

ANÁLISIS DE LA “GUÍA DE ORIENTACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN DERECHO DE LA COMPETENCIA” EN COLOMBIA

Alfonso Miranda Londoño, Carlos Andrés Uribe Piedrahíta y Luis Daniel Morales H.

Análisis de la “guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia” en Colombia

Abril 2023



Alfonso Miranda Londoño

Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Pontificia Universidad Javeriana.



Carlos Andrés Uribe Piedrahíta

Doctor en Derecho. Director del Departamento de Derecho Económico, de la Pontificia Universidad Javeriana.



Luis Daniel Morales H.

Coordinador del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), Pontificia Universidad Javeriana.

Abstract: Este documento analiza la “Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia” expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la “SIC”). En especial, analiza: **(i)** las recomendaciones generales para la implementación del programa de cumplimiento de la libre competencia y **(ii)** los incentivos para la colaboración con la autoridad de competencia. Este análisis se presenta a partir de: **(a)** el marco normativo de los Programas de Cumplimiento en Colombia, **(b)** las decisiones más representativas que se han presentado en relación con este tema, y **(c)** la política de aplicación pública (*public enforcement*) de las normas de competencia que implementa la autoridad.

I. INTRODUCCIÓN

Los programas de cumplimiento del derecho de la competencia son, desde hace algunos años, una de las herramientas de aplicación pública (*public enforcement*) más importantes para las autoridades de competencia alrededor del mundo. Es por esto que “*las autoridades de competencia han continuado e intensificado sus esfuerzos para promover los programas de cumplimiento de la competencia y el cumplimiento de la competencia en sentido amplio. Se han producido cambios en las políticas con respecto a recompensar el cumplimiento, y los enfoques de las autoridades difieren. Los programas de cumplimiento también han pasado a formar parte de las obligaciones que las autoridades imponen en los casos de cartelización. Algunas autoridades participarán en la evaluación de los programas de cumplimiento fuera del estrecho contexto de la aplicación*”.¹

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Competition Compliance Programmes. OECD Competition committee Discussion Paper. P. 3. (“*Competition agencies have continued and intensified their efforts to promote competition compliance programmes, and competition compliance in the wider sense. Policy changes with regard to rewarding compliance have taken place, and agency approaches differ. Compliance programmes have also become part of the obligations that agencies impose in cartel cases. Some agencies will engage in the evaluation of compliance programmes outside the narrow enforcement context*.”) (traducción propia al español). Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>

El caso de Colombia no es una excepción a esta tendencia. Prueba de esto lo encontramos en: **(i)** los esfuerzos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “**SIC**”) en la creación de guías y la exigencia de implementar programas de cumplimiento en derecho de la competencia a determinados agentes económicos, **(ii)** a través de procesos sancionatorios (y en la aceptación de garantías para la terminación anticipada de los procedimientos sancionatorios), o **(iii)** en condicionamientos a las concentraciones empresariales.

Los avances en materia de programas de cumplimiento iniciaron con la expedición de la Norma Técnica Colombiana 6378 (“**NTC 6378**”) del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (en adelante “**ICONTEC**”), que codificó los “*requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia*” y a la cual se llegó con la participación y promoción de la SIC. Adicionalmente, el Gobierno avanzó de manera aún más decidida en esa misma dirección al expedir el Decreto 092 de 2022, por medio del cual se modificó la estructura de la SIC y se creó la Dirección de Cumplimiento al interior de la Delegatura de Protección de la Competencia.²

El desarrollo más reciente de la política de cumplimiento de la SIC se produjo a finales del 2022 con la expedición de la *Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia*³ (en adelante, “**la Guía**”)⁴, que responde a la función prevista en el numeral 9 del artículo 5 del Decreto 092 de 2022, por el cual se busca un “*desarrollo de actividades de divulgación, promoción y capacitación, relacionadas con el fomento y construcción de una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia económica*”.

La Guía hace alusión a los programas de cumplimiento en materia de libre competencia como “[...] un conjunto de reglas, principios y procedimientos creados y adoptados por una organización, con el fin de prevenir los riesgos propios de la actividad económica que desarrolla. Es una herramienta clave de autorregulación y vigilancia que permite identificar, asesorar, advertir, monitorear y reportar los riesgos de cumplimiento en las organizaciones”.⁵

La Red Internacional de Competencia (*International Competition Network*, o ICN por sus siglas en inglés) explica los programas de cumplimiento como una derivación de la cultura de cumplimiento que tienen las empresas al infundir valores, moral y expectativas éticas en su organización, que se ven mejorados a través de los esfuerzos de cumplimiento, incluidos los programas de cumplimiento.⁶

2 A través de esta dependencia, la SIC realiza el seguimiento a las garantías aceptadas dentro de las investigaciones por violación a las normas de protección de la competencia y la vigilancia de los condicionamientos establecidos frente a solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de organizaciones vigiladas. Igualmente, realiza vigilancia y seguimiento a las medidas u órdenes. También, apoya el desarrollo de las actividades de promoción y prevención para el fomento y construcción de una cultura de cumplimiento en libre competencia económica. Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p. 9. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

3 La *guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia* de la SIC se encuentra disponible en la página de la Superintendencia de Industria y Comercio en el siguiente enlace: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>

4 Con la expedición de esta guía se aborda uno de los retos que tenía pendiente por abordar la autoridad de competencia, de conformidad con el informe Antitrust Compliance in Latin America realizado por el American Bar Association (ABA) y el Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/aba-ceco-antitrust-compliance-latin-america/>

5 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p. 9 Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

6 International Competition Network. Advocacy Working Group. Report on Competition Compliance. “Compliance refers to the efforts businesses make to prevent infringements of competition laws. A compliance program is a formal tool or tools that businesses employ to achieve compliance. Compliance culture refers to the general attitude of a business towards compliance and competition laws; it can enhance a compliance program by infusing values, morals and ethical expectations set by the organization. A culture of compliance can be improved through compliance efforts, including compliance programs.” (Traducción propia al español). Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/04/AWG-Report-on-Competition-Compliance.pdf>

Así mismo, la doctrina se ha referido a estos programas como “...procedimientos o mecanismos internos de las empresas dirigidos a la prevención, detección y control de daños frente a eventuales o potenciales incumplimientos a la normativa vigente. En libre competencia, estos programas comúnmente apuntan a abordar los riesgos de exposición a ilícitos anticompetitivos derivados de las actividades de cada empresa, así como de las prácticas de sus socios o trabajadores”.⁷

Es así como la Dirección de Cumplimiento de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC, con la publicación de la Guía, busca: **(i)** facilitar la observancia de la normativa vigente, **(ii)** evitar la comisión y la reincidencia en la realización de prácticas restrictivas de la competencia, y **(iii)** generar una cultura de cumplimiento⁸ del régimen de libre competencia.⁹

Por lo anterior, este documento se desarrolla así: en la segunda parte, se tratará el marco jurídico relevante para los programas de cumplimiento en Colombia; en la tercera parte, se realiza una descripción de las orientaciones para la implementación de programas de cumplimiento; en la cuarta parte, se realiza un análisis de la Guía en función de los programas de colaboración, de las multas como incentivos para la implementación de dichos programas y; en la quinta parte, se realizará el análisis de la Guía en casos decididos por la autoridad de competencia (por ejemplo, en expedientes sancionatorios, garantías, para la graduación de la multa, entre otros), y por último se presentan unas conclusiones.

II. MARCO JURÍDICO PARA LA APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN DERECHO DE LA COMPETENCIA¹⁰

En Colombia no existe un marco normativo de naturaleza legislativa¹¹ que regule los programas de cumplimiento de libre competencia. Sin embargo, el país cuenta con dos documentos que ayudan a su implementación (*soft law*). El primero, se encuentra en la Norma Técnica Colombiana 6378 del ICONTEC (en adelante, “**NTC 6378**”), que establece los “*requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia*”¹². El segundo, es la Guía de la SIC, objeto principal del presente estudio. Adicionalmente, sin que sea objeto de esta investigación, la Norma Internacional ISO 37301:2021 sobre el “*sistema de gestión de cumplimiento – Requisitos con orientación para su uso*”, también debería ser observada por las diferentes organizaciones que deseen implementar sus programas de cumplimiento.

7 Centro Competencia (CeCo). Glosario de Programas de Cumplimiento de Libre Competencia. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/programas-de-cumplimiento-de-libre-competencia/>

8 El principal resultado de todo programa de cumplimiento exitoso es la generación de una **cultura de cumplimiento** al interior de la empresa, de modo que las reglas internas de esta se encuentren en sintonía con su compromiso para cumplir con las normas. Centro Competencia (CeCo). Glosario de Programas de Cumplimiento de Libre Competencia. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/programas-de-cumplimiento-de-libre-competencia/>

9 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p. 7. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

10 El marco normativo de las instituciones afines por las cuales se han implementado los programas de cumplimiento, y a los cuales hace referencia la Guía, son: (i) el Programa de Beneficios por Colaboración, (ii) el ofrecimiento y la aceptación de garantías, (iii) la graduación de la multa, y (iv) el control a las concentraciones empresariales.

11 Entendido como un conjunto de normas públicas de carácter imperativo.

12 “La Norma Técnica Colombiana de buenas prácticas para la protección de la libre competencia surge como iniciativa del Gobierno Nacional, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de fomentar en las organizaciones de diversos sectores de la economía colombiana a fortalecer sus políticas organizacionales de cara a la promoción y protección del régimen de libre competencia económica” Norma Técnica Colombiana 6378 del ICONTEC.

Otra de las características que se deben destacar del régimen de cumplimiento de las normas de libre competencia se encuentra en la creación de la Dirección de Cumplimiento de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC mediante el artículo 5 del Decreto 092 de 2022, a la cual se le atribuyeron las siguientes funciones:

Decreto 092 de 2022.

“Artículo 5. Funciones de la Dirección de Cumplimiento. *Son funciones de la Dirección de Cumplimiento:*

1. *Realizar el seguimiento de las garantías aceptadas por parte del Superintendente de Industria y Comercio, dentro de las investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal.*
2. *Realizar la vigilancia de los condicionamientos establecidos por el Superintendente de Industria y Comercio frente a las solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas vigiladas.*
3. *Instruir los trámites sobre el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.*
4. *Instruir los trámites sobre el incumplimiento de la obligación de informar una integración empresarial o de la obligación derivada de su aceptación bajo condicionamientos.*
5. *Instruir los trámites sobre la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes o instrucciones que se impartan por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.*
6. *Instruir los trámites sobre las obstrucciones de las investigaciones que se adelanten por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal administrativa.*
7. **Vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de garantías aceptadas por el Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal administrativa. (Resalto fuera del texto original)**
8. **Vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de la imposición de condicionamientos por parte del Superintendente de Industria y Comercio, cuando conoce de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas. (Resalto fuera del texto original)**
9. *Apoyar a la Oficina de Servicios al Consumidor y de Apoyo Empresarial en el desarrollo de actividades de divulgación, promoción y capacitación, relacionadas con el fomento y construcción de una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia económica.*
10. *Informar al Superintendente Delegado sobre el estado de los asuntos de su dependencia y el grado de ejecución de sus programas.*
11. *Las demás que sean asignadas y que correspondan a la naturaleza de la dependencia.” (énfasis agregado).*

Para los efectos de este trabajo, destacaremos tres funciones de la Dirección de Cumplimiento (o “**la Dirección**”) que reflejan el progreso y compromiso que ha tenido la autoridad de competencia de Colombia en la inclusión del cumplimiento de normas de competencia entre sus herramientas:

- (i) **Funciones de la Dirección relacionadas con garantías y programas de cumplimiento:**
 - (i) **“Realizar el seguimiento de las garantías aceptadas por parte del Superintendente de Industria y Comercio, dentro de las investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal”;**
 - (ii) **Instruir los trámites sobre el**

incumplimiento de las obligaciones derivadas de la terminación de una investigación por aceptación de garantías”; y (iii) “Vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de garantías aceptadas por el Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal administrativa”.

(ii) Funciones de la Dirección relacionadas con el condicionamiento de integraciones empresariales y programas de cumplimiento: (i) *“Realizar la vigilancia de los condicionamientos establecidos por el Superintendente de Industria y Comercio frente a las solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas vigiladas”;* (ii) *“Instruir los trámites sobre el incumplimiento de la obligación de informar una integración empresarial o de la obligación derivada de su aceptación bajo condicionamientos”;* y (iii) *“Vigilar la adopción efectiva de los programas de cumplimiento establecidos en el marco de la imposición de condicionamientos por parte del Superintendente de Industria y Comercio, cuando conoce de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas”.*

(iii) Funciones de la Dirección relacionadas con la cultura de cumplimiento: *“la divulgación, promoción y capacitación para el fomento de una cultura de cumplimiento.”*

Como se observa de las funciones señaladas, la SIC involucra la cultura de cumplimiento a responsabilidades efectivas de las empresas que, en el marco de una investigación por prácticas restrictivas, terminan de forma anticipada las investigaciones debido al ofrecimiento y aceptación de las garantías. Así también ocurre cuando, en el marco de un procedimiento de concentraciones empresariales, se condiciona dicha operación a la adopción de un programa de cumplimiento. En estos dos escenarios, la SIC a través de la Dirección, tendrá la responsabilidad de adelantar el seguimiento de la observancia de las obligaciones aceptadas por las empresas bajo el marco de los programas de cumplimiento que se derivan de estos escenarios.

