusado de dos o más conductas anticompetitivas, con lo cual el tope a que se ha hecho referencia podría en teoría ser impuesto por cada infracción a las normas de competencia. Por ejemplo en el caso de abuso de la posición dominante por obstrucción en contra

de Comcel¹⁶, la Superintendencia inició la investigación por tres conductas, de las cuales acabó sancionando a Comcel por dos y le aplicó una multa diferente por cada una de las conductas para un total de COP 86.000.000.000 aproximadamente.

La Ley 2195 de 2022 eliminó esta consagración expresa y en consecuencia parecería que la multa imponer en una investigación, cubre todas las conductas investigadas.

c. Segunda etapa: Graduación de la multa

Una vez la SIC ha definido el tope máximo de la sanción, de conformidad con la mecánica descrita en el numeral anterior, debe proceder a la graduación de la multa de conformidad con los criterios previstos en la ley para determinar el valor de la multa a imponer a un Agente del Mercado.

El régimen de la Ley 1340 de 2009 traía siete (7) criterios que se debían tener en cuenta al momento de graduar la multa. Dichos criterios eran los siguientes:

1. *“El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
2. *La dimensión del mercado afectado.*
3. *El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
4. *El grado de participación del implicado.*
5. *La conducta procesal de los investigados.*
6. *La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
7. *El Patrimonio del infractor.”*

La Ley 2195 de 2022 dejó solamente cinco criterios de graduación que son los siguientes:

1. *“La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo.*
2. *La naturaleza del bien o servicio involucrado.*
3. *El grado de participación del implicado.*
4. *El tiempo de duración de la conducta.*
5. *La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.*

Como se puede observar, el único criterio de graduación que fue mantenido de manera idéntica en la Ley 2195 de 2022 es el del *“grado de participación del implicado”*. A continuación se explican los cinco (5) criterios de graduación de la multa que existen en la actualidad:

¹⁶ Resolución No. 53403 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(i) **La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo:** La Ley 1340 de 2009 establecía como criterio para graduar la multa *“el impacto que la conducta tenga sobre el mercado”*. La Ley 2195 de 2022 cambió la palabra *“impacto”* por *“afectación”* e introdujo el adjetivo respecto de la *“idoneidad”* de la conducta para afectar el mercado. En relación con estos dos cambios se puede decir lo siguiente:

- En lo que respecta al cambio de *“impacto”* por *“afectación”*, se considera que si bien las mencionadas palabras no son sinónimos perfectos, lo que la autoridad de competencia entrará a evaluar es el efecto que la conducta anticompetitiva **haya producido o pueda producir** en el mercado.
- De otro lado, el hecho de que la conducta sea *“idónea para afectar el mercado”* implica que la graduación de la multa va a tener en cuenta que la conducta sea a juicio de la autoridad, apta para afectar el mercado, aunque no necesariamente tiene que haberlo afectado, lo cual resulta consistente con los criterios subjetivo y *ex ante* de la normativa de competencia en Colombia. Sin embargo, es necesario que la autoridad desarrolle y aplique criterios razonables respecto de la idoneidad de la práctica investigada para afectar el mercado.

(ii) **La naturaleza del bien o servicio involucrado:** Este criterio de graduación de la multa es nuevo y podría pensarse que tiene relación con el antiguo criterio previsto en la Ley 1340 del 2009 que se refería a *“la dimensión del mercado”*. Sin embargo, existen diferencias entre ambos conceptos, ya que el criterio antiguo (*“la dimensión del mercado”*), es meramente cuantitativo, mientras que el análisis de *“la naturaleza del bien o servicio involucrado”* le permite a la autoridad de competencia estudiar la importancia del producto (bien o servicio) para la satisfacción de las necesidades de la población, con el fin de determinar si debe imponerse una mayor o menor multa.

Este nuevo criterio es de suma importancia dado que los productos atienden diferentes necesidades, y en consecuencia pueden ser identificados por la autoridad de competencia como más o menos importantes y aún esenciales para la sociedad, para la salud o para la vida de las personas. En efecto, la SIC podría establecer, por ejemplo, que es más grave y requiere una graduación más estricta de la multa, el que se afecte a través de una práctica restrictiva un producto de primera necesidad o un medicamento esencial para la vida de las personas, a que se afecte por ejemplo un producto suntuario o de lujo.

(iii) **El grado de participación del implicado:** Este criterio de graduación fue el único que no sufrió modificación alguna respecto de lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, y consideramos acertado el haberlo mantenido, puesto que debe establecerse una multa diferente para quien organiza y es determinante en la realización de la práctica restrictiva, que para quien participa de manera tangencial o incidental en la misma. Un

ejemplo posible sería el de un cartel de colusión en licitaciones u ofertas públicas en el cual una empresa incurre en colusión de manera permanente con otras a lo largo de varios años; mientras que otra participó solamente una vez en la colusión. La sanción no puede graduarse de manera similar para ambas empresas. A un mayor grado de participación en la conducta anticompetitiva, debe corresponder una mayor sanción.

- (iv) **El tiempo de duración de la conducta:** Este criterio para graduar la multa es nuevo, ya que no se encontraba previsto en la legislación anterior. El racional de este criterio radica en que una conducta anticompetitiva realizada por un tiempo mayor, afecta de manera más grave la libre competencia y merece una mayor sanción.

Es importante aclarar que no por el hecho de que la conducta se realice por un tiempo mayor, la misma produce mayores perjuicios. Eso puede suceder o no suceder, pero no es indispensable que así sea para que la SIC aplique una mayor sanción. De hecho, la normativa de libre competencia es de carácter *ex ante*, en el sentido de que la SIC no requiere la demostración de que una persona individual ha sufrido un perjuicio en cabeza propia para iniciar una investigación ni tampoco para imponer una sanción.

En materia de prácticas restrictivas de la competencia, la SIC actúa como una autoridad de alta policía administrativa a la cual se le han otorgado por ley facultades de inspección, vigilancia y sanción, en protección del orden público económico en su categoría de libre competencia. Por eso la SIC no requiere tampoco de una denuncia para iniciar su actividad, sino que aún de oficio puede actuar en protección del principio constitucional de libre competencia económica consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, de conformidad con el cual *“la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

De otra parte debe considerarse que la SIC tiene facultades para imponer sanciones por la realización de conductas anticompetitivas realizadas dentro de los cinco (5) años anteriores a la decisión que ponga fin a la investigación. Al respecto el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que *“La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.”*

Esta norma no está en contradicción con el criterio de graduación que se analiza, ya que la norma sobre caducidad de la facultad sancionadora está establecida para defender la seguridad jurídica y que una empresa no se vea sometida a sanciones por conductas que se realizaron y terminaron hace más de cinco (5) años. Pero eso no quiere decir, que la SIC no deba valorar como más grave una conducta anticompetitiva que tuvo una duración de diez (10) o veinte (20) años, que una que apenas duró unos meses; porque evidentemente la primera le ocasiona más daño a la libre competencia que la segunda.

- (v) **La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor:** En el régimen de la Ley 1340 del 2009, este criterio consistía en evaluar *“La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.”* La modificación introducida en la Ley 2195 de 2022 mantiene como criterio de graduación la participación del infractor en el mercado afectado por la conducta anticompetitiva, pero excluye el que se tenga en consideración, como criterio de graduación de la multa, la parte de los activos del infractor involucrados en la infracción.

El racional de este cambio consiste en darle peso en la graduación de la multa al mercado afectado por la práctica restrictiva y a la participación del infractor en dicho mercado, en donde la multa debe ser mayor cuando dicha participación sea más grande, pero sin tener en cuenta que esa actividad sea importante o no lo sea respecto del total de actividades del infractor. Es decir, que una empresa muy grande que está dedicada a muchos temas y realiza una práctica restrictiva en un mercado que no representa una gran parte de su actividad total, aún así puede recibir una multa severa, porque su participación en ese mercado es muy grande.

Puede considerarse que este criterio sustituye en parte el que anteriormente existía, relacionado con *“El beneficio obtenido por el infractor con la conducta”*, ya que si la participación del infractor en el mercado afectado es grande, es más probable que su beneficio por la conducta anticompetitiva sea mayor.

d. Tercera etapa – Circunstancias de agravación de la multa:

Una vez establecido el valor de la sanción, la SIC aplica los criterios de agravación y atenuación de la multa y así obtiene el valor de la misma, el cual es informado al investigado en la resolución que pone fin a la actuación.

De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, *“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.”* Los criterios para graduar las multas se tendrán en cuenta *“siempre y cuando sean aplicables al caso”*.

El parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 consagraba las siguientes tres (3) circunstancias de para la agravación de la multa:

1. *La persistencia en la conducta infractora;*
2. *la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia;*

3. *el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta.*

En la actualidad, la Ley 2195 de 2022 incluye cuatro (4) criterios de agravación, algunos de los cuales no son razonables y resultan problemáticos como se explica a continuación:

1. *El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;*
2. *La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación.*
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.*
4. *La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.*

Algunos de los criterios de agravación contenidos en la nueva ley ya habían sido incluidos en la Ley 1340 de 2009, como el hecho de que el investigado sea el líder, instigador o promotor de la conducta; y la reincidencia o existencia de antecedentes de infracciones a las normas de protección de la competencia o de incumplimiento de ordenes o compromisos con la autoridad de competencia.

Pero existen dos criterios de agravación de la conducta que resultan, a nuestro juicio incompatibles con el ordenamiento jurídico colombiano, como se verá enseguida. A continuación el análisis de cada uno de los cuatro (4) criterios de agravación:

- (i) **Haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta:** Esta circunstancia de agravación que estaba ya presente en la Ley 1340 de 2009, es mantenida por la Ley 2195 de 2022 en los mismos términos. Al respecto debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 2.2.2.29.1.1. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, el Instigador o Promotor *“Es la persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra u otras a iniciar o hacer parte de una conducta anticompetitiva en la que participen dos (2) o más agentes del mercado de forma coordinada, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución de la conducta y resulte determinante en la conducta de los agentes involucrados.”*

Y aunque se encuentra dentro del contexto del Programa de Delación, consideramos que para aplicar este criterio de agravación, la SIC debe tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 2.2.2.29.2.1 del Decreto 1074 de

2015, modificado por el Decreto 253 de 2022, según el cual *“El que afirme que otro es Instigador o Promotor de la conducta anticompetitiva, deberá probarlo.”*

- (ii) **La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación:** Esta circunstancia es nueva, ya que que no se encontraba prevista en el ordenamiento jurídico anterior a la Ley 2195 de 2022. Este criterio constriñe la libertad económica de los investigados, los cuales podrían considerar que la conducta por la cual los investigan no es ilegal y podrían planear mantenerla mientras que no sea prohibida, ya que están amparados por una presunción de inocencia y buena fe. Sin embargo, la norma que se comenta desconoce y vulnera ambas presunciones constitucionales, porque se está asumiendo que el hecho de considerar que la conducta investigada es lícita, y el de pretender continuar con la operación normal de la empresa bajo ese supuesto, amerita un reproche y una sanción adicionales, lo cual parece contrario a los derechos constitucionales de los investigados.