Con ello, debemos destacar que las funciones atribuidas a la Dirección de Cumplimiento de la SIC tienen un objetivo orientativo y de control en la implementación de los programas de cumplimiento a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

2.1 Norma Técnica 6378 – Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia

La Norma Técnica Colombiana de buenas prácticas para la protección de la libre competencia nace de la iniciativa de la SIC. Esta norma no es de adopción obligatoria por las empresas y está destinada al fortalecimiento de la cultura de cumplimiento. Ella señala, de forma oportuna, que son los agentes de mercado quienes deben comprometerse y actuar de forma diligente, efectiva y en el marco de sus capacidades, con la identificación y prevención de eventos que puedan conllevar a la realización y materialización de conductas restrictivas del mercado.

La NTC 6378 se divide en siete capítulos. El Capítulo 1 trata sobre el objetivo y campo de aplicación, señalado que el alcance de los programas de cumplimiento involucra tanto a las organizaciones del sector público y privado en una cultura de cumplimiento, con independencia de su tamaño y tipo, pero atendiendo a las capacidades, objetivos y funciones de dichas organizaciones. El Capítulo 2 es sobre referencias normativas, precisando que el mismo no hace referencia a ninguna legislación. El Capítulo 3 contiene las definiciones, que pretenden dar claridad al documento para cualquier interesado (por ejemplo, al definir organización,

reconoce toda variedad de agentes económicos que pueden participar en el mercado). El Capítulo 4 se refiere a los principios, estableciendo el conjunto de criterios que debe seguir una organización para implementar la Norma Técnica. El Capítulo 5 expone los requisitos generales para el programa de cumplimiento, señalando el orden o procesos que debe tener un programa de cumplimiento, el rol de la dirección de la organización, la identificación y valoración de los riesgos, la asignación de recursos, la gestión de los riesgos, la mejora continua, entre otros procesos. El Capítulo 6, sobre programa de cumplimiento, desarrolla los elementos mínimos que debe contener un programa de esta naturaleza: identificación de riesgos, normas, procedimiento disciplinario interno, procedimiento de comunicación, procedimiento de contratación, plan de contingencia, monitoreo y vigilancia. Finalmente, el Capítulo 7 involucra la evaluación, acciones, mejoras, registro de las mejoras y acciones implementadas, como de los resultados obtenidos.

De forma esquemática, la NTC 6378 describe el documento de forma esquemática que con el fin de sensibilizar la comprensión de esta a sus destinatarios. Así, en la parte exterior se encuentran los principios que inspiran la cultura de cumplimiento en materia de libre competencia, en el cuadro intermedio identifica algunos de los requisitos generales para el programa de cumplimiento y la mejora continua y, en la parte interior, otro conjunto de los requisitos generales para el programa de cumplimiento que parten de la Alta Dirección y en forma de flujograma, presenta cómo construir el programa de protección para la libre competencia dentro de una organización.

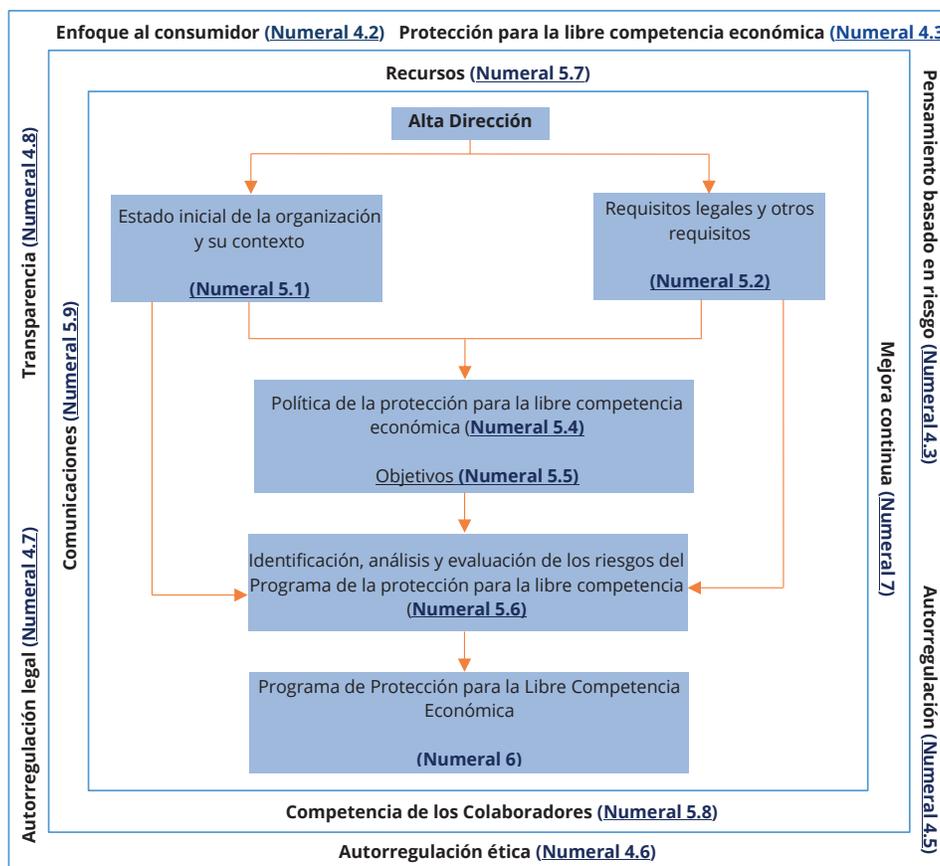


Figura1. Interrelación de los numerales de esta norma

Tabla No. 1. Tomada de la Norma Técnica 6378, pág. ii.

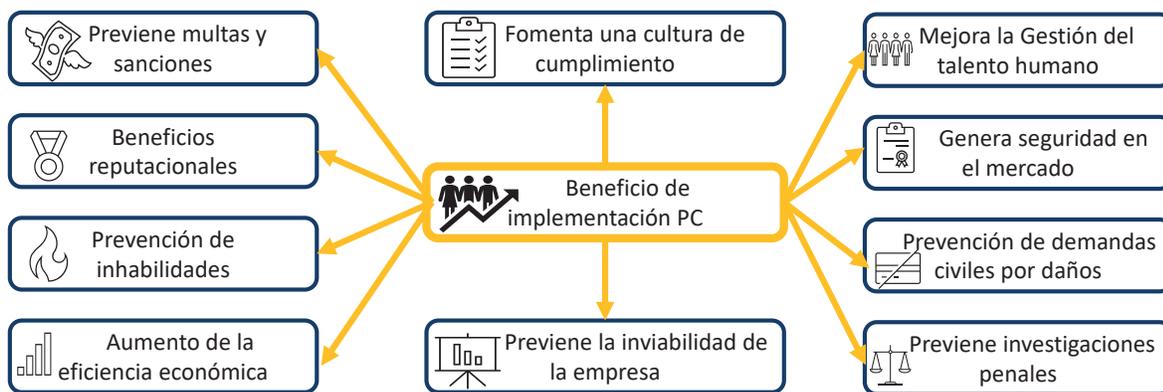
Por último, debemos indicar que, en Colombia, el organismo encargado de certificar al interior de una organización la existencia de un programa de cumplimiento como buenas prácticas en materia de libre competencia es el Instituto de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC) y no la SIC.

2.2 Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia

Con posterioridad a la NTC 6378 de 2020, la Dirección de Cumplimiento de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC desarrolló en el 2022 la Guía (de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia).¹³

La Guía se divide en introducción, tres capítulos y comentarios finales. El primer capítulo trata los programas de cumplimiento en el derecho de la competencia, presentando las bases de estos programas, el objetivo de la Guía, las formas como puede llegarse a la implementación de los programas de cumplimiento en libre competencia, el marco normativo y las funciones de la autoridad de competencia, la posibilidad del acompañamiento por la SIC en la configuración de los programas de cumplimiento, la función de la Dirección de Cumplimiento en el marco de la promoción y prevención para el fomento y construcción de una cultura de cumplimiento en libre competencia económica, el contexto internacional. Esto, entre otras consideraciones generales sobre la importancia de dichos programas para la prevención de los riesgos de libre competencia, que se resumen en el siguiente cuadro que trae Guía.

Gráfica de los beneficios de implementar programas de cumplimiento para las organizaciones



Fuente: Elaborado con base en la gráfica de los beneficios de implementar programas de cumplimiento para las organizaciones (Guía De Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en derecho de la competencia, pág. 16).

El segundo capítulo de la Guía trata las recomendaciones generales para la implementación del programa de cumplimiento en libre competencia, sobre la cultura de cumplimiento, la gestión del riesgo de prácticas

¹³ La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia de la SIC se encuentra disponible en la página de la Superintendencia de Industria y Comercio en el siguiente enlace: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>

anticompetitivas, la asignación de recursos, responsable del cumplimiento, canales de comunicación y denuncia internos, capacitación, mecanismos internos para el cumplimiento, debida diligencia a proveedores y colaboradores y la evaluación del programa. En el tercer capítulo se desarrollan los incentivos por colaboración a la autoridad de competencia. Por último, en los comentarios finales, la Guía recuerda la importancia de cumplir con las normas de libre competencia y los beneficios que ello implica para las organizaciones tanto del sector público como privado.

2.3 Intervenciones de la SIC para la implementación de programas de Cumplimiento

La implementación de los programas de cumplimiento en Colombia, aparte de las acciones que adoptan de forma individual las organizaciones, se encuentra en las órdenes que hacen parte de ciertas resoluciones sancionatorias administrativas interpuestas por la SIC en materia de protección de la competencia. Si bien, estos programas no son parte de las normas que obligatoriamente tienen que cumplir las empresas, sí han empezado a ser parte de las sanciones interpuestas por la SIC por la infracción del régimen de libre competencia.

Por ejemplo, en el primer semestre de 2022 y mediante la Resolución No. 27906 del mismo año¹⁴ (como desarrollará más adelante), la SIC sancionó con una multa de más de dos mil millones de pesos a una reconocida empresa encargada de distribuir motos en el país. Además de la sanción monetaria, una de las sanciones -de naturaleza de órdenes de comportamiento- incorpora la obligación de implementar los programas de cumplimiento de los que trata la Guía.

Sobre este aspecto, algunas de las acciones que deben ser desarrolladas por la empresa sancionada incorporan, además de la implementación del programa de cumplimiento: **(i)** la realización de un informe anual sobre las actividades desarrolladas en el marco del programa de cumplimiento; **(ii)** informar los cambios en los riesgos hallados y detectados, **(iii)** indicar las capacitaciones realizadas, que no pueden ser inferiores a dos por año, y **(iv)** atender “cualquier recomendación” y “los requerimientos de información” que la SIC considere realizar a la empresa sancionada, con relación a la implementación de los programas de cumplimiento.

En este sentido, y dada la posibilidad de que una empresa sancionada por la SIC debido a la infracción de las normas de libre competencia tenga que adquirir obligaciones de remisión de información, debemos señalar que la SIC identifica un conjunto de parámetros y acciones que deben ser seguidos por la empresa sancionada, en línea con lo que hoy establece la Guía¹⁵.

III. DESCRIPCIÓN DE LAS ORIENTACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.

De forma preliminar, cabe señalar que los programas de cumplimiento pueden originarse en: **(i)** la decisión voluntaria del empresario de implementarlo al interior de su organización, **(ii)** como compromiso

14 Por ejemplo, Vid. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 27906 del 11 de mayo de 2022, Artículo Quinto, 122 “Ordenar a SUZUKI MOTOR DE COLOMBIA S.A. ... establecer e implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución”, Considerando Décimo Primero: Programa de Cumplimiento, pág. 107 a 111.

15 Id. pág. 109 “En este orden de ideas, un Programa de Cumplimiento efectivo puede contemplar, entre otros, los siguientes elementos, que en su conjunto integran características fundamentales del diseño de un Programa: (i) aspectos particulares o especiales de cada compañía (tamaño, grado de influencia en el sector que se desenvuelven, grupos de interés, contexto de la organización, entre otros); (ii) definición de políticas en materia de libre competencia; (iii) gestión de riesgos y controles que salvaguarden los intereses de las compañías y de sus contrapartes; (iv) inclusión de principios, valores y/o buenas prácticas en el Código de Ética corporativo; (v) definición de responsabilidades de la alta dirección y/u otros actores; (vi) definición de procedimientos o lineamientos para la realización de auditorías, procesos de contratación, procesos de capacitación y/o divulgación que fortalezcan una cultura de cumplimiento como pilar fundamental de la libre competencia económica; (vii) definir sanciones o medidas disciplinarias y (viii) realizar procesos de monitoreo y vigilancia.”

adoptado en virtud de la aceptación de garantías o frente a condicionamientos en procedimientos de autorización de integraciones empresariales, o **(iii)** mediante la imposición de una sanción por violación al régimen de competencia.

Con este objetivo, las recomendaciones de la SIC sobre el contenido principal que debe contener los programas de cumplimiento en libre competencia, se destacan:

- a.** Cultura de cumplimiento y compromiso de la alta dirección.
- b.** Gestión de riesgo en prácticas anticompetitivas.
- c.** Recursos.
- d.** Responsable de cumplimiento.
- e.** Mecanismos de comunicación interna y canales de denuncia.
- f.** Capacitación.
- g.** Mecanismos de cumplimiento.
- h.** Debida diligencia a proveedores y aliados.
- i.** Evaluación.

A continuación, se desarrollan los aspectos fundamentales que identifica la Guía de para implementar un programa de cumplimiento que prevenga la comisión de conductas anticompetitivas de la organización y de sus dependientes.

3.1 Cultura de cumplimiento y compromiso de la alta dirección

Un programa de cultura organizacional es la forma en la que los altos cargos de las compañías contemplan el uso de herramientas que materializan las conductas acordes al régimen de competencia para sí mismos y todos sus dependientes. Se pretende que se garantice el objeto social de la empresa de forma ética y conforme a las recomendaciones de la Guía. La cultura de cumplimiento se logra a través de múltiples mecanismos, a saber:

- i.** Autoconocimiento y diagnóstico de los procesos de negocio donde se identifiquen los comportamientos acordes al derecho de la competencia que cada eslabón en la cadena productiva debe implementar.
- ii.** Manifestación pública de compromiso en materia de competencia (códigos de ética o gobierno corporativo).
- iii.** En caso de haber órganos colegiados de dirección, deben generarse programas, procedimientos, políticas y lineamientos que garanticen el programa de cumplimiento, así como su seguimiento, evaluación, actualización y mejora.
- iv.** Destinación de recursos.
- v.** Designación de un responsable del cumplimiento con un perfil independiente.
- vi.** Identificación de responsabilidades.
- vii.** Divulgar los canales de implementación de reportes o denuncias de incumplimiento.
- viii.** Supervisión.
- ix.** Formulación de indicadores.
- x.** Mecanismos de acción y reporte a las autoridades ante posibles incumplimientos.

3.2 Gestión de riesgo en prácticas anticompetitivas

Para la garantía de la gestión del riesgo, se requiere que existan mecanismos idóneos para la identificación del riesgo potencial, como también para la toma de acciones efectivas en su tratamiento. En este apartado se explican ambos postulados de forma independiente.

1) Identificación del riesgo

Para poder gestionar el riesgo en términos de competencia, es necesario su identificación en función de la exposición de la organización en cada uno de sus eslabones productivos, toda vez que el riesgo va a depender directamente de las conductas o comportamientos bajo los que interactúa la organización y sus miembros. Así, la recomendación principal alude a la elaboración de un estudio de mercado que incorpore las condiciones en las cuales compite la empresa que quiere implementar los programas de cumplimiento. Estas condiciones son:

- i. Número de competidores.
- ii. Caracterización de los productos.
- iii. Necesidad que satisfacen los productos; oferta inelástica o pocos bienes sustitutos.
- iv. Poco margen de innovación.
- v. Condiciones de mercado en licitaciones públicas (concentración, barreras, licitaciones a las que se participa, estabilidad del mercado, productos sustitutos, consorcios y uniones temporales (UTS).
- vi. Identificación de terceros intervinientes, por ejemplo, los gremios a los cuales pertenecen los empleados de la organización.

Con las condiciones de mercado caracterizadas y los eslabones productivos determinados, se debe realizar la identificación del riesgo potencial en el que incurre la organización en el ejercicio de su actividad productiva.

- i. Identificación del riesgo: ¿Cuáles son las situaciones en las que pueden ocurrir infracciones de competencia (actos, abusos, acuerdos, integraciones o competencia desleal)? Se deben identificar factores, descripción e impactos (legales, reputacionales, operacionales, económicos, al consumidor, al mercado, al país).
- ii. Análisis de riesgo: Establecer la probabilidad de la ocurrencia de la configuración del riesgo, los factores que lo causan y el nivel posible de afectación.
- iii. Valoración del riesgo: Establecer la matriz de tratamiento de los posibles riesgos asociados a cada actividad.

2) Tratamiento del riesgo

Debe desarrollarse un ciclo para tratar el riesgo de forma adecuada. Conforme a la Guía, los riesgos pueden ser aceptados, modificados o evitados por parte de las empresas y ello debe acoplarse al programa de cumplimiento a partir del seguimiento y revisión progresiva de los riesgos identificados y su estado.

3.3 Recursos

Las empresas deben asignar recursos para la implementación, evaluación y mejora continua de los programas de cumplimiento. En principio, la designación de estos recursos atiende a recursos humanos, económicos y tecnológicos, en condiciones suficientes para el cumplimiento del programa. Se debe considerar que una mayor preponderancia en la destinación de los recursos sea evaluada bajo la necesidad de cobertura de los riesgos, armonizando el programa con una mayor destinación de recursos a los riesgos con más probabilidad de ocurrencia o sobre aquellos que son más lesivos.

3.4 Responsable de cumplimiento

Se aconseja designar una figura encargada de la supervisión, promoción, implementación y seguimiento del programa, bien sea en cabeza de un colaborador, un cuerpo colegiado o de asesores externos. Asimismo,

debe garantizarse que el encargado tenga la capacitación idónea para conocer el derecho de la competencia vigente y que la naturaleza del cargo permita desarrollar acciones independientes de los altos directivos de las empresas o los órganos colegiados que toman las decisiones.

3.5 Mecanismos de comunicación interna y canales de denuncia

La implementación adecuada de los mecanismos de comunicación debe ser armónica respecto de todo el programa de cumplimiento, permitiendo que los terceros y colaboradores de la empresa acudan a quien corresponda para aclarar las dudas que surjan respecto de todos los aspectos relacionados al programa. Uno de los aspectos más destacables debe ser la fluidez de la comunicación ante posibles incumplimientos, y el anonimato en los canales de denuncia para las personas que tengan información sobre la violación de alguna norma.

3.6 Capacitación

El aspecto más relevante de la capacitación es poder involucrar a los colaboradores, con independencia del eslabón productivo en el que interactúen, para demostrar que también son responsables por sus actos como personas naturales respecto de las conductas contrarias a la libre competencia. Ahora bien, esta capacitación debe ser llevada al cumplimiento del programa en la medida en que los colaboradores incurran en riesgos y su posibilidad de ocurrencia.

3.7 Mecanismos de cumplimiento

Para generar mecanismos de cumplimiento al interior de los programas se deben formular acciones tendientes a reconocer y/o sancionar el seguimiento adecuado de la observancia y no violación de las normas del régimen de competencia. Ello, conforme a la Guía, puede lograrse a través de incentivos que premien el seguimiento y el debido fomento de la competencia en la materialización de los programas y/o de sanciones internas, con independencia de aquellas que la ley nacional establezca para las personas que incurran en estas conductas.

3.8 Debida diligencia a proveedores y aliados

Una alternativa de la debida diligencia sería contratar con otras empresas que tengan programas de cumplimiento en desarrollo y/o por lo menos mecanismos de protección de la competencia. Otra alternativa, sería incluir en los contratos que celebra la compañía con terceros, cláusulas de compromiso al cumplimiento de las normas del derecho de la competencia, para con ello integrar de forma concreta a los aliados y proveedores en la cultura de cumplimiento que pretende la SIC.

3.9 Evaluación

Se deben generar indicadores de cumplimiento de todo lo establecido en el programa. En principio, se recomienda evaluar los aspectos relevantes que puedan ser objeto de estimación cualitativa o cuantitativa. Algunos de los aspectos sobre los cuales se deben generar propuestas de seguimiento específicos son aquellos que atañen a la implementación del programa en sí mismo, los aspectos que deban cambiarse o mejorarse por el flujo natural de la actividad corporativa y su crecimiento; y los aspectos de promoción de las normas de libre competencia al interior de la empresa, incluido el desarrollo que de las mismas genera la autoridad de competencia, como las autoridades judiciales al aplicar esta normativa.

IV. ANÁLISIS DE LA GUÍA

4.1 Análisis de los incentivos para colaborar con la autoridad de competencia

La Guía dedica su tercer capítulo a los “*incentivos por colaboración con la autoridad de competencia*”. Esto es, aquellos que se producen cuando, por la implementación de un programa de cumplimiento, se detecta la posible comisión de una conducta anticompetitiva al interior de una empresa.

En estos casos, de acuerdo con la Guía, contar con un programa de cumplimiento puede llegar a permitir que la empresa donde se cometió la infracción obtenga beneficios, tales como: **(i)** una exoneración o reducción del importe de la multa por colaborar con la autoridad de competencia al someterse al Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante “**PBC**”)¹⁶; **(ii)** un posible favorecimiento por la autoridad de competencia al momento de la graduación de la multa, y, **(iii)** la terminación anticipada de la investigación por ofrecimiento, y su respectiva aceptación, de garantías. Todos estos beneficios se analizarán a continuación.

A. Análisis del Programa de Beneficios por Colaboración como incentivo para la implementación de un programa de cumplimiento de libre competencia

Si bien la Guía no hace referencia a la posible relación que la implementación de un programa de cumplimiento puede llegar a tener con una eventual exoneración o reducción del importe de la multa por colaborar con la autoridad de competencia al someterse al PBC, ella sí es enfática en afirmar que “*Un programa de cumplimiento efectivo no solo es aquel que permite la identificación (de) riesgos o la prevención de infracciones a las normas sobre protección de la libre competencia, también pone a disposición de la organización mecanismos de acción cuando se detecta de manera temprana una conducta que podría infringir las normas sobre protección de la competencia, entre los que se encuentran la posibilidad de acudir ante la SIC, con el fin de aportar la información de las conductas que en virtud del programa de cumplimiento fueron detectadas, y para que, de esta manera, se pueda acoger a alguno de los beneficios.*”¹⁷ (la subraya es nuestra).

Como se puede observar, la Guía hace referencia explícita a una de las ventajas más representativas y significativas de los programas de cumplimiento, no solo aquellos relacionados con libre competencia, como es la “*detección temprana*” de conductas irregulares.

En una investigación realizada por el grupo de abogacía de la competencia del ICN, se les preguntó a 28 autoridades de competencia, en 27 jurisdicciones diferentes, y 13 *Non-Governmental Advisors* (en adelante, “**NGA**”): “En su opinión, ¿cuáles son los elementos críticos de un programa de cumplimiento efectivo para una empresa?” Para las NGA, agregamos: “En otras palabras, ¿qué distingue a un mero “programa en papel” de un marco de cumplimiento genuino y efectivo?”¹⁸.

16 “Los denominados “Programas de Amnistía, Clemencia o Delación”, (a los cuales en adelante nos referiremos principalmente como Programas de Delación con el fin de abreviar) pueden describirse como herramientas procesales que les permiten a las autoridades de competencia garantizarles a los participantes en un acuerdo anticompetitivo de carácter horizontal (“Cártel”) o en otras conductas anticompetitivas (según lo permita la respectiva legislación) la inmunidad total o parcial, siempre que decidan auto incriminarse, es decir, confesar su participación en las conductas ilegales, y proporcionarle a la autoridad información relevante y pruebas sobre la existencia y funcionamiento del cártel y la identidad de los participantes en el mismo.” Alfonso Miranda Londoño “Los Programas de Amnistía, Clemencia o Delación en el Derecho de la Competencia Latinoamericano. Retos y Soluciones desde una Perspectiva de Derecho Comparado”. Tesis doctoral. Salamanca, 2022.

17 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p 41. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

18 *International Competition Network*. Advocacy Working Group. Report on Competition Compliance. Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/04/AWG-Report-on-Competition-Compliance.pdf>

El resultado de esta encuesta fue que el 56% de los participantes votaron como elemento crítico de la efectividad de un programa de cumplimiento la “detección, reporte, auditoría y monitoreo”.¹⁹

Ser interpreta de la encuesta que, como consecuencia de la implementación de un programa de cumplimiento efectivo, una empresa cuenta con las herramientas y los mecanismos necesarios y suficientes para poder detectar tempranamente, informar y monitorear cualquier conducta que pueda infringir la ley de competencia en Colombia. Esto le permitiría a esta empresa presentar una solicitud para acceder al PBC con el incentivo de obtener una exoneración o reducción del importe de la multa a cambio de la colaboración y pruebas que esta le facilite a la autoridad para detectar, investigar y/o reprimir la(s) conducta(s) delatada(s).