Es legítimo para los agentes del mercado continuar con una conducta en cuya legalidad creen, hasta tanto se profiera un acto administrativo en firme, en virtud del cual se desvirtúe la presunción de legalidad e inocencia, debido a que la autoridad ha determinado por medio de un acto administrativo, después de seguir un procedimiento en el que el investigado ha podido defenderse, que la misma constituye una conducta anticompetitiva. Por esta razón en la SIC en sus resoluciones de apertura se refiere a la conducta *“presuntamente infractora”*.

Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política establece que *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”*. Así mismo el artículo 3(4) de la Ley 1437 de 2011 lo complementa al afirmar que *“4. en virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”*.

No se entiende entonces la razón por la cual los particulares deben sufrir un incremento de la sanción hasta en un 10% por no detener una conducta que no ha sido declarada anticompetitiva por la autoridad. Esta norma por lo tanto lo que comporta es una amenaza, una intimidación a las empresas para que no traten siquiera de defender su posición, aunque sea correcta, por el temor a ser sancionadas de manera más grave. Esta disposición es a nuestro juicio inconstitucional e inconveniente y debería ser eliminada del ordenamiento jurídico.

- (iii) **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.** La Ley 1340 de 2009 se refería a *“la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia.”* El artículo 67 (3.3.)

de la Ley 2195 de 2022 adiciona a esta hipótesis para la agravación de la multa, la “reincidencia” del infractor. Al respecto vale la pena preguntarse que se consideraría como reincidencia: si se debe tratar de la misma infracción, en el mismo mercado, en circunstancias similares; pero sobre todo, cuanto tiempo después de sancionada una infracción se debe seguir considerando que ese antecedente se debe traducir en una agravación del 10% de la multa a imponer. Estos temas requieren análisis y ponderación de parte de la autoridad.

En relación con el incumplimiento de los compromisos adquiridos o de las órdenes o instrucciones impartidas por la autoridad de competencia, observamos que dichas conductas generan una especie de doble sanción, ya que el inciso inicial del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022 establece que “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.**” Pero adicionalmente, “el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta” es también una circunstancia de agravación de la multa.

Al respecto consideramos que no es igual de grave incurrir en una conducta de cartelización o de abuso de la posición dominante, que incumplir una orden o instrucción impartida por la SIC, razón por la cual este último tipo de infracciones no deberían ser sancionadas con los mismos criterios, sino que debería establecerse un monto fijo en salarios mínimos por cada infracción; y por supuesto, no debería estar afectado por los criterios de agravación de la multa que se estudian en este acápite.

- (iv) **La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes:** En el régimen de la Ley 1340 de 2009, la conducta procesal del investigado era un criterio para graduar la multa, pero no para agravarla. La Ley 2195 de 2022 constriñe el derecho de defensa de los investigados y de los apoderados de los mismos, los cuales se pueden ver limitados de manera importante en el cumplimiento de sus deberes en cuanto a la defensa de los intereses de sus clientes, por el temor de que al presentar cualquier solicitud dentro de un proceso, que a juicio de la SIC sea “evidentemente improcedente”, a su cliente se le incrementará la sanción en un 10%, lo que podría tener un valor de millones de dólares, por presentar alguna petición que la SIC considere de manera discrecional y sin control alguno, “evidentemente improcedente”.

Un ejemplo de esta situación podría suceder en el caso de que el apoderado solicite, como se ha hecho en múltiples ocasiones (sin éxito) que le concedan una audiencia con el Consejo Asesor del Superintendente antes de que emita su concepto. Esta audiencia no está prevista en el artículo 52 del Decreto 2153, modificado por el Decreto 019 de 2012; pero estas normas, que son especiales para el procedimiento de competencia, remiten al CPACA en lo no previsto, el cual en su artículo 35 establece que *“Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones.”*

Solicitar una audiencia como la mencionada o realizar cualquier otro tipo de petición que se considere en interés del investigado, no puede dar lugar a un incremento del 10% de la sanción, así la autoridad considere que la petición debe ser negada. Esta disposición resulta también, a nuestro juicio, inconstitucional e inconveniente y debería ser eliminada del ordenamiento jurídico.

Por último, respecto de los criterios de agravación de la multa el parágrafo segundo del artículo 67 de la ley 195 de 2022, como ya se advirtió, incorpora un tope máximo para la autoridad de competencia. En este entendido entonces la autoridad por cada circunstancia agravante en la que incurra el infractor podrá agravar la multa hasta en un diez por ciento (10%), sin exceder en ningún caso los límites previstos en la Ley, a los cuales hace referencia el numeral 3.2.1 (b) de este documento.

e. Respeto de los criterios de atenuación de la multa

La ley 1340 de 2009 establecía que *“La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.”* La nueva ley cambia el criterio de colaboración con las autoridades, por el de *“aceptar los cargos formulados en aquellos casos en los cuales el investigado no ha sido reconocido como delator”*.

Esta modificación también parece inconveniente, porque no le permite a un investigado que colabora con la autoridad, aunque no se allana a los cargos, obtener ningún tipo de beneficio.