En lo que respecta a su contenido, la Guía, al momento de explicar el PBC, se refiere a: **(i)** los beneficios que los solicitantes pueden obtener, **(ii)** las reglas de confidencialidad, **(iii)** su consecuencia en la responsabilidad por los perjuicios ocasionados por la conducta anticompetitiva y **(iv)** quienes no pueden obtener el beneficio.

Sin embargo, para entender el contexto de este aparte de la Guía, lo primero que se debe mencionar es que el PBC ha sido sujeto a varias reformas en los últimos años, dentro de las cuales las más recientes y representativas son la Ley 2195 de 2022²⁰ y el Decreto 253 de 2022²¹, sin que a la fecha exista una modificación de la Guía.

Con la expedición de la Guía, la SIC explicó de forma concreta el PBC a la luz de las más recientes reformas. Esto representa un paso muy importante para entender la forma en la cual la SIC aplica las normas de competencia. Es por esto que, en la siguiente tabla (Tabla N°1), se relacionan algunos de los elementos y los rasgos más representativos del PBC, los cuales hacen referencia a la Guía, a la Ley 2195 de 2022, y al Decreto 253 de 2022 (sin perjuicio que por la envergadura del tema haya muchos otros aspectos que queden por fuera²²).

19 *Ibidem*. “...it is essential for a company’s management to have tools and mechanisms to detect, report and monitor any potential law violations within the organization. As Japan Fair Trade Commission (JFTC) points out in its response, ‘the degree of loss resulting from a conduct against the AMA (Anti-monopoly Act) depends significantly on whether or not such an act in an enterprise was discovered at an early stage and a countermeasure was implemented appropriately’. CNMC of Spain also pinpointed the importance of having a ‘control matrix’ specifying the mechanisms for prevention, detection and early reaction to identified risks. These actions should be measurable and verifiable and must be adapted to changing circumstances. The NGAs stressed how internal controls and monitoring mechanisms are essential to an effective compliance program. For example, applying systems to detect sensitive terms if there are agreements with competitors, and to analyze the extent of shared information should be examined very carefully.” (Traducción propia)

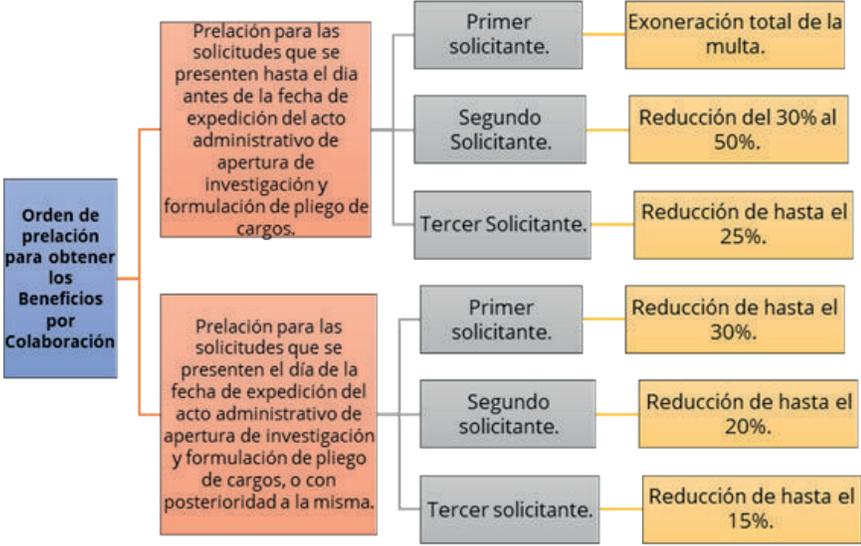
20 Para un análisis detallado de la reforma consultar el texto: Análisis de las modificaciones introducidas la Derecho de la Competencia por la Ley 2195 de 2022 por Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales, disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2022/03/analisis-de-la-ley-2195_2022_final.pdf

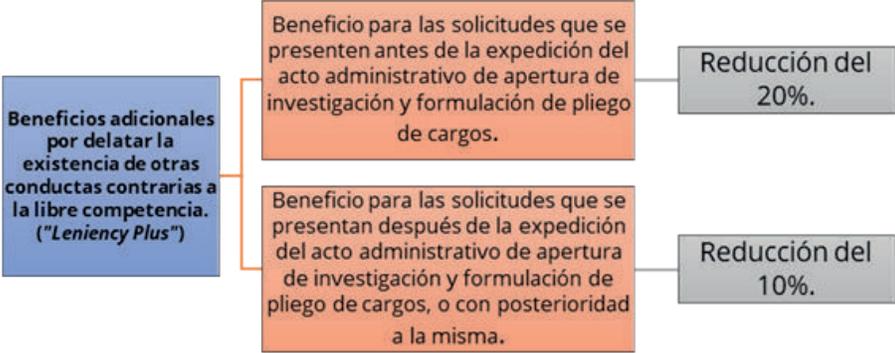
Recientemente, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-080 de 2023 resolvió una demanda de inconstitucionalidad que acusaba los artículos 66 (beneficios por colaboración con la autoridad), 67(monto de las multas a personas jurídicas) y 68 (monto de las multas a personas naturales) de la Ley 2195 de 2022, por desconocer los principios de unidad de materia (Art. 158, CP) de consecutividad e identidad flexible que informan el trámite de formación de las leyes (Arts. 157 y 160, CP), declarándoles inexecutable y decretando la reviviscencia de las normas que fueron modificadas por los artículos 66, 67 y 68 de la Ley 2195. En concreto, las normas que serán reincorporadas al ordenamiento jurídico por virtud de la reviviscencia son (i) el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009; (ii) el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que a su turno modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992; y, (iii) el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que a su turno modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

21 Para un análisis detallado de la reforma consultar el texto: Análisis de las modificaciones introducidas al Programa de Beneficios por Colaboración por el Decreto 253 del 23 de febrero de 2022 por Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales, disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2022/04/analisis-del-decreto-253-del-23-de-febrero-de-2022.pdf>

22 Para una relación de los casos más representativos consultar la página 7 y 8 del documento: Análisis de las modificaciones introducidas al Programa de Beneficios por Colaboración por el Decreto 253 del 23 de febrero de 2022 por Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales, disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2022/04/analisis-del-decreto-253-del-23-de-febrero-de-2022.pdf>

Tabla No. 1. Elementos característicos del Programa de Beneficios por Colaboración en Colombia:

Elemento	Comentarios
Responsabilidad por daños y perjuicios causados por la conducta anticompetitiva	El delator ya no responderá solidariamente por los daños o perjuicios ocasionado por la conducta anticompetitiva que es objeto del PBC. Solo responderá en proporción a su participación en la causación del daño.
Número máximo de solicitantes	El parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.2. del Decreto 253 de 2022 limita el número de delatores a tres
Oportunidad, orden de prelación y beneficios	<p>Gráfica No. 1. ORDEN DE PRELACIÓN PARA OBTENER LOS BENEFICIOS POR COLABORACIÓN DEL DECRETO 253 DE 2022.</p>  <pre> graph LR Root[Orden de prelación para obtener los Beneficios por Colaboración] --> Cat1[Prelación para las solicitudes que se presenten hasta el día antes de la fecha de expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.] Root --> Cat2[Prelación para las solicitudes que se presenten el día de la fecha de expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, o con posterioridad a la misma.] Cat1 --> S1_1[Primer solicitante.] Cat1 --> S1_2[Segundo Solicitante.] Cat1 --> S1_3[Tercer Solicitante.] S1_1 --> B1_1[Exoneración total de la multa.] S1_2 --> B1_2[Reducción del 30% al 50%.] S1_3 --> B1_3[Reducción de hasta el 25%.] Cat2 --> S2_1[Primer solicitante.] Cat2 --> S2_2[Segundo solicitante.] Cat2 --> S2_3[Tercer solicitante.] S2_1 --> B2_1[Reducción de hasta el 30%.] S2_2 --> B2_2[Reducción de hasta el 20%.] S2_3 --> B2_3[Reducción de hasta el 15%.] </pre> <p>(Fuente: Análisis de las modificaciones introducidas al Programa de Beneficios por Colaboración por el Decreto 253 del 23 de febrero de 2022 por Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales, disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2022/04/analisis-del-decreto-253-del-23-de-febrero-de-2022.pdf)</p>

Elemento	Comentarios
Leniency Plus	<p data-bbox="459 201 1432 258">Gráfica No. 2. ORDEN DE PRELACIÓN PARA OBTENER LOS BENEFICIOS POR COLABORACIÓN DE OTRAS CONDUCTAS DEL DECRETO 253 DE 2022.</p>  <p data-bbox="459 724 1432 829">(Fuente: Análisis de las modificaciones introducidas al Programa de Beneficios por Colaboración por el Decreto 253 del 23 de febrero de 2022 por Alfonso Miranda Londoño y Luis Daniel Morales, disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2022/04/analisis-del-decreto-253-del-23-de-febrero-de-2022.pdf)</p>

Fuente: Elaboración propia.

Sin perjuicio del reconocimiento que la referencia al PBC como incentivo para la implementación de un programa de cumplimiento de libre competencia merece, debe tenerse en cuenta que el PBC únicamente representa un incentivo para implementar un programa de cumplimiento si, el PBC en sí mismo, constituye un incentivo para el delator.

En Colombia, al igual que en muchos otros países²³, los incentivos que el PBC puede ofrecer a las personas para que delaten se han visto expuestos a los siguientes retos²⁴.

a. Número máximo de solicitantes, sistema de “marcadores” y los beneficios que puede obtener cada delator

El parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.2. del Decreto 253 de 2022, establece que para el PBC existe un número máximo de delatores. Es por esto que; “en todo caso, el número máximo de Delatores que pueden acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración en cada actuación administrativa será de tres (3)”²⁵.

23 El 2022 OECD Competition Trends Report (Informe sobre Tendencias de la Competencia de la OCDE de 2022) indica una tendencia a la baja en el número de solicitudes de clemencia. Mientras en 2015 hubo 577 solicitudes de clemencia en todo el mundo, en 2020 hubo menos de la mitad (210). La curva descendiente fue similar en las Américas, donde las solicitudes de clemencia variaron de 53 en 2015 a alrededor de 18 en 2020, pese al aumento del número de jurisdicciones con programas de clemencia en todo el mundo (incluido Latinoamérica). Organization for Economic Co-operation and Development. MP/LACF(2022)13 | 1 Unclassified. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE. LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)13/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)13/es/pdf)

24 Para una mirada comprensiva de los retos que enfrentan los programas de delación en Colombia, Perú, Chile y México, puede consultarse a Alfonso Miranda Londoño “LOS PROGRAMAS DE AMNISTÍA, CLEMENCIA O DELACIÓN EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA LATINOAMERICANO. RETOS Y SOLUCIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO”. Tesis doctoral. Salamanca, 2022.

25 Artículo 2.2.2.29.2.2. del Decreto 253 de 2022.

Así mismo, como se puede ver en la Gráfica No. 1, toda vez que los beneficios se encuentran sujetos a un sistema de marcadores²⁶ que depende de la fecha de expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, y que se han ido disminuyendo, no parecen ser suficientes considerando los riesgos a los cuales se ve expuesto el delator de una conducta anticompetitiva.^{27 28}

Es por esto que consideramos que hasta que no se implemente un sistema de marcadores más razonable, se permita un mayor número de delatores, y se mejoren los beneficios, el PBC no genera suficientes incentivos para delatar. Esto, a su vez, no genera suficiente incentivo para implementar un programa de cumplimiento que eventualmente pueda conducir a una solicitud de acceso y obtención de beneficios al PBC como resultado de la autodetección de una conducta anticompetitiva.

Sin embargo, debe mencionarse que un programa de cumplimiento que sea efectivo en la detección temprana de la conducta permitirá que el infractor: (i) sea uno de los tres delatores (preferiblemente el primero); y (ii) que ingrese al PBC antes de la expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos (lo que le permitirá obtener los mejores beneficios de conformidad con la regulación vigente en Colombia).

b. Otras responsabilidades derivadas de la realización de conductas anticompetitivas (la indemnización de perjuicios y la criminalización del derecho de la competencia)

Además de la responsabilidad administrativa que se investiga y sanciona mediante el procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta la SIC en su calidad de autoridad de competencia, en contra de los infractores de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia, en Colombia el investigado se encuentra expuesto a otros regímenes de responsabilidad, tales como el civil y penal, frente a los cuales el PBC no ofrece beneficio alguno.

En efecto, por un lado, el infractor de las normas de competencia está expuesto a una posible responsabilidad civil como consecuencia de la cual debe indemnizar los perjuicios que ocasionó. Hasta la fecha²⁹, estas

26 El sistema de marcadores consiste en los criterios que utiliza la autoridad para determinar a partir del momento de la solicitud de declaración, a que beneficios puede acceder el delator en el orden de prelación. Es decir, a que porcentajes de exoneración o reducción de la multa puede acceder el delator dependiendo de si la solicitud se recibió hasta el día antes de la fecha de expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, o después.

27 Para consultar el análisis y los argumentos que la SIC ha publicado en favor del nuevo número de delatores y marcadores, consultar los textos: **(i)** Formato de Memoria Justificativa de la SIC del 19 de noviembre de 2021 y **(ii)** la Revisión al Programa de Beneficios por Colaboración del Despacho Superintendente de Industria y Comercio.

28 Para consultar el análisis de los fundamentos económicos de esta reforma al PBC consultar el capítulo 4 del documento Análisis Jurídico y Económico de las Modificaciones Introducidas al Programa de Beneficios por Colaboración por el Decreto 253 del 23 de Febrero de 2022, al cual ya hicimos referencia.

29 “Una posible explicación del descenso de las solicitudes de clemencia es el aumento del número de las acciones privadas por daños y perjuicios, especialmente en Europa. A la hora de decidir si autodenunciar o no, los cartelistas tienen en cuenta los costes y la duración de los procedimientos civiles de daños y perjuicios. (...) Al mismo tiempo, las acciones privadas representan una amenaza para los programas de clemencia, ya que dependen en gran medida de las decisiones de cártel derivadas de la clemencia. En consecuencia, un descenso de las solicitudes de clemencia podría también afectar la posibilidad de que las víctimas obtengan una compensación adecuada, creando un círculo vicioso. Según Archimbaud (2020, p. 2), «la acción privada corre entonces el riesgo de aniquilar la acción pública sin poder sobrevivir a ella». Los países deberían considerar estos elementos al intentar lograr el correcto equilibrio entre la aplicación de la ley pública y privada. En ocasiones, las modificaciones políticas pueden afectar a las solicitudes de clemencia cuando reducen la seguridad jurídica de sus consecuencias. Algunos expertos subrayan que la Directiva de la Unión Europea sobre daños y perjuicios impulsó el desarrollo de las acciones privadas, pero no consiguió proteger en la misma medida las solicitudes de clemencia. Según Archimbaud (2020), hay dos factores que contribuyen a desalentar solicitudes de clemencia: la negativa europea a conceder inmunidad civil al solicitante y el hecho de que el solicitante es el primer participante en el cártel expuesto a acciones civiles follow-on (aquellas basadas en una previa resolución sancionadora de la autoridad de competencia)”. Organisation for Economic Co-operation and Development. MP/LACF(2022)13 | 1 Unclassified. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE. LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)13/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)13/es/pdf)

demandas de indemnización de perjuicios, por la infracción a las normas de libre competencia, no han tenido mucho auge ni desarrollo. Si bien se han presentado, no existen precedentes sobre los cuales se pueda realizar un análisis puesto que, hasta la fecha, no hay pronunciamientos judiciales en firme.³⁰

En relación con la obligación de indemnizar los daños ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia, debe mencionarse que el parágrafo 3 del artículo 66 de la Ley 2195 de 2022 incluye una protección importante para el delator, ya que las empresas o personas que han sido admitidas al PBC no responden solidariamente por los mencionados perjuicios, sino de manera proporcional a su participación en la causación de los daños.

Por otro lado, debe aclararse que si bien a excepción del delito de colusión en licitaciones públicas previsto en el artículo 410 A del Código Penal, las infracciones de libre competencia no se encuentran expresa y directamente criminalizadas bajo algún tipo delictivo en Colombia. Sin embargo, sí existen otros tipos por los cuales se podría llegar a encajar estas conductas (dentro de los delitos que tutelan el orden económico y social³¹).

Como se puede observar, con la creación del Delito de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Artículo 410^a del Código Penal), que criminaliza la colusión en las licitaciones u ofertas públicas relacionadas con la contratación estatal, en Colombia, el principal (o único) desarrollo que ha tenido la criminalización del derecho de la competencia está relacionado con la lucha contra la corrupción, asociada a la colusión en las licitaciones públicas en la contratación estatal.

Al respecto, debemos destacar que, si bien la lucha contra la corrupción es de la mayor importancia, y si bien algunas prácticas restrictivas pueden ser categorizadas como corrupción, no todas las prácticas restrictivas se pueden catalogar de esa manera, en especial lo relacionado con los acuerdos verticales, las conductas unilaterales y algunas formas de abuso de la posición dominante. A pesar de lo anterior, se observa que la Ley 2195 de 2022, (sobre transparencia y anticorrupción), incrementó de manera exorbitante las sanciones para todas las prácticas restrictivas de la competencia y modificó el PBC.

c. La Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN):

Adicionalmente, y, probablemente, uno de los desincentivos que más tiene en declive el PBC en Colombia, es el riesgo al que se exponen los delatores frente a la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, "CAN").

Este reto se refiere a los casos en que la conducta tenga lugar o genere efectos en países miembros de la CAN. En efecto, por más de que las empresas se hayan delatado de conformidad con los programas de clemencia nacionales, a nivel supranacional estarán expuestos a ser investigados y sancionados bajo la Decisión 608 de CAN (norma que no cuenta con un programa de delación a nivel andino³²).

30 "El litigio privado antimonopolio en Colombia aún se encuentra en sus primeras etapas. Aunque el país ha tenido leyes que permiten acciones individuales y colectivas, durante varios años, no se ha concluido ningún caso relevante que reconozca daños a un demandante en una acción antimonopolio privada. Incluso en juicios civiles posteriores en los que la autoridad nacional de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), ha declarado públicamente en investigaciones administrativas que una empresa violó las leyes antimonopolio (incluso sugiriendo el aumento exacto de precios sufrido por los consumidores), los demandantes no han tenido éxito en sus búsquedas." (Traducción propia) tomado de The Private Competition Enforcement Review: Colombia. Felipe Serrano y Juan Felipe Traber. The Law Reviews. Disponible en: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-private-competition-enforcement-review/colombia>

31 Alfonso Miranda Londoño "Impacto de la criminalización del derecho de la competencia sobre los programas de clemencia o delación". En publicación por la Universidad Externado de Colombia, dentro del libro "Derecho de la Competencia: Actualidad y Retos."

32 "Los expertos también consideran que la multiplicidad de los programas de clemencia, y en consecuencia de normas y procedimientos, es un problema para que los participantes en cárteles internacionales soliciten clemencia. No pueden estar seguros de que vayan a tener derecho a la inmunidad en todas las jurisdicciones importantes afectadas por el cártel específico." Organisation for Economic Co-operation and Development. MP/LACF(2022)13 1 Unclassified. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETI-

d. La calidad de “instigador” o “promotor”:

Por último, en Colombia existe un desincentivo para delatar, debido que el numeral 5 del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 253 de 2022 PBC prohíbe que se otorguen los beneficios del PBC al instigador o promotor de la conducta anticompetitiva. Asimismo, a partir de la expedición del Decreto 253 de 2022, el artículo 2.2.2.29.2.1. exige al solicitante declarar que para efectos de la conducta que delata no ha sido el instigador o promotor.

Estas disposiciones representan un desincentivo para las empresas ya que, por un lado, existe el riesgo para el delator de que en el trascurso de la investigación la SIC no le conceda los beneficios por considerar que es el instigador o promotor de la conducta delatada. Esto representa un reto si se toma en cuenta el análisis que tanto la OCDE como la academia han hecho respecto de la independencia y estructura de la SIC ³³.

Adicionalmente, otro reto para el PBC reside en los criterios para determinar la calidad de instigador o promotor de la conducta delatada. En Colombia, el numeral 1 del artículo 2.2.2.29.1.2. del Decreto 253 de 2022 define al instigador como aquella “... 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”. Sin perjuicio de esta definición, existe un riesgo para el delator de que, en el trascurso de la investigación, la SIC le niegue los beneficios por considerar que es el agente instigador o promotor de la conducta delatada.

En estos casos, el investigado que pierde los beneficios del PBC porque se le ha declarado como instigador o promotor de la conducta en el marco de una investigación, solamente le quedaría la vía contencioso-administrativa para buscar el restablecimiento de sus derechos perdidos. Sin embargo, estos procesos se demoran varios años y mientras tanto las decisiones de la autoridad tienen efectividad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que durante la vigencia del Decreto 1523 de 2015, la autoridad de competencia debía probar que el solicitante era el instigador o promotor puesto que existía una presunción de que no lo era. Con la expedición del Decreto 253 de 2022 esta presunción se derogó.

Sin perjuicio de que la presunción de inocencia debería proteger los derechos del solicitante al PBC y exigir a la autoridad de competencia la demostración de la calidad de instigador o promotor, está claro que la nueva normativa de delación ha desmejorado las garantías de los solicitantes del PBC.

De este análisis se puede concluir que para que las empresas perciban que la existencia del PBC es un incentivo para la implementación de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, primero se deben solucionar los retos del PBC anteriormente señalados, permitiendo así que los infractores con ocasión a un programa de cumplimiento decidan “acudir ante la SIC, con el fin de aportar la información de las conductas que en virtud del programa de cumplimiento fueron detectadas, y para que, de esta manera, se pueda acoger a alguno de los beneficios”.³⁴

TION COMMITTEE. LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2022\)13/es/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2022)13/es/pdf)

33 Deficiencias de arquitectura institucional del régimen colombiano, de Gabriel y Alejandro Ibarra. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/deficiencias-regimen-colombiano/>

34 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p. 41 Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

Por último, una perspectiva de derecho comparado permite analizar una aplicación diferente del PBC y los programas de cumplimiento. Partiendo de los requisitos del PBC y no de los incentivos que constituyen la detección temprana de la conducta para obtener los beneficios, se puede encontrar en la experiencia internacional que la *"Comisión de Competencia de Hong Kong (HKCC) exige como condición del programa de clemencia/cooperación la adopción de un programa de cumplimiento eficaz. Véase, por ejemplo, el párrafo 2.15, letra f), de la Política de clemencia de la HKCC para las empresas que participan en prácticas cartelización"*.³⁵

Este ejemplo nos muestra la posibilidad de incorporar como un requisito para poder acceder al PBC, la implementación de un programa efectivo de cumplimiento de las normas de competencia. Una norma de este tipo haría sin duda crecer el número de programas de cumplimiento, pero es posible que se convierta en un desincentivo más para la aplicación a los PBC, en caso de que la autoridad utilice un criterio excesivamente rígido y exigente para aceptar que un programa de cumplimiento es efectivo.

Debe tenerse en cuenta que en la actualidad no se han certificado programas de cumplimiento en Colombia de conformidad con la NTC. Por ello, un posible delator razonablemente podría llegar a asumir que, al encontrarse los beneficios del PBC sujetos a la implementación del programa de cumplimiento efectivo, la obtención de los mismos se podría encontrar en riesgo, por más de que colabore activamente con la autoridad en la detección, investigación y/o posible represión de una conducta anticompetitiva.

B. Análisis de la Graduación de la multa como incentivo para la implementación de un programa de cumplimiento

En un análisis de derecho comparado para la expedición de la Guía, la SIC encontró que *"...en países como Brasil, Ecuador, España, Italia, Hong Kong, entre otros, las Autoridades de Competencia pueden considerar como factor atenuante para la graduación de la multa por infringir las normas sobre protección de la competencia, la adopción de programas de cumplimiento. Cada país ha establecido diferentes criterios para conceder dicho beneficio."*³⁶

En el caso colombiano, si bien el régimen de competencia no tiene expresamente consagrado como un factor para tener en cuenta al momento de la graduación de la multa la adopción de programas de cumplimiento, la Guía sí lo recomienda. Esto en los siguientes términos: *"... se recomienda acercarse a la SIC con la información detectada hasta el momento, aceptar cargos, colaborar e incluso, implementar un programa de cumplimiento con el fin de que la Autoridad de Competencia lo pueda evaluar como un eventual factor favorable para la graduación de la multa, tal y como lo ha sugerido la SIC en decisiones recientes."*³⁷

Adicionalmente, la Guía establece que *"También se ha dispuesto en casos en que las garantías propuestas no sean consideradas suficientes, que la implementación de un programa de cumplimiento en libre competencia podría ser considerado favorablemente para la graduación de la eventual sanción."*³⁸

Al igual que en el caso del PBC, el régimen de multas fue modificado con la expedición de Ley 2195 de 2022, cuyos aspectos más representativos se señalan a continuación.