3.2.2 Modificaciones introducidas por el Artículo 68 a las multas que la SIC le puede imponer a los Facilitadores.

a. Identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados

Como se vio en el análisis del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, se hace claridad respecto de la diferencia entre el **Agente del Mercado**, que es la persona natural o jurídica que incurre en la conducta anticompetitiva; y el **Facilitador**, que es la persona natural o jurídica que colabora, autoriza, promueve, impulsa, ejecuta o tolera la realización de la práctica restrictiva. En ambos

casos se puede tratar de una persona natural o jurídica. Respecto de los facilitadores, la nueva ley elimina el verbo rector de “*facilitar*”, seguramente porque ya está incluido en el nombre mismo del sujeto “*Facilitador*”. La norma añade los verbos rectores de “*promover*” y de “*impulsar*”, que no estaban en la Ley 1340 de 2009.

Lo primero que se debe decir respecto de la identidad de los sujetos que pueden resultar sancionados es que anteriormente el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establecía como los sujetos objeto de estas multas, a las personas que colaboraran, facilitaran, autorizaran, ejecutaran o toleraran la violación de las normas sobre protección de la competencia. Actualmente el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 definió como “*Facilitadores*” a las personas naturales o jurídicas que colaboren, autoricen, promuevan, impulsen, ejecuten o toleren la violación de las normas sobre protección de la competencia.

De lo anterior se desprende que tanto el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 como el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 incluyen como sujetos de estas multas (*Facilitadores*) a las personas que **(i)** colaboren, **(ii)** autoricen, **(iii)** ejecuten o **(iv)** toleren la violación de las normas sobre protección de la competencia. Así mismo el artículo 2.2.2.29.1.2. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015 y más recientemente por el Decreto 523 de 2022, incluye también estos verbos para definir a quienes son considerados como Facilitadores.

La diferencia entre el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 y el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 consiste en que el primero incluyó dos nuevos verbos rectores para las infracciones de los facilitadores, que son los que tienen que ver con “*promover*” o “*impulsar*” la realización de conductas violatorias de las normas sobre protección o defensa de la competencia. Al respecto debe tenerse en cuenta que la normativa de competencia ya ha definido al “*Promotor*” de una conducta anticompetitiva, en el artículo 2.2.2.29.4.2. del Decreto 1074 de 2015, modificado por el artículo 1523 de 2015 y más recientemente por el Decreto 523 de 2022. Este artículo define al “*Promotor*” como aquella “... *persona que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra y otras a iniciar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución del acuerdo y resulte determinante en la conducta de las empresas involucradas*”. Adicionalmente, el numeral 3.1. del artículo 67 de la Ley 2195 de 2022 establece como un criterio de agravación de la sanción para el Agente de Mercado, el que éste sea “... *en cualquier forma promotor de la conducta*”. Como consecuencia de estas disposiciones es importante que la SIC aclare si está investigando a una persona como Agente de Mercado o como Facilitador y en que contexto lo está acusando de “*promover*” la realización de la conducta anticompetitiva.

b. Primera etapa de la imposición de la multa – definición del criterio para establecer el tope máximo.

El artículo 68 de la Ley 2195 de 2022, mantiene el tope máximo para la multa prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV) para los Facilitadores. Debe recordarse que el artículo 68 de la nueva ley también mantiene la prohibición para que el Agente de mercado pague o asegure de cualquier manera la

multa impuesta al Facilitador, el cual deberá pagarla de su propio patrimonio. Ya existen algunos casos en los cuales la SIC ha adelantado investigaciones y ha impuesto sanciones a las empresas por incumplir esta norma¹⁷.

c. Segunda etapa - Graduación de la multa:

En esta segunda etapa, la autoridad de competencia usará los criterios previstos en la ley para determinar el valor de la multa a imponer a un Facilitador que colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia, hasta el tope máximo definido en la Ley.

En relación con este aspecto, el artículo 68 de la ley 2195 de 2022 cambia los criterios para la graduación de la multa. Antes el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 establecía cinco (5) criterios para graduar la multa a imponer a los facilitadores. Actualmente, el artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 trae solamente tres (3), que guardan similitudes y diferencias con los anteriores. Los cinco (5) criterios de graduación de la multa de los facilitadores que incluía el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 eran los siguientes:

1. *“La persistencia en la conducta infractora.*
2. *El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
3. *La reiteración de la conducta prohibida.*
4. *La conducta procesal del investigado, y*
5. *El grado de participación de la persona implicada.”*

La Ley 2195 de 2022 dejó solamente tres criterios de graduación que son los siguientes:

1. *“El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.*
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;*
3. *El patrimonio del facilitador.”*

A continuación se explica cada uno de los criterios de graduación de la multa.

(i) El grado de involucramiento del Facilitador en la conducta del Agente de Mercado. El numeral 1.1. del artículo 68 de la Ley 2195 de 2022 cambió el criterio del *“grado de participación de la persona implicada”* previsto en el numeral 5 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 por el del *“grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del*

¹⁷ Resolución No. 7625 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

mercado.” Consideramos que esta modificación no cambia la orientación del criterio de graduación.

- (ii) 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.** El numeral 1.2. del artículo 68 de la ley 2195 de 2022 cambio el criterio de *“La reiteración de la conducta prohibida”* previsto en el numeral 3 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009, por el de *“La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos o de las órdenes impartidas por la autoridad de competencia.”* En este sentido, al igual que en el caso de la graduación de las multas de los Agentes de Mercado, explicada en el numeral 3.2.1.(b) de este documento, es importante que la SIC establezca lo que se debe entender por *reincidencia* en una conducta y lo distinga de lo que se entiende por *existencia de antecedentes*, así como el período de tiempo durante el cual esa reincidencia o antecedente tendrá un peso en la graduación de la multa.
- (iii) El patrimonio del facilitador.** El numeral 1.3. de la ley 2195 de 2022 añade como criterio de graduación, *“el patrimonio del facilitador”*, que antes no estaba incluido en la Ley 1340 de 2009. Es importante incluir este criterio para que las multas no sean confiscatorias.

El artículo 68 de la ley 2195 de 2022 eliminó los siguientes criterios para la graduación de la multa:

- (i)** El numeral 1 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *“la persistencia en la conducta infractora”*;
(ii) El numeral 2 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *“el impacto que la conducta tenga sobre el mercado”*; y **(iii)** El numeral 4 del artículo 26 de la ley 1340 de 2009 *“la conducta procesal del investigado”*.

d. Tercera etapa – Criterios de agravación y atenuación de la multa:

La nueva ley incluye unos criterios de agravación de la sanción para el Facilitador, que no estaban contemplados en la Ley 1340 del 2009. Al igual que en el caso de los Agentes de Mercado, cada una de las circunstancias de agravación, puede incrementar el valor de la sanción hasta en un diez por ciento (10%).

Estos criterios para agravar la multa son: **(i)** *“Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación”*; **(ii)** *“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”*, y **(iii)** *“La conducta procesal del facilitador tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.”*

Toda vez que estos criterios son los mismos que aquellos previstos en el artículo 67 de la ley 2195 de 2022, con la excepción del 3.1., reiteramos los comentarios presentados frente a los criterios de agravación de los Agentes de Mercado, en especial en lo que tiene que ver con el 2.1 referente a

continuar facilitando la conducta después de la apertura de la investigación; y el 2.3 referente a la conducta procesal del investigado tendiente a dilatar u obstruir la investigación, o a presentar solicitudes evidentemente improcedentes.

e. Prohibición del pago de la multa del facilitador por el Agente de Mercado

El parágrafo 2 del artículo 68 de la nueva ley, reitera la prohibición que ya existía en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. El artículo 26 de la ley 1340 de 2009 prohibía que las multas impuestas a los facilitadores fueran cubiertas o aseguradas o en general garantizadas directamente o por antepuesta persona, por la persona jurídica (el Agente de Mercado), ni por su matriz o empresas subordinadas de esta, ni por las empresas que pertenecen al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella, a la cual estaba vinculada el facilitador cuando incurrió en la conducta por la cual se le está imponiendo la multa.

El parágrafo 2 del artículo 98 de la Ley 2195 de 2022 mantiene esta prohibición, pero cambia la expresión *“por la persona jurídica a la cual estaba vinculada”* por la de *“el agente del mercado al cual estaba vinculado el facilitador”*. De conformidad con esta prohibición entonces, el Agente de Mercado no puede pagar, asegurar o garantizar de manera alguna el pago de la multa impuesta al Facilitador.

Por último, la Ley 2195 de 2022 incorpora al catálogo de prácticas restrictivas de la competencia la violación a esta prohibición, la cual es en sí misma constituye a partir de su vigencia una práctica restrictiva de la libre competencia. Como ya lo habíamos comentado, la SIC ya había impuesto multas por esta razón con anterioridad.

4. CONCLUSIONES DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 2195 DE 2022 A LAS MULTAS QUE LA SIC LE PUEDE IMPONER.

Como se puede observar, la capacidad de la SIC para imponer sanciones por prácticas Restrictivas de la Competencia, ha venido creciendo de manera exponencial desde 1959 hasta nuestros días. Como ya lo advertimos, consideramos que el incremento de las multas no es cuestionable en sí mismo, puesto que las sanciones deben ser lo suficientemente altas para disuadir a los potenciales infractores de realizar conductas anticompetitivas y para eliminar cualquier rentabilidad y utilidad que los infractores puedan obtener por la realización de prácticas anticompetitivas, esto sin convertir la multa en un mecanismo de expropiación de las empresas.

Dicho lo anterior, un sistema de sanciones como el establecido por la Ley 2195 de 2022, le otorga a la SIC una capacidad de sanción que puede ser varias veces superior a la actual, sin que se hayan adoptado aún medidas para garantizar de una manera más efectiva el derecho de defensa y el debido proceso en las investigaciones que adelanta la SIC, por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia. Al respecto, el día 7 de agosto de 2018 el CEDEC difundió a través de sus redes digitales el documento titulado *“REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA*

COMPETENCIA EN COLOMBIA. RECOMENDACIONES PARA EL CUATRENIO 2018 – 2022”, el cual puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf>

En el documento mencionado recomendamos, entre otras cosas, que la autoridad de competencia sea colegiada, independiente del Gobierno, especializada, y que debe existir independencia entre quien inicia y adelanta las investigaciones (el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia); y quien toma las decisiones (el Superintendente de Industria y Comercio). La verdad es que las medidas adoptadas hasta ahora en relación con la independencia de la autoridad (Decreto 1877 de 2015) y en relación con la independencia entre quien investiga y quien sanciona (Decreto 092 de 2022), son medidas puramente cosméticas, que no solucionan el déficit institucional que padece desde hace décadas el Derecho de la Competencia en Colombia, el cual ha sido señalado por el CEDEC en múltiples oportunidades y también por la OCDE.

En efecto, la necesidad de la independencia de la autoridad de competencia respecto del Gobierno, como lo hemos dicho repetidamente, se justifica porque la política pública de libre competencia es una política estatal, pero no debe ser una política gubernamental y por esta razón la autoridad no debe estar supeditada al Ejecutivo, como sucede en Colombia, donde el Superintendente de Industria y Comercio es un funcionario de tercer nivel de la rama ejecutiva del poder público, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, por lo cual institucionalmente no es independiente. Este problema fue señalado a Colombia por la OCDE y para acceder a dicha organización se expidió el mencionado Decreto 1877 de 2015, declarado parcialmente inconstitucional por el Consejo de Estado, en la medida en que pretendía señalarle un período a los Superintendentes de Industria y Comercio, Sociedades y Financiero. En este sentido, la falta de independencia persiste.

En cuanto a la necesidad de que la autoridad que investiga no sea la misma que sanciona, el presente Gobierno expidió el Decreto 092 de 2022, por medio del cual se modifica el Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se establece la estructura administrativa de la SIC y las funciones de sus dependencias, de conformidad con el cual la investigación por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia es iniciada y adelantada por el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia, que es un funcionario de libre nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio. En este sentido, corresponde al Delegado adelantar las averiguaciones preliminares, expedir la resolución de apertura de la investigación en la cual se imputan cargos, decretar y también negar las pruebas solicitadas por los investigados, practicarlas y también valorarlas en el informe motivado en el cual formula recomendaciones al Superintendente sobre el resultado de la decisión; y además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.7 del Decreto 4886 de 2011, el mencionado funcionario estaba encargado (hasta la expedición del Decreto 092 de 2022) de preparar el borrador de la resolución por medio de la cual se pone fin a la investigación.

Esta clarísima dependencia de quien investiga respecto de quien sanciona, fue cuestionada en su momento por la OCDE y el Estado Colombiano manifestó que se había implementado una estricta

“Muralla China” entre el Delegado de Protección de la Competencia y el Superintendente y que no se aplicaba la norma mencionada del artículo 9.7 del Decreto 4886 de 2011, que le otorgaba al Delegado la función de preparar el borrador de la decisión final que debería expedir el Superintendente de Industria y Comercio. Esta función fue ahora eliminada por el Decreto 092 de 2022, pero repetimos que se trata de una medida meramente cosmética, que no le brinda a los investigados una verdadera independencia entre quien investiga y quien juzga las presuntas infracciones al régimen de competencia. En relación con este tema, el día 3 de agosto de 2018, el CEDEC realizó un panel con la participación de la FTC (Kisztian Katona), titulado “Colombia in the OCDE: road to accession and new challenges”.

El análisis detallado de las recomendaciones que se deben introducir al Derecho de la Competencia en Colombia, como ya lo mencionamos, se puede consultar en el documento titulado “REFORMAS NECESARIAS AL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA. RECOMENDACIONES PARA EL CUATRENIO 2018 - 2022”, el cual puede ser consultado en el enlace <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf>

En nuestra opinión, un incremento en la capacidad sancionatoria de la autoridad de competencia, como el que introdujo la Ley 2195 de 2022, no es conveniente en vista de la estructura institucional que tiene Colombia actualmente, en especial como ya se comentó por la ausencia de independencia entre el Gobierno y la Autoridad de Competencia y la ausencia de independencia entre quien investiga (Superintendente Delegado de Protección de la Competencia) y quien sanciona (Superintendente de Industria y Comercio). Esto hace aún más urgente el que se adopten las reformas propuestas en el documento del CEDEC al que se ha hecho referencia. En el entretanto, es importante que la nueva capacidad de sanción de la autoridad sea utilizada con mesura por la autoridad de competencia. Para el efecto, es imprescindible que la SIC expida una guía de sanciones que explique y anticipe la forma en que será utilizadas de manera razonable, la enorme capacidad sancionadora que le ha otorgado la ley.

5. NORMAS MODIFICADAS Y COMENTARIOS

A continuación, presentamos un cuadro que muestra las adiciones y modificaciones introducidas por la Ley 2195 de 2022 a la Ley 1340 de 2009, en la siguiente forma:

- En la primera columna del cuadro transcribimos los artículos pertinentes de la Ley 2195 de 2022 y resaltamos en verde ■ el texto que es nuevo, frente a la Ley 1340 de 2009.
- En la segunda columna transcribimos los artículos pertinentes de la Ley 1340 de 2009 y mostramos tachadas (~~æiəu~~) las partes que fueron eliminadas por la Ley 2195 de 2022.
- En la tercera columna presentamos algunos comentarios sobre las modificaciones introducidas, los cuales ya han sido en su mayoría expuestos en este documento, pero se

reiteran dentro del cuadro con el fin de mejor ilustrar sobre el mismo las modificaciones que la nueva ley le hace al Derecho de la Competencia en Colombia.

LEY 2195 DE 2022	NORMA MODIFICADA DE LA LEY 1340 DE 2009	COMENTARIOS
CAPITULO XI, OTRAS DISPOSICIONES		
Reforma al programa de Beneficios por Colaboración.		
<p>LEY 2195 DE 2022</p> <p>Artículo 66. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 14. Beneficios por Colaboración con la Autoridad.</p> <p>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 informe 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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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: <ul style="list-style-type: none"> a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con 	<p>LEY 1340 DE 2009</p> <p>Artículo 14. Beneficios por colaboración con la autoridad.</p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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: <ul style="list-style-type: none"> a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las 	<p>El texto del artículo es el mismo. Se añaden los párrafos, los cuales contienen las siguientes medidas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se otorga reserva: <ul style="list-style-type: none"> a. Sobre la identidad de los beneficiarios del Programa de Delación y sobre las pruebas aportadas, hasta que el acto administrativo que se profiera quede en firme. b. Sobre el proceso de negociación de los beneficios por colaboración. <p>Estas garantías están diseñadas para proteger al delator y evitar que se vea sometido de manera inmediata y aún antes de que termine la investigación, a demandas de indemnización de perjuicios.</p> <p>Así mismo, la norma le otorga a los demás investigados, la posibilidad de acceder a las pruebas que se reciban en el expediente de Delación y que sean trasladadas al expediente de la investigación.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Se modifica la responsabilidad del delator. <p>Los que se exoneren parcial o totalmente de la multa por el Programa de Delación, NO responden solidariamente por</p>

<p>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.</p> <p>b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo 2. El proceso de negociación de beneficios Por colaboración por la presunta comisión de acuerdos restrictivos de la competencia será reservado.</p> <p>Parágrafo 3. 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.</p>	<p>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.</p> <p>b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.</p>	<p>los daños que genere el acuerdo anticompetitivo, sino solamente en proporción a su participación.</p> <p>Esta medida se constituye en un incentivo importante para que más agentes económicos se acojan al Programa de Delación.</p>
Reforma al régimen de multas.		
LEY 2195 DE 2022.	LEY 1340 DE 2009	1. Identidad de los sujetos que pueden recibir las sanciones

<p>Artículo 67. Modifíquese el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>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.</p> <p>Para la imposición de la sanción, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicará el que fuere mayor de los siguientes criterios:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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).</p>	<p>Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.</p> <p>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado. 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta. 4. El grado de participación del implicado. 5. La conducta procesal de los investigados. 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. El Patrimonio del infractor. <p>Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la</p>	<p>La Ley 2195 de 2022 hace claridad respecto de la diferencia entre el Agente del Mercado, que es la persona natural o jurídica que incurre en la conducta anticompetitiva; y el Facilitador, que es la persona natural o jurídica que colabora, autoriza, promueve, impulsa, ejecuta o tolera la realización de la práctica restrictiva. En ambos casos se puede tratar de una persona natural o jurídica.</p> <p>2. Modificación de las multas a los Agentes de Mercado</p> <p>Esta es la reforma más importante contenida en la ley. Se modifica el techo máximo de 100.000 salarios mínimos o hasta el 150% de la utilidad derivada de la conducta anticompetitiva, por un sistema de sanción que se aplica en tres (3) etapas:</p> <p>a. Definición del criterio para establecer el tope máximo de la multa:</p> <p>En la primera etapa la SIC debe escoger el criterio para establecer el tope máximo de la multa que resulte aplicable y que resulte más alto y entre: (i) el 20% de los ingresos operacionales; (ii) el 20% del patrimonio; (iii) el equivalente a 100.000 salarios mínimos mensuales; (iv) el 30% del valor del contrato estatal en caso de que la infracción tenga relación con un contrato de este tipo; (v) En caso de que se pueda calcular, el 300% de la utilidad obtenida con la práctica restrictiva.</p>
---	--	--

<p>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.</p> <p>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios, siempre y cuando sean aplicables al caso concreto:</p> <p>2.1. La idoneidad que tenga la conducta para afectar el mercado o la afectación al mismo.</p> <p>2.2. La naturaleza del bien o servicio involucrado.</p> <p>2.3. El grado de participación del implicado.</p> <p>2.4. El tiempo de duración de la conducta.</p> <p>2.5. La cuota de participación que tenga el infractor en el mercado del infractor.</p> <p>3. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:</p> <p>3.1. El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;</p> <p>3.2. La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Parágrafo 1°. Cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas</p>	<p>graduación de la sanción: La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.</p>	<p>b. Graduación de la multa:</p> <p>Una vez establecido el criterio que le brinde al Superintendente el tope de multa más alto, la SIC debe proceder a la graduación de la misma, con base en los criterios de graduación de la misma, siempre que sean aplicables al caso. Algunos de estos criterios ya estaban contemplados en la Ley 1340 de 2009, como es el caso de <i>“el grado de participación del implicado”</i>.</p> <p>c. Aplicación de los criterios de agravación de la multa:</p> <p>Una vez establecido el valor de la sanción, la SIC aplica los criterios de agravación y atenuación de la multa y así obtiene el valor de la misma, el cual es informado al investigado en la resolución que pone fin a la actuación.</p> <p>Cada uno de los criterios de agravación, puede dar lugar al incremento de la multa hasta por un 10%. Los criterios para graduar las multas se tendrán en cuenta <i>“siempre y cuando sean aplicables al caso”</i>.</p> <p>Algunos de los criterios de agravación contenidos en la nueva ley ya habían sido incluidos en la Ley 1340 de 2009, como el hecho de que el investigado sea el líder, instigador o promotor de la conducta; la reincidencia o existencia de antecedentes de infracciones a las normas de protección de la competencia o de incumplimiento de ordenes o compromisos con la autoridad de competencia.</p>
--	--	---

<p>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.</p> <p>Parágrafo 2°. 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.</p> <p>Parágrafo 3°. 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.</p>		<p>Pero existen dos criterios de agravación de la conducta que resultan, a nuestro juicio incompatibles con el ordenamiento jurídico colombiano, como se verá enseguida.</p> <p>El primero es el que tiene que ver con la continuación de la conducta infractora una vez se inicie la investigación. Este criterio constriñe la libertad económica de los investigados, los cuales podrían considerar que la conducta por la cual los investigan no es ilegal y podrían planear mantenerla mientras que no sea prohibida, ya que están amparados por una presunción de inocencia y buena fe. Sin embargo, la norma que se comenta contraviene ambas presunciones constitucionales, porque se está asumiendo que el hecho de considerar que la conducta investigada es lícita, y el de pretender continuar con la operación normal de la empresa bajo ese supuesto, amerita un reproche y una sanción adicionales, lo cual parece contrario a los derechos constitucionales de los investigados.</p> <p>El segundo es el de la conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar la investigación, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.</p> <p>Al respecto se debe decir que la conducta procesal del investigado, en la Ley 1340 de 2009 era un criterio para graduar la multa, pero no para agravarla. La Ley 2195 de 2022 constriñe el derecho de defensa</p>
---	--	---

de los investigados y de los apoderados de los mismos, los cuales se pueden ver limitados de manera importante en el cumplimiento de sus deberes en cuanto a la defensa de los intereses de sus clientes, por el temor de que al presentar cualquier solicitud dentro de un proceso, que a juicio de la SIC sea considerado en forma discrecional, como *“evidentemente improcedente”*, caso en el cual a su cliente se le incrementará la sanción en un 10%, lo que podría tener un valor de millones de dólares, por intentar alguna petición que la SIC considera entonces improcedente.

Un ejemplo de esta situación, podría suceder en el caso de que el apoderado solicite, como se ha hecho en múltiples ocasiones (sin éxito) que le concedan una audiencia con el Consejo Asesor del Superintendente antes de que emita su concepto. Esta audiencia no está prevista en el artículo 52 del Decreto 2153, modificado por el Decreto 019 de 2012; pero estas normas, que son especiales para el procedimiento de competencia, remiten al CPACA en lo no previsto, el cual en su artículo 35 establece que *“Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones.”*

Solicitar una audiencia como la mencionada o realizar cualquier otro tipo de petición que se considere en interés del

		<p>investigado, no puede dar lugar a un incremento del 10% de la sanción, así la autoridad considere que la petición debe ser negada.</p> <p>d. Aplicación de los criterios de atenuación de la multa:</p> <p>En cuanto a la atenuación de la sanción, la nueva ley cambia el criterio de colaboración con las autoridades, por el de <i>“aceptar los cargos formulados en aquellos casos en los cuales el investigado no ha sido reconocido como delator”</i>.</p> <p>Esta modificación también parece inconveniente, porque no le permite a un investigado que colabora con la autoridad aunque no se allana a los cargos, obtener ningún tipo de beneficio.</p>
<p>LEY 2195 DE 2022</p> <p>Artículo 68. Modifíquese el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:</p> <p>Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>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.</p>	<p>LEY 1340 DE 2009</p> <p>Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.</p>	<p>1. Identidad de los sujetos que pueden recibir las sanciones</p> <p>Como se vio arriba, en los comentarios al artículo 67 de la Ley 2195 de 2022, se hace claridad respecto de la diferencia entre el Agente del Mercado, que es la persona natural o jurídica que incurre en la conducta anticompetitiva; y el Facilitador, que es la persona natural o jurídica que colabora, autoriza, promueve, impulsa, ejecuta o tolera la realización de la práctica restrictiva. En ambos casos se puede tratar de una persona natural o jurídica.</p> <p>La nueva ley elimina el verbo rector de <i>“facilitar”</i>, seguramente porque ya está</p>

<p>1. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:</p> <p>1.1. El grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.</p> <p>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.</p> <p>1.3. El patrimonio del facilitador.</p> <p>2. Serán agravantes para efectos de dosificar la sanción, los siguientes:</p> <p>2.1. Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación;</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>	<p>Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:</p> <p>1. La persistencia en la conducta infractora.</p> <p>2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.</p> <p>3. La reiteración de la conducta prohibida.</p> <p>4. La conducta procesal del investigado, y</p> <p>5. El grado de participación de la persona implicada.</p> <p>Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural 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 aquella.</p>	<p>incluido en el nombre mismo del “facilitador”. La norma añade los verbos rectores de “promover” y de “impulsar”, que no estaban en la Ley 1340 de 2009.</p> <p>2. Multas a los Facilitadores</p> <p>La ley mantiene una multa de hasta 2.000 salarios mínimos para los facilitadores.</p> <p>a. Definición del criterio para imponer la sanción:</p> <p>La ley trae unos nuevos criterios para la graduación de la sanción. Se cambia “<i>el grado de participación de la persona implicada</i>” por “<i>el grado de involucramiento del facilitador en la conducta del agente del mercado.</i>”</p> <p>Se cambia “<i>La reiteración de la conducta prohibida</i>” por “<i>La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos o de las órdenes impartidas por la autoridad de competencia.</i>”</p> <p>Se añade como criterio de graduación, el patrimonio del Facilitador, que antes no estaba incluido en la Ley 1340 de 2009.</p> <p>b. Criterios de agravación de la multa:</p> <p>La nueva ley incluye unos criterios de agravación de la sanción para el facilitador, que no estaban contemplados en la Ley 1340 del 2009. Al igual que en el caso de los Agentes de Mercado, cada una de las</p>
--	---	--

<p>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.</p>		<p>circunstancias de agravación, puede subir el nivel de la sanción en un 10%.</p> <p>Reiteramos los comentarios presentados frente a los criterios de agravación de los Agentes de Mercado, en especial en lo que tiene que ver con el 2.1 referente a continuar facilitando la conducta después de la apertura de la investigación; y el 2.3 referente a la conducta procesal del investigado tendiente a dilatar u obstruir la investigación, o a presentar solicitudes evidentemente improcedentes.</p> <p>C. Prohibición del pago de la multa del facilitador por el Agente de Mercado</p> <p>El parágrafo 2 del artículo reitera la prohibición que ya existía en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, de conformidad con la cual el Agente de Mercado no puede pagar o asegurar de manera alguna el pago de la multa impuesta al Facilitador.</p> <p>La Ley especifica que la violación a esta prohibición es en sí misma una práctica restrictiva de la competencia.</p>
<p>LEY 2195 DE 2022</p> <p>ARTÍCULO 69. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.</p>		