35 Hong Kong Competition Commission (HKCC): The Commission requires as a condition of leniency/cooperation entering into an effective compliance programme. See, for example, paragraph 2.15(f) of the HKCC's Leniency Policy for Undertakings Engaged in Cartel Conduct. *International Competition Network*. Advocacy Working Group. Report on Competition Compliance. Disponible en: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/04/AWG-Report-on-Competition-Compliance.pdf>

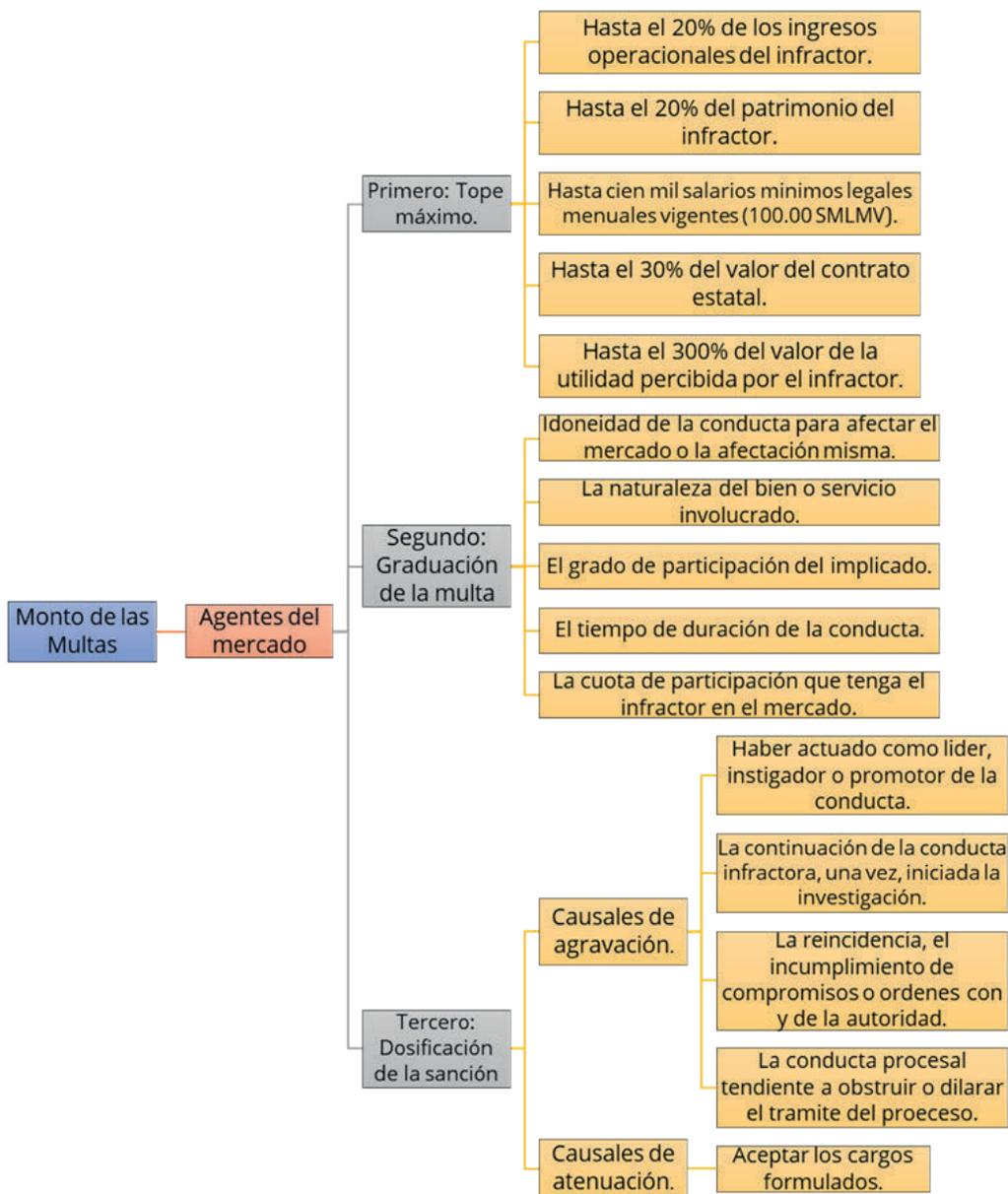
36 Superintendencia de Industria y Comercio La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia, p. 10 Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

37 Superintendencia de Industria y Comercio La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia, p. 43, Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

38 Superintendencia de Industria y Comercio La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia, p. 44 Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

En primer lugar, al momento de imponer una sanción, la autoridad de competencia en Colombia sigue un sistema de tres pasos, en donde primero define el tope máximo del importe de la multa que se puede llegar a imponer. El segundo paso consiste en el establecimiento de la multa a imponer, mediante la aplicación de los criterios de graduación establecidos en la ley. El tercer y último paso consiste en la aplicación de los criterios de agravación y atenuación de la multa para su dosificación. La aplicación de estos tres pasos se ve reflejada tanto para agentes del mercado, como para facilitadores, en la siguientes dos graficas³⁹:

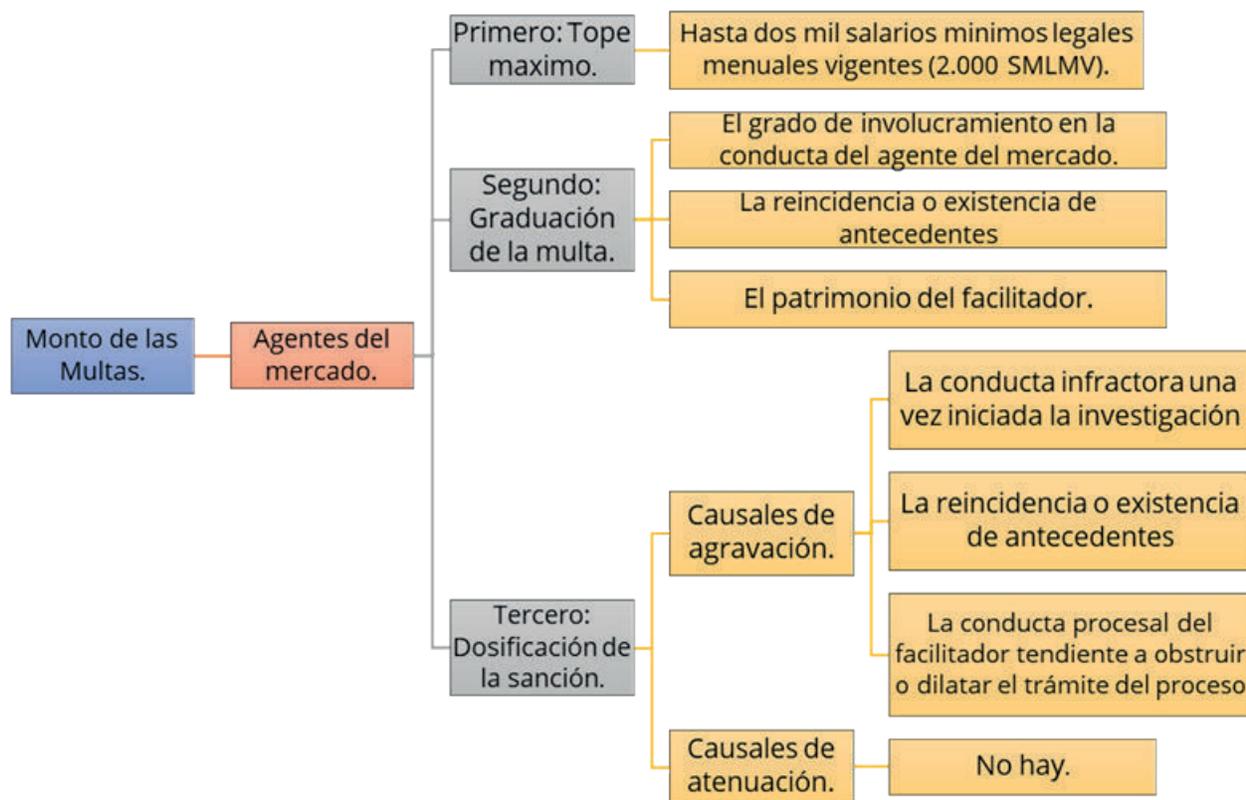
Gráfica No.3: Criterios para el establecimiento del tope máximo, la graduación y dosificación de la multa para agentes del mercado



Fuente: Elaboración propia.

39 Debe mencionarse que actualmente la Ley 2195 de 2022, entre otros, por algunos de los argumentos que se señalan en las publicaciones (i) Problemas de inconstitucionalidad del nuevo régimen sancionatorio en la ley de competencia de Colombia de Felipe Serrano disponible en: <https://centrocompetencia.com/problemas-inconstitucionalidad-regimen-sancionatorio-colombia/> y (ii) Vicios constitucionales en el trámite de la Ley 22195_ violación de los principios de unidad de materia y consecutividad e identidad flexible de Alejandro García de Brigard disponible en: <https://centrocompetencia.com/vicios-constitucionales-ley-2195-colombia/>

Gráfica No.4: Criterios para el establecimiento del tope máximo, la graduación y dosificación de la multa para facilitadores



Fuente: Elaboración propia.

De estos tres pasos, es en el segundo (en el de la graduación de la multa) en donde el investigado puede verse beneficiado por la implementación de un programa de cumplimiento. Esto, toda vez que al momento de ponderar los criterios para la graduación de la sanción, la SIC cuenta con una amplia discrecionalidad.

Por último, debe tenerse en cuenta que la Guía también hace referencia a la aceptación de cargos, lo cual significaría que en el tercer paso (dosificación de la sanción), puede considerarse una causal de atenuación de la multa. Sin embargo, este incentivo únicamente estaría vinculado a un programa de cumplimiento cuando sean las mismas herramientas del programa las que llevan a la aceptación de los cargos.

c. Análisis del ofrecimiento de garantías como incentivo para la implementación de un programa de cumplimiento

Por último, la Guía hace referencia a la posibilidad de implementar un programa de cumplimiento como parte de un ofrecimiento de garantías cuyo objetivo es la terminación anticipada de la investigación sin sanciones para el investigado⁴⁰. Al respecto debe tenerse en cuenta que *“En decisiones recientes la SIC ha*

⁴⁰ Debido a que las normas de libre competencia no definen lo que es una garantía en este tipo de procesos, la SIC asimila el término al de caución, definido en el artículo 65 del Código Civil (...) la garantía se puede entender, en los términos de la Resolución 24.206 de 2000 expedida por la SIC (caso del chocolate) como una “obligación, adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede”, es decir, que reduce las consecuencias del eventual incumplimiento de la obligación principal prometida a la SIC sobre la suspensión o modificación de la conducta indebida. El ofrecimiento de Garantías en el Derecho de

aceptado garantías para cerrar anticipadamente investigaciones que incluyen el ofrecimiento de implementación de programas de cumplimiento en libre competencia, junto con otros compromisos estructurales.”⁴¹

Esta posibilidad está regulada en el numeral 7 del artículo 1 del Decreto 092 de 2022⁴² y el inciso 6 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁴³. El ofrecimiento y la aceptación de garantías dentro de una investigación que adelanta la SIC por la presunta realización de una conducta anticompetitiva “...*implica la posibilidad para el investigado, de ofrecerle al Superintendente que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En caso de que el Superintendente considere que las garantías son suficientes, ordenará la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado*”.⁴⁴

En este caso entonces, el investigado ofrecerá como parte de las garantías, la implementación de un programa de cumplimiento, cuyas herramientas en nuestra opinión deben estar orientadas a lograr que⁴⁵: **(i)** se mitiguen en todo, o, en parte,⁴⁶ los efectos anticompetitivos que se han producido con ocasión de la presunta conducta anticompetitiva junto con otras garantías; **(ii)** prevenir, en la medida de lo posible la reincidencia; y **(iii)** detectar en forma temprana las conductas por medio de las cuales podrían resultar violadas las disposiciones sobre libre competencia y en ese caso que se asegure la colaboración efectiva con la autoridad.

Sin embargo, no se debe ignorar la advertencia de la SIC, en el sentido de que para que las garantías sean suficientes, por regla general se requerirá que además de la implementación del programa de cumplimiento, se ofrezcan otros compromisos estructurales. La necesidad de acompañar el ofrecimiento de una garantía que consista en un programa de cumplimiento junto con otros compromisos, encuentra su justificación en que si bien la SIC se encuentra facultada para analizar y decidir si acepta o rechaza una garantía que ha presentado un presunto infractor de conformidad con la potestad discrecional que le otorga la ley, la autoridad debe tomar

la Competencia. Por Alfonso Miranda Londoño. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-ofrecimiento-de-garantias-en-el-derecho-de-la-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

41 Superintendencia de Industria y Comercio *La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia*, p. 44 Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

42 Decreto 092 de 2022. Artículo 1. Funciones generales. (...) La superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 7. *Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.*

43 Decreto 2153 de 1992. Artículo 52. Procedimiento. (...) Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga

44 El ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia. Por Alfonso Miranda Londoño. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-ofrecimiento-de-garantias-en-el-derecho-de-la-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

45 “De allí se deriva la doble ventaja que ofrece este instrumento: El investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la Entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin que pueda resultar sancionado. La Autoridad de la Competencia, por su parte, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del investigado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación.” El ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia. Por Alfonso Miranda Londoño. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-ofrecimiento-de-garantias-en-el-derecho-de-la-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

46 En este caso se debe mitigar de manera lo suficientemente significativa para que la SIC acepte la garantía.

la decisión de conformidad con los objetivos y bienes jurídicos tutelados por el derecho de la competencia y el principio de legalidad que exige que la garantía sea suficiente.⁴⁷⁻⁴⁸

Esto significa que la decisión de aceptar o rechazar la garantía no es arbitraria, puesto que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA) exige que *"En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."*

Además de los beneficios a los cuales ya hemos hecho referencia, es de suma importancia mencionar que *"... el ofrecimiento de garantías no implica de ninguna manera una confesión o la aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal. En efecto, por definición normativa, la aceptación de las garantías por parte de la Superintendencia produce la terminación anticipada de la investigación, antes de que la Entidad se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, antes de que se califique la conducta investigada como anticompetitiva o desleal según sea el caso. En estas condiciones, la ley no exige a los investigados que renuncien a su presunción de inocencia, sino que precisamente les ofrece la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas."*⁴⁹

Este incentivo para la adopción de los programas de cumplimiento debe considerarse junto con los demás que contiene la Guía. En efecto, se debe recordar que es posible que el programa de cumplimiento por sí mismo puede no resultar suficiente para que la SIC acepte las garantías y ordene la terminación anticipada de la investigación. Pero aún en ese caso, el ofrecimiento del programa de cumplimiento puede resultar benéfico para el investigado, ya que *"También se ha dispuesto en casos en que las garantías propuestas no sean consideradas suficientes, que la implementación de un programa de cumplimiento en libre competencia podría ser considerado favorablemente para la graduación de la eventual sanción."*⁵⁰

Por último, es importante tener en cuenta que el mecanismo de las garantías tiene su contrapartida en los compromisos que trae el artículo 27 de la Decisión 608 de la CAN, norma supranacional que puede resultar aplicable a aquellos casos con dimensión comunitaria, en los cuales el ofrecimiento del programa de cumplimiento también puede llegar a jugar un papel.

47 En relación con la naturaleza de la facultad que tiene el Superintendente de Industria y Comercio de estudiar y aceptar o rechazar las garantías que de manera voluntaria le ofrezcan los investigados, ha dicho la Superintendencia, en el concepto radicado bajo el No. 980139914, lo siguiente: *"La anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional. La discrecionalidad no significa en ningún momento desconocimiento del principio de legalidad, sino que consiste en la realización, por parte de la administración, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones. Tampoco implica arbitrariedad al momento de decidir, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga."* El ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia. Por Alfonso Miranda Londoño. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-ofrecimiento-de-garantias-en-el-derecho-de-la-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

48 *"La discrecionalidad no significa en ningún momento desconocimiento del principio de legalidad, sino que consiste en la realización, por parte de la administración de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones. Tampoco implica arbitrariedad al momento de decidir, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga."* Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 98013991 del 1999.

49 El ofrecimiento de Garantías en el Derecho de la Competencia. Por Alfonso Miranda Londoño. Disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/el-ofrecimiento-de-garantias-en-el-derecho-de-la-competencia-alfonso-miranda-londono.pdf>

50 Superintendencia de Industria y Comercio La guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia, p. 44 Guía Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final.pdf>.

V. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: CASOS MÁS REPRESENTATIVOS

Mucho ha cambiado en Colombia desde el último diagnóstico de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia⁵¹. La autoridad de competencia ha realizado un gran esfuerzo para mejorar la cultura y política de cumplimiento, el cual se ha visto reflejado, entre otros, en: **(i)** la expedición de la NTC-6378 del ICONTEC; **(ii)** la expedición de la Guía; **(iii)** la implementación de programas de cumplimiento con ocasión de la aceptación de garantías como mecanismo para la terminación anticipada de las investigaciones; **(iv)** la implementación de programas de cumplimiento como consecuencia de una orden directa de la SIC; **(v)** la ponderación de la existencia de un programa de cumplimiento a la hora de graduar la multa; y **(vi)** la implementación de un programa de cumplimiento como un condicionamiento para la autorización de una operación de concentración empresarial.

Las tablas que a continuación se exponen relacionan los diferentes casos por los cuales la autoridad de competencia ha dado aplicación a la implementación de programas de cumplimiento en materia de libre competencia de todas estas maneras.

5.1 Implementación de un Programa de Cumplimiento con ocasión de la presentación y aceptación de garantías:

Como ya se mencionó, dentro de una investigación el investigado puede ofrecer la implementación de un programa de cumplimiento como garantía. Los casos más representativos que se han presentado sobre el particular se muestran en la Tabla N°2.

51 Para más información consultar: Antitrust Compliance in Latin America. Del American Bar Association (ABA) y Centro Competencia (CeCo). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/aba-ceco-antitrust-compliance-latin-america/>

Tabla No. 2. Casos más representativos de la implementación de programas de cumplimiento en Colombia por la presentación y aceptación de garantías.

Caso	Resolución
Caso Dimayor	<p>Resolución 50188 de 2022.</p> <p>“De manera preliminar, debe recordarse que el esquema de garantías que presentó la DIMAYOR fue coadyuvado por todos los demás investigados en la actuación, así como por la FCF, quienes adhirieron al mismo, obligándose a su total cumplimiento. Adicionalmente, algunos de los investigados presentaron un número de garantías adicionales, que solo vinculan a sus proponentes, y que serán evaluadas igualmente por este Despacho.</p> <p>(...)</p> <p>NOVENA GARANTÍA: ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL FÚTBOL PROFESIONAL COLOMBIANO</p> <p>Los PROponentes ofrecen estructurar, aplicar internamente, y liderar la implementación en el sector de la economía en donde desarrolla su actividad económica, la adopción y aplicación de un programa de CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA, de conformidad con la norma ICONTEC NTC 6378:2020.</p> <p>Para ello, la DIMAYOR elaborará el proyecto respectivo y lo presentará a la Superintendencia de Industria y Comercio para su revisión y aprobación, dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que dé por terminado el presente proceso por suficiencia de garantías.</p> <p>Además, la DIMAYOR se ofrece a realizar un programa pedagógico a través de diversas sesiones (capacitación en ‘Libre Mercado’), dirigido a las distintas áreas -especialmente a los directivos-, con el fin de reforzar los conocimientos sobre los principios orientadores de la libre competencia y el régimen del derecho de la competencia en Colombia.</p> <p>Dicho programa incluirá temas tales como los acuerdos anticompetitivos, prácticas comerciales restrictivas, los intercambios de información, la competencia monopolística y la protección de la competencia por medio del derecho penal. Dichas sesiones, se realizarán dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de la resolución de aceptación de garantías.</p> <p>Así, durante el primer año del ESQUEMA DE GARANTÍAS, la DIMAYOR llevará acabo un total de cuatro (4) capacitaciones, en la ciudad de Bogotá D.C. La asistencia a dichas capacitaciones es de obligatorio cumplimiento por parte de los clubes pertenecientes a la DIMAYOR.</p> <p>Dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que acepte el presente ofrecimiento de Garantías, la DIMAYOR y sus clubes asociados, crearán y adoptarán – conjuntamente- un Manual en materia de libre competencia. Dicho manual incluirá su concepto, alcance, importancia y beneficios, así como el compromiso de garantizar y promover la libre competencia en el mercado de los derechos deportivos de los jugadores del fútbol profesional colombiano; que adquiere toda persona que se vincule directa o indirectamente a la DIMAYOR o a los clubes asociados a esta.</p> <p>Este Manual en materia de libre competencia se elaborará con fundamento en la norma técnica NTC 6378:2020.”</p>

Caso	Resolución
<p>Taxi Imperial</p>	<p>Resolución. 36870 de 2021.</p> <p>“QUINTA GARANTÍA: CREACIÓN MANUAL DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA.</p> <p>TAXI IMPERIAL adoptará e implementará un Manual de Cumplimiento en materia de libre competencia que incluya su concepto, alcance, importancia y beneficios, así como el compromiso que adquiere toda persona que se vincule directa o indirectamente con TAXI IMPERIAL de garantizar y promover la libre competencia en el mercado de servicio de transporte individual de pasajeros en vehículos tipo taxi y vehículos de servicio especial en las ÁREAS CONCESIONADAS.</p> <p>Este Manual de Cumplimiento se elaborará con fundamento en la norma técnica NTC 6378:2020 “Requerimientos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia.</p> <p>Cumplido el término para su elaboración, y dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al mismo, TAXI IMPERIAL pondrá el Manual de Cumplimiento elaborado en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio para que esta entidad dé su visto bueno y se pueda proceder con su ejecución.”</p>

Caso	Resolución
Caso Bavaria	<p>Resolución 50340 de 2022.</p> <p>“DÉCIMA SÉPTIMA GARANTÍA: IMPLEMENTACIÓN, CERTIFICACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE LA NTC 6378 DE 2020</p> <p>BAVARIA adoptará, en convenio con el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (en adelante “ICONTEC”), la norma técnica NTC 6378 de 2020. En el marco de este compromiso, BAVARIA se compromete a:</p> <p>4. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la resolución que acepte el ESQUEMA DE GARANTÍAS, BAVARIA se compromete a presentar la solicitud a ICONTEC;</p> <p>b. Dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de acto administrativo que acepte el ESQUEMA DE GARANTÍAS, acoger e implementar la NTC 6378:2020 <i>“Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia”</i>, y desarrollar dicho programa en conjunto con la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.</p> <p>Para tal fin, BAVARIA cumplirá con la totalidad de los requisitos definidos para contar y fortalecer sus buenas prácticas en materia libre competencia económica en los mercados. Así, la compañía contribuirá con el fomento de una cultura de libre competencia, la prevención de conductas que la lesionen y la mitigación de los riesgos asociados a su ocurrencia.</p> <p>El Programa de Cumplimiento será enviado a la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que cierra la presente investigación por aceptar garantías, con el objetivo de que esta autoridad los revise y avale el Programa de Cumplimiento.</p> <p>Una vez la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio avale dicho programa, BAVARIA se compromete a implementarlo en un término no mayor a seis (6) meses y enviarle a la autoridad la respectiva verificación y certificación otorgada por ICONTEC.</p> <p>Durante la etapa de Implementación, BAVARIA, en coordinación con la Dirección de Cumplimiento de esta Superintendencia, definirá los hitos y los tiempos para cada uno de estos en un plan de seguimiento a este punto particular del ofrecimiento de garantías. Esta segunda etapa, estará encaminada a poner en marcha la aplicación del Programa de Cumplimiento al interior de la compañía y su socialización. La implementación iniciará con un proceso de Debida Diligencia (<i>“Due Diligence”</i>) en materia de libre competencia, y tendrá actividades de socialización y entrenamiento frente al Programa de Cumplimiento, así como capacitaciones intensivas, monitoreos y auditorías externas.”</p>

Fuente: Elaboración propia.

Como bien lo menciona la Guía, la política de la SIC es que cuando se rechacen garantías que incluyan la implementación de un programa de cumplimiento, ello no debe entenderse como un desincentivo para la adopción de dicha herramienta. Esto se debe a que como ya se mencionó, su implementación, dentro del margen de la potestad discrecional de la cual goza la autoridad de competencia, puede llegar a constituir una reducción en la graduación de la multa. Es así como, en comunicaciones recientes por las cuales se han rechazado las garantías, la SIC ha sido enfática en informar de esto a los investigados.

5.1 Implementación de un Programa de Cumplimiento con ocasión de una orden directa del Superintendente

Otra de las herramientas por medio de las cuales la SIC ha venido promoviendo la implementación de programas de cumplimiento ha sido a través de una orden directa del Superintendente, en ejercicio de la función prevista en el numeral 6 del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 092 de 2022.

Tabla No. 3. Casos más representativos de la implementación de programas de cumplimiento en Colombia por una orden directa del Superintendente

Caso	Resolución
<p>Caso Ecopetrol.</p>	<p>Resolución 10220 de 2021.</p> <p>“ARTÍCULO DECIMO NOVENO: En firme la presente Resolución, ORDENAR a ECOPETROL S.A. identificada con el Nit. 899.999.068-1, que estructurar y/o potenciar un sistema de alteras que le permita identificar las posibles infracciones a las normas del régimen de la libre competencia económica en el marco de su actividad social, a través de las distintas acciones que realice en los distintos lugares del territorio nacional. Así mismo ORDENAR a ECOPETROL S.A. que comunique la presente decisión a las contratistas que ejecutan sus obras de infraestructura”.</p>
<p>Caso Suzuki.</p>	<p>Resolución 27906 de 2022.</p> <p>“Bajo el contexto anteriormente expuesto, este Despacho considera pertinente ordenar a SUZUKI implementar un programa de cumplimiento que permita generar un entorno de competencia, <u>dado que la conducta que en este caso se reprocha se convirtió en una política arraigada a SUZUKI, que hacía parte de la dinámica normal de sus actividades comerciales y que podría continuar afectando la competencia intramarca.</u></p> <p>En consecuencia, se ordenará a SUZUKI implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica que comprenda la importancia de instaurar una cultura de cumplimiento del régimen de libre competencia económica y en donde la autorregulación juegue un papel fundamental en el proceso de implementación. Este programa deberá reunir las condiciones establecidas en la NTC 6378 de 2020 “requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia”.</p> <p>Siendo así, SUZUKI deberá diseñar y posteriormente implementar un Programa de Cumplimiento, contemplando los aspectos aquí mencionados y los demás que considere necesarios a fin de que establezca relaciones de confianza con todos sus <i>Stakeholders</i>, mantenga en alto su nombre empresarial y su reputación y facilite el cumplimiento de sus objetivos estratégicos y sus fines corporativos.</p> <p>El diseño y contenido del programa de cumplimiento deberá ser enviado a la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro los tres (3) meses siguientes de la ejecutoria del presente acto administrativo. Una vez el programa sea revisado y avalado por la Dirección de cumplimiento deberá implementarse en un término no mayor a un año de lo cual se hará verificación por parte de la Dirección de Cumplimiento.</p> <p>(...)</p> <p>ARTÍCULO QUINTO. ORDENAR a SUSUKI MOTOR DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 891.410.1372, establecer e implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución.”</p>

Fuente: Elaboración propia.

5.3 Implementación de un Programa de Cumplimiento para la graduación de la multa

Una de las novedades más representativas de la Guía relacionada con la implementación de programas de cumplimiento es el llamado que hace a su implementación para obtener algún eventual beneficio al momento de la graduación de la multa.

Esta es una de las políticas de la SIC más recientes y novedosas, que podemos ver reflejada en las aperturas de investigación que se muestran en la Tabla N°4.

Tabla No. 4. Casos más representativos de la sugerencia para la implementación de un programa de cumplimiento para obtener un beneficio al momento de la graduación de la multa.

Caso	Resolución
<p>Caso Puerto Buenaventura.</p>	<p>Resolución 44516 de 2022.</p> <p>“Finalmente, vale la pena señalar que ante una eventual imposición de sanciones por las conductas imputadas, la expedita y eficaz adopción e implementación de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia con fundamento en la norma técnica NTC 6378:2020 “requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia”, que incluya su alcance, importancia y beneficios, así como el compromiso que adquiere toda persona que se vincula directa o indirectamente con las empresas investigadas de garantizar y promover la libre competencia en el mercado objeto de la presente investigación, podrá ser tenido en cuenta favorablemente en la graduación de dicha sanción.”</p>

Otro caso representativo para la implementación de programas de cumplimiento relacionados con la graduación de la multa es el de LACTOSUEROS. En este, mediante Resolución 45662 del 15 de julio de 2022 por medio de la cual se ordenó la apertura de investigación, se hizo la misma recomendación a la del caso del Puerto de Buenaventura.

Sin embargo, toda vez que la política pública de competencia de la SIC en este aspecto es reciente, no se han presentado hasta el momento casos ni pronunciamientos en donde: **(i)** se haya implementado un programa de cumplimiento por más de que la autoridad haya rechazado la garantía ofrecida con el fin de obtener un beneficio en la graduación de la multa, y/o **(ii)** la SIC, al momento de graduar la multa, haya tomado en cuenta la implementación de un programa de cumplimiento. Es por esto que, hasta la fecha de redacción de este documento, estamos a la expectativa de ver los resultados de parte de la autoridad en este tipo de casos.

Por último, lo que no vemos muy probable es que se use la preexistencia de un programa de cumplimiento para justificar beneficio alguno en una investigación, en especial al momento de la graduación de la sanción. Esto pues, si bien en este supuesto se ha implementado un programa de cumplimiento, ha habido lugar a la comisión de conductas anticompetitivas, y por lo tanto podría considerarse que el programa de cumplimiento falló. Sin embargo, está la posibilidad de que el investigado, gracias al programa de cumplimiento, entre en un programa de beneficios por colaboración, caso en el cual podría obtener los beneficios del PBC.

5.4 Implementación de un Programa de Cumplimiento como consecuencia de la imposición de condicionamientos al autorizar una concentración empresarial

Por último, una de las formas más comunes para la implementación de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, tiene que ver con la aceptación de condicionamientos para la autorización de una concentración empresarial de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Los casos más representativos de su aplicación son se muestran en la Tabla N°5.

Tabla No. 5. Casos más representativos de la implementación de un Programa de Cumplimiento con ocasión de la aceptación de condicionamientos para la autorización de una concentración empresarial.

Caso	Resolución
Caso Arati.	<p>Resolución 23645 de 2022.</p> <p>“13.1.1. Descripción del condicionamiento</p> <p>(..)</p> <p>13.1.3. Obligaciones de comportamiento tendientes a mitigar el riesgo de posibles restricciones</p> <p>Por el tiempo de vigencia que se establezca en el presente acto administrativo, las INTERVINIENTES estarán obligadas a:</p> <p>(...)</p> <p>h) Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia. Ese Programa deberá reunir las condiciones establecidas en la NTC 6378:2020 – “requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia”. En caso de que alguna de las INTERVINIENTES ya cuente con un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia, deberá adoptar las medidas para que ese Programa reúna las condiciones establecidas en la norma técnica referida.</p> <p>Los Programas de cumplimiento o su adecuación, deberán ser enviados a la Dirección de Cumplimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, a través de certificación suscrita por su representante legal. Una vez los programas sean revisados y avalados por la Dirección de Cumplimiento deberán implementarse en un término no mayor a un (1) año, de lo cual se hará verificación por parte de la Dirección de Cumplimiento. No obstante, la ejecución de los Programas de Cumplimiento deberá estar vigente, como mínimo durante el tiempo de los condicionamientos.”</p>

Caso Glencore.	<p>Resolución 83327 de 2021.</p> <p>“12.1.1. Descripción del condicionamiento</p> <p>La integración que se decide queda sujeta al cumplimiento del condicionamiento que a continuación se describe:</p> <p>(...)</p> <p>12.1.1.2. Obligaciones comportamentales tendientes a mitigar el riesgo de posibles restricciones</p> <p>Por el tiempo de vigencia que se establezca en el presente acto administrativo y a partir de su ejecutoria, GLENCORE deberá:</p> <p>(...)</p> <p>d) Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia. Ese Programa deberá reunir las condiciones establecidas en la NTC 6378:2020 – requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia. En caso de que Glencore ya cuente con un programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia, deberá adoptar las medidas para que ese programa reúna las condiciones establecidas en la norma técnica referida”.</p>
-----------------------	--

Lo que estos casos sugieren es que, si bien en Colombia no existe un precedente directamente relacionado con la aplicación de los programas de cumplimiento, debe tenerse en cuenta que la autoridad de competencia sí ha encontrado y de manera muy significativa, la forma de implementación de esta herramienta.

En las resoluciones más recientes en donde la SIC ha condicionado una operación de concentración empresarial, hay una tendencia de la autoridad por incluir dentro del condicionamiento la adopción de un programa de cumplimiento.⁵²

5.5 Sugerencia de la SIC de implementar un Programa de Cumplimiento ya sea en la apertura de una investigación o la imposición de una multa

Por último, con el fin de atender cualquier posible riesgo de reincidencia, en algunos de sus últimos pronunciamientos la SIC ha recomendado al momento de imponer sanciones que se implementen programas de cumplimiento. Lo anterior, sobre la base de que, como ya se ha explicado, además de prevenir la comisión de cualquier conducta anticompetitiva, estos programas permiten identificar en una etapa temprana la existencia de estas conductas, lo que eventualmente le permite al investigado colaborar de manera oportuna con la autoridad y solicitar el acceso a los diferentes beneficios que otorga la legislación colombiana al respecto. Algunos de estos casos se pueden ver identificados en la Tabla N°6:

⁵² Aparentemente el inicio de esta política pública de enforcement de la SIC fue el caso IBOPE.

Tabla No. 6. Casos más representativos en los que se sugiere implementar un programa de cumplimiento, ya sea en la apertura de una investigación o en la imposición de una multa

Caso	Resolución
<p>Caso CISA.</p>	<p>Resolución 37344 de 2022.</p> <p>“Dicha alerta responde a la obligación de esta Entidad de promover la libre competencia en los diferentes mercados nacionales, por lo cual se sugiere la implementación de programas de cumplimiento en materia de libre competencia que busquen prevenir, a futuro, la ocurrencia de estas prácticas, o ayuden a detectar tempranamente cualquier violación al régimen de libre competencia económica.</p> <p>(...)</p> <p>ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO. En firme la presente decisión, COMUNICAR a CENTRAL DE INVERSIONES S.A., identificada con Nit No. 860.042.945-5, para advertirle sobre las posibles violaciones al régimen de libre competencia económica que se pueden presentar en el marco de sus procesos de subasta y considere la implementación y adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica.”</p>
<p>Caso Licores.</p>	<p>Resolución 42815 de 2022.</p> <p>“De esta manera, se encuentran elementos probatorios en el Expediente que indicarían que los acuerdos a los que llegaron los investigados, que pasaron por el funcionamiento de la Bolsa de Comercializadores en 2009 y terminaron en la constitución de la UNIÓN TEMPORAL en 2010, podrían haber sido de conocimiento por parte de la FLA. Por tal razón, se comunicará esta decisión a entes de control para lo de su competencia, al paso que se invita a la FLA a que implemente dentro de su organización programas de cumplimiento que prevengan este tipo de situaciones, preferiblemente con fundamento en la Norma Técnica NTC 6378 de 2020.”</p>

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia en Colombia es esencial para garantizar un entorno empresarial dispuesto a tomar acciones que prevengan las afectaciones al mercado que son fruto del desconocimiento o de juicios erróneos sobre la responsabilidad con los mercados y la libre competencia. Los programas de cumplimiento contribuyen a crear, mantener y evaluar permanentemente una cultura de la libre competencia que atiende a las finalidades de dicha regulación, el bienestar de los consumidores, la libre participación de las empresas en el mercado y la eficiencia económica.

La Norma Técnica 6378 del ICONTEC, es un instrumento crucial para las empresas colombianas que deseen implementar programas de cumplimiento en esta materia. Esta norma proporciona directrices claras y específicas sobre los requisitos y componentes esenciales de un programa efectivo, lo que facilita su adopción y seguimiento por parte de las empresas. Además, la norma promueve algún grado de estandarización en los programas de las prácticas organizacionales con las políticas de competencia en el país.

Por otro lado, la Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia es una herramienta valiosa que complementa la Norma Técnica 6378. La Guía proporciona

orientación práctica y ejemplos concretos sobre cómo desarrollar, implementar y evaluar un programa de cumplimiento efectivo, lo que facilita su adopción por parte de las empresas, especialmente aquellas que pueden tener recursos limitados o falta de experiencia en esta área.

La integración de la Norma Técnica 6378 y la Guía refuerza la importancia de adoptar un enfoque estructurado y sistematizado en la gestión de riesgos de competencia. Estas herramientas también fomentan la cooperación y el diálogo entre las empresas, las autoridades de competencia y los especialistas en derecho de la competencia, lo cual es fundamental para lograr un entorno empresarial más competitivo y justo.

La adopción de programas de cumplimiento en derecho de la competencia en Colombia, basados en la Norma Técnica 6378 del ICONTEC y la Guía, es clave para garantizar la prevención y detección de prácticas anticompetitivas y la promoción de un mercado libre y justo. Estas herramientas contribuyen a fomentar la transparencia, responsabilidad corporativa y colaboración entre las partes involucradas, lo cual resulta en beneficios significativos tanto para las empresas como para la economía colombiana en su conjunto.

Los programas de cumplimiento también son fundamentales para reducir los riesgos legales y económicos a los que las empresas pueden estar expuestas en caso de incumplimiento de las normas de competencia. Al adoptar medidas preventivas y correctivas, las empresas pueden evitar sanciones económicas significativas, así como daños a su reputación y credibilidad en el mercado.

Es importante destacar que estos programas de cumplimiento deben ser diseñados de manera personalizada para cada empresa, al igual que deben ser constantemente actualizados, teniendo en cuenta el tamaño, estructura y sector de actividad donde participa la organización. La colaboración entre las empresas, las autoridades de competencia y los especialistas en derecho de la competencia es crucial para asegurar la efectividad de estos programas y garantizar que todas las partes involucradas estén al tanto de sus responsabilidades y compromisos en la promoción de un mercado libre y competitivo en Colombia.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Alfonso Miranda Londoño, Carlos Andrés Uribe Piedrahíta y Luis Daniel Morales H. "Análisis de la guía de orientación para la implementación de programas de cumplimiento en derecho de la competencia en Colombia", *Investigaciones CeCo* (abril, 2023),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile