

¿Es necesario reformar el régimen de competencia?*

MODERADOR: EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA¹

PANELISTAS: ALFONSO MIRANDA LONDOÑO²

GABRIEL IBARRA PARDO³

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR⁴

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO⁵.

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.10>

- 1 Emilio José Archila Peñalosa. Abogado, de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Legislación Financiera, de la Universidad de los Andes, especialista en Derecho para el Desarrollo (D.L.C.), del International Development Law Institute (Roma) y magíster en Jurisprudencia Comparada (M.C.L.) de New York University (N.Y.U.), School of Law, Nueva York. Se ha desempeñado como director de la Oficina Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, delegado para Seguros de la Superintendencia Bancaria de Colombia, delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendente de Industria y Comercio, presidente de Asobolsa, Director del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y Consultor en la firma Archila Abogados. Actualmente es consejero presidencial para la estabilización y consolidación y profesor de la Universidad Externado de Colombia.
- 2 Alfonso Miranda Londoño. Abogado y socio economista javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en las universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga.
- 3 Gabriel Ibarra Pardo. Abogado javeriano, con Maestría en Derecho (LL.M.) en International Business Legal Studies de la Universidad de Exeter, Inglaterra. Durante sus más de treinta años de ejercicio profesional ha asesorado a compañías nacionales y multinacionales, al igual que a organizaciones tales como el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, la Junta del Acuerdo de Cartagena, entre otras; así como a algunas entidades estatales como el Ministerio de Agricultura y la Universidad Nacional de Colombia. Miembro del grupo especial de Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio. Fue presidente de la mesa de Defensa de la Competencia del VI Foro Empresarial de las Américas en las negociaciones del ALCA. Así mismo, fue profesor titular de la cátedra de Derecho Económico Internacional en la Pontificia Universidad Javeriana del año 2003 al año 2013 y profesor de la cátedra de Competencia y Derecho Empresarial en la especialización de Competencia y Libre Comercio de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma Universidad. En la actualidad se desempeña como socio de la firma Ibarra Abogados, como presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia (ACDC), como columnista del diario *La República* y es Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En Derecho de la Competencia, actualmente, representa los intereses de importantes compañías dentro de los sectores del azúcar, el cemento y de servicios aeroportuarios dentro de investigaciones adelantadas por la Superintendencia

ASPECTOS SUSTANCIALES DEL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE COMPETENCIA

En el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia⁶ hay una buena consagración de la teoría entre libertad de empresa y libertad de competencia; es claro para todos los que compartimos ese postulado que la economía de mercado es aquella que implica una mejor asignación de recursos y que genera un mayor bienestar. Sin embargo, se considera que hay algunas conductas que son abusivas o restrictivas de la libertad de competencia; por lo tanto, en la línea en que debería estar establecida, está en el mínimo necesario de restricción a la libre empresa, para garantizar que los beneficios de la libre empresa efectivamente lleguen a la economía y a los consumidores.

En este contexto, ¿es necesario incluir alguna conducta restrictiva?, ¿es necesario eliminar alguna conducta o alguna de las que tenemos debería ser modificada para cumplir con ese objetivo?

- de Industria y Comercio (SIC) por prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal. Adicionalmente, representó los intereses de dos personas naturales dentro de la investigación por prácticas restrictivas de la competencia adelantada por la Autoridad de Competencia contra empresas del sector de los pañales (la primera actuación de esa naturaleza que involucra un Programa de Beneficios por colaboración-delación) y fue miembro de la Comisión de Reforma al Régimen de Beneficios por Colaboración en Infracciones a la Libre Competencia, creada por la SIC para incluir modificaciones al Régimen de Beneficios por Colaboración (2014-2015). Su experiencia en el área de Comercio Exterior se ha desarrollado asesorando asociaciones en las áreas agrícola, azucarera y papelera en las negociaciones de tratados comerciales. Adicionalmente, ha representado a la Industria colombiana en las más importantes solicitudes *Antidumping* y de Salvaguardias en Colombia.
- 4 José Orlando Montealegre Escobar. Abogado de la Universidad de los Andes, 1981. Con especializaciones en Derecho Comercial y en Derecho Financiero. Fue jefe del Departamento Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá; jefe de la Oficina Jurídica, Director General de Bancos y Corporaciones y Superintendente Delegado de Seguros de la Superintendencia Bancaria, y Superintendente de Industria y Comercio. Consultor del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Socio de López Montealegre Abogados Asociados Ltda.
 - 5 Pablo Felipe Robledo del Castillo. Abogado, especialista en Derecho Procesal Civil y candidato a Magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Se ha desempeñado como viceministro de Justicia y del Derecho, viceministro de Promoción de la Justicia, viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa (e), ministro de Justicia y del Derecho (e) y director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (e), Superintendente de Industria y Comercio y actualmente es abogado consultor de su propia firma.
 - 6 Artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

Gabriel Ibarra Pardo

El Decreto 2153 de 1992 y la Ley 155 de 1959 sin duda fueron un hito, pero ya han cumplido su ciclo. Hay desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en el mundo que claramente están por fuera de la tipificación que hoy se hace de las conductas restrictivas; entonces, más que incluir nuevas conductas, creo que el Derecho de la competencia debe ser dinámico, por ejemplo, lo que se plantea con los algoritmos, con el *Big Data*, etc., y sería imposible tener una lista de conductas totalmente exhaustivas. Sin embargo, la ley requiere unas reformas y unos ajustes.

En primer lugar, es indispensable establecer la distinción entre conductas horizontales y conductas verticales. La ley colombiana no las distingue y eso tiene consecuencias complejas, porque no todo acuerdo vertical es en sí mismo restrictivo. Esa discusión ya está superada y, de hecho, en el mundo, la tendencia es a evolucionar las conductas prohibidas *per se* a la regla de la razón. Entonces, en ese caso hay que introducir unas reformas de fondo a la ley de competencia.

Lo mismo ocurre en el caso de la prohibición general. Por supuesto, nadie pensaría que tiene que existir un catálogo exhaustivo, pero la prohibición general también requiere precisiones, porque si no, entonces sobraría la tipificación de las conductas. ¿Qué precisiones requiere la prohibición general? Lo ideal sería distinguir las conductas de la siguiente manera:

- Una prohibición general en donde la carga de la prueba está en la autoridad. En la prohibición general, la autoridad tiene que demostrar y tiene que hacer una adecuación típica mucho más exigente que en las conductas que están claramente tipificadas.
- Y en las conductas que están claramente tipificadas, debería haber una inversión de la carga de la prueba hacia el investigado, es decir, que cuando las conductas están tipificadas, basta probar la conducta para que se presuma que la misma es restrictiva, y será el investigado quien tenga que entrar a desvirtuar esa presunción, que por supuesto será legal.

Si esto no se hace así, vamos a tener problemas de tipicidad, congruencia y Derecho de defensa con la prohibición general, y no solo eso, sino que no va a ser fácil establecer unos límites o unos linderos para determinar cuándo una conducta es restrictiva y cuándo no.

El segundo tema que es urgente contemplar expresamente en la ley es el de los convenios de colaboración empresarial, que muchas veces son procompetitivos, necesarios e indispensables, incluso, para preservar y proteger la estructura concurrencial del mercado.

Adicionalmente, es muy importante establecer de manera expresa la regulación de las cláusulas de no competencia. Hoy en día no hay ninguna referencia en la ley a las

cláusulas de no competencia, y en estricto sentido si fuéramos a aplicar literalmente su texto, todas esas cláusulas serían totalmente restrictivas.

Dentro de los argumentos para sugerir tales propuestas, se tienen que, si no se distinguen las conductas horizontales y las verticales, se van a calificar conductas como anticompetitivas que realmente son procompetitivas, y eso por supuesto va a tener un efecto contrario para la iniciativa privada del que buscan las normas de la competencia.

Lo segundo, la necesidad de adecuar la prohibición general tiene su razón de ser en que, por supuesto, no puede haber una lista exhaustiva de las conductas que sean restrictivas de la competencia, porque, si no, se quedarían por fuera probablemente muchas de ellas. Pero, esto no significa que no deba existir una tipificación de unos comportamientos que *prima facie* son restrictivos. Aquí puede establecerse una presunción para facilitar la actividad de la administración, de tal manera que, de entrada, si se prueba el acuerdo, la conducta se presume restrictiva, y si no lo es, tendrá el investigado que entrar a demostrar eso. Es una forma, por ejemplo, de establecer la regla de la razón.

Un ejemplo: un acuerdo de fijación de precios vertical. Puede llegar a ser procompetitivo. En ese caso, se debiera dar la posibilidad de que el investigado lo demuestre o que tiene una justificación diferente a la de restringir la competencia.

Lo mismo pasa con los acuerdos de colaboración, algunos de los cuales son procompetitivos, y si se establece una distinción adecuada, podrían quedar prohibidos y reprimidos independientemente de que en ocasiones pudieran ser deseables.

Lo mismo ocurre con la cláusula de no competencia. Si esta cláusula no se tolera en ciertas circunstancias, se podría estar patrocinando un acto de competencia desleal o parasitario.

Alfonso Miranda Londoño

Estoy de acuerdo con el comentario del doctor Ibarra respecto de las prácticas horizontales y verticales, fundamentalmente en el tema de los acuerdos. En verdad, estamos hablando de la Ley 1340 de 2009, pero nuestras conductas anticompetitivas provienen de 1992.

En 1992, en todo el mundo se consideraba que el acuerdo vertical de fijación de precios era ilegal *per se*. Ahora, en 1997, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió el caso *State Oil Co. v. Khan*, que los acuerdos verticales de fijación máxima de precios se debían mirar bajo la regla de la razón y no bajo la regla *per se*. En el año 2007, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió el caso de *Leeing Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, en donde dijo que los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos deberían mirarse bajo la regla de la razón, no bajo la regla *per se*. Nuestro catálogo de conductas está atrasado, y hay muchos de esos acuerdos que son repetitivos y no están claramente expresados.

En cuanto a la prohibición general, considero que es importante y que debe mantenerse, aunque sacándola del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, donde empieza refiriéndose a acuerdos para terminar hablando de toda clase de prácticas, procedimientos o

sistemas tendientes a limitar la libre competencia o a mantener o determinar precios inequitativos, toda una cantidad de frases que han tenido que ser construidas por la autoridad de libre competencia con mucha dificultad, aunado a que no se ha utilizado el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que prohíbe toda conducta que afecte la libre competencia en los mercados, lo cual no dice tampoco absolutamente nada.

Además, como lo dijo la Corte Constitucional⁷, la cláusula general de prohibición no es inconstitucional, pero la autoridad de competencia la ha utilizado de manera inconstitucional en innumerables oportunidades. Sigue siendo la norma más utilizada, pero muchas veces sirve para afectar el principio de congruencia, para cambiar la imputación de las investigaciones que se adelantan, por lo que es necesario reformular la cláusula de prohibición general.

Es muy importante que se elimine la colusión tácita, pues en Colombia se ha abusado tremendamente de ella y el tema de los factores plus ha sido inmensamente abusado por parte de la autoridad de competencia, para crear, en mi opinión y con todo respeto, falsos positivos.

También los actos nos sobran. Si la propia autoridad de competencia ha terminado diciendo que en los actos anticompetitivos no se requiere posición de dominio, pero sí una suerte de poder de mercado, una posición menor de mercado, pero algún nivel de poder de mercado, para que el acto de influenciar a otra empresa para que incremente sus precios o se abstenga de bajarlos, o la negativa unilateral de contratar como retaliación a la política de precio pueda tener objetivo. Y acaba mirándolos casi que como acuerdos.

En cuanto a los acuerdos, por ejemplo, los de fijación de precios, a pesar de que está la definición de la norma del n.º 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia no ha dicho que puede haber acuerdos verticales de fijación de precios que pueden ser legales, pero sí ha cerrado algunas investigaciones diciendo que "como es un acuerdo vertical de fijación de precios, no voy a abrir investigación", entonces eso ha creado muchísima indefinición.

José Orlando Montealegre Escobar

Los colombianos tenemos la mala costumbre de querer resolverlo todo con una nueva ley. Y la ley de competencia es el ejemplo clásico. La Ley Sherman es de 1870 y está vigente. Claro, hay actualizaciones necesarias, pero respecto de las propuestas normativas en general sobre la ley de competencia mi opinión es que deben ser lo menos amplias posibles, lo más limitadas en cuanto a su extensión y lo más precisas, y ahí hay que tener un criterio de necesidad.

Las conductas horizontales y las verticales han variado su interpretación y su entendimiento en el mundo, y de pronto alguna precisión en ese sentido sería razonable, como lo plantea el doctor Ibarra.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

Al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 habría que hacer algunas precisiones, eso sí, tal vez dos de esos actos se podrían convertir en uno solo.

De acuerdo con que se haga una exigencia o una permisión expresa de los acuerdos de colaboración empresarial, porque el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, que contiene las excepciones, muchas veces se interpreta en el sentido de que “[...] hay una doctrina de la Superintendencia sobre acuerdos de colaboración, pero más exigente se volvió, como en alguna época, que el tema de las garantías. Era más exigente el acuerdo de colaboración, debía cumplir tantos requisitos como ‘los beneficios para el consumidor, etc.’, de tal magnitud, que uno de entrada decía “tratemos de defendernos sin ningún acuerdo de colaboración empresarial”.

No obstante, se debe tener mucho cuidado con las reformas a la ley, solamente para que fueran las mínimas indispensables, sin tratar de legalizar todo, porque bajo ese expediente todos los días vamos a estar desactualizados.

Pablo Felipe Robledo del Castillo

Estoy de acuerdo con el doctor Montealegre. Lo que pasa es que no había autoridad ni quien hiciera cumplir la ley, teníamos otro modelo económico, etc., pero una norma muy parecida a la prohibición general de la Ley Sherman. Sería ideal tener solo la prohibición general, que tiene el visto bueno de la Corte Constitucional, que concluyó que cumplía con todos los requisitos del Derecho punitivo estatal desde el punto de vista de la tipificación⁸.

Ahora, el tomar una cantidad de conductas que hizo el Decreto 2153 de 1992 para indicarlas en forma puntual, específica y numerada, desagregando del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, para crear las características de unos acuerdos, y que hay acuerdo en este caso, y posición de dominio en este otro, etc., es importante y pedagógico, pero ¿qué riesgo corre? El que señala el doctor Montealegre, que siempre se va a entender que la norma está desactualizada y cada vez que se produzca un fallo en alguna parte del mundo que, de una u otra manera, cambia la forma de interpretar la conducta anticompetitiva, entonces se va a necesitar una ley.

Claramente la ley es dinámica, pero más dinámico que la ley son los empresarios, con sus conductas anticompetitivas y cartelistas, y más dinámicos que los empresarios somos los abogados; entonces, hay que tener mucho cuidado porque finalmente, de lo que se trata es de ejecutar una política pública para defender un derecho colectivo que les pertenece a todos los colombianos, que es la libre competencia económica, más allá de cualquier cosa, es la ejecución y el cumplimiento de una política pública para el desarrollo de este país.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

ASPECTOS PROCESALES

Comencemos con una anécdota sobre este tema. El Decreto 2153 de 1992 se preparó durante mucho tiempo y se redactó básicamente en tres tardes. ¿Qué características tiene una práctica de antimonopolios y qué características debe tener un procedimiento de antimonopolios para que sea adecuado? Recuerdo muy bien que el tema debe tener muchas fases, que la autoridad pueda ir avanzando y eliminando hipótesis en la medida en que va avanzando. Era un tema explícito, que se tuvo en cuenta, porque la autoridad debía irse ilustrando a medida que iba conociendo del caso y porque iban a ser casos costosos desde el punto de vista de sus defensas.

También se tuvo en cuenta el balance entre los intereses punitivos y la protección del mercado. Entonces, cuando se piense si el procedimiento o alguno de los aspectos procesales deberían ser modificados, una de las consideraciones a tener en cuenta debe ser si el procedimiento que se adecúa a la naturaleza de una investigación de antimonopolios tiene unas condiciones que son universales y uniformes en cualquier tipo de legislación, si existe suficiente garantía del debido proceso y donde puede estar el balance.

Entonces, teniendo en cuenta esto, escuchemos la propuesta del doctor Montealegre sobre si hay aspectos del procedimiento que deban modificarse, adecuarse de manera regulatoria, cuáles serían y sus razones.

José Orlando Montealegre Escobar

El tema que más ha creado conflicto entre la Superintendencia, los abogados y los empresarios es la aplicación del procedimiento. El debido proceso ha generado una conflictividad que se debe tratar de revertir, en aras de la eficiencia de la Superintendencia y la eficacia de sus investigaciones. A la Superintendencia se le debe respetabilidad y no temor.

Parte de la conflictividad se ha generado, porque se ha distorsionado la finalidad que tenía la averiguación preliminar. Con el doctor Archila, tuvimos la oportunidad de redactar el Decreto 2153 de 1992, y la averiguación preliminar tiene la finalidad que tiene en el Derecho antimonopolio a nivel universal, y es permitirle a la autoridad realizar unas actuaciones, unas diligencias y unas visitas con el propósito de recabar indicios para determinar si resulta procedente abrir o no una investigación, y, en caso de que no se recaben esos indicios, archivar la actuación.

Desafortunadamente, y eso no es responsabilidad de una sola persona ni de una sola administración, sino con el paso de los años, la averiguación preliminar se convirtió en una investigación a espaldas de los investigados, esto es, sin la posibilidad de que estos participen, sin la posibilidad de una efectiva defensa, porque en esta etapa no hay investigados, con una serie de pruebas recaudadas.

Bajo esos presupuestos, en mi opinión, de manera ilegal, y que puede durar incluso años, como en efecto han demorado muchas averiguaciones preliminares, de manera

que lo que está previsto en la ley y está concebido como una etapa previa donde no hay investigados, el Presidente Gaviria en la época del Decreto 2153 de 1992 dijo: "muy bueno que incorporen esa investigación preliminar porque no todo el mundo puede estar investigado, ustedes no tienen la capacidad institucional, —como en efecto no la teníamos en aquella época, se estaba empezando a crear—, para combatir los monopolios y las prácticas restrictivas de la competencia".

Entonces, hay que delimitar temporal y funcionalmente la averiguación preliminar, porque, aunque filosóficamente fue concebida así, al no tener límite temporal se ha convertido en una "investigación", y cuando se abre la investigación, de lo que se trata es de darles visos de legalidad a una decisión y a unas pruebas ya recaudadas, con el fácil expediente de decir "se traslada todo".

Yo reto a una persona aquí, a que señalen si han leído un expediente completo de esos elementos probatorios. No hay. Si se tienen que llevar varias "teras" para tener acceso al expediente, eso es violatorio de las garantías constitucionales, que no se tratan de un mero formalismo, como en algunas desafortunadas providencias en la jurisdicción contenciosa donde se dice que no hay violación del derecho de defensa porque hubo pruebas y explicaciones. No puede perderse de vista que el debido proceso también tiene que ver con la eficacia del Derecho.

Este es un problema que no tiene solución fácil en el mundo. Ha sido objeto de discusión en Europa, respecto de la delimitación temporal o no, pero considero que sería un buen mensaje fijar un plazo para que la Superintendencia vuelva a la posición inicial, aquella en la que se recaban indicios.

Lo segundo, es garantizar la independencia. Si se mantiene el esquema institucional actual, se debe garantizar la efectiva separación entre el delegado y el Superintendente. Hoy día, a conveniencia, en algunas actuaciones, van como jefe y subalterno, y en algunas otras indican expresamente que no, a conveniencia. Se debería, con una modificación normativa, prohibir que el Superintendente conozca del expediente antes del informe motivado y que constituya falta disciplinaria gravísima que el delegado y el Superintendente compartan información antes de esa instancia, porque esa es la garantía de la distinción entre la instrucción y el fallo.

Adicionalmente, se deben prohibir las notificaciones a través de los medios de comunicación. Los investigados no tienen que enterarse por la prensa de un acto que se les termina notificando semanas y a veces meses después.

En conclusión, es necesario hacer claridad en el procedimiento. El diseño de la averiguación preliminar es importante, pero requiere de unas puntualizaciones y cito un caso reciente del Banco de la República, que ha sido considerado durante muchos años y estudios, como la entidad más transparente y técnicamente más eficiente en el país: los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República, autoridad monetaria, crediticia y cambiaria del país, recientemente, adoptaron un Código de Conducta, en el cual asumieron la obligación de no dar declaraciones, no participar en foros, simposios o seminarios en la semana previa a la realización de la Junta, para no generar

expectativas, para no generar influencias. Eso no se lo expidió ninguna norma, ellos expidieron un Código de regulación. La Superintendencia podría hacer algo parecido.

Moderador

Tenemos tres propuestas de modificación: una que tiene que ver con delimitar temporalmente la averiguación preliminar, la segunda relacionada con que se garantice la independencia entre el delegado y el Superintendente de Industria y Comercio, y la tercera, que se prohíban las notificaciones por fuera del curso procesal. Doctor Miranda, sus comentarios.

Alfonso Miranda Londoño

Estoy de acuerdo con el doctor Montealegre. En materia de protección al debido proceso y al derecho de defensa hace falta muchísimo, y eso se debe principalmente a la falta de distancia entre quien investiga y quien sanciona. La Declaración de los Derechos Humanos refiere que todo el mundo tiene derecho a un juez neutral e imparcial, y tenemos una investigación en la cual el Superintendente delegado para la protección de la competencia realiza la investigación preliminar, abre la investigación, decreta las pruebas, decide cuáles va o no a practicar, resuelve el recurso de reposición de las pruebas que negó, hace el informe motivado y tiene la posibilidad de la decisión del Superintendente.

No hay ninguna distancia entre quien investiga y quien sanciona, por eso el sistema chileno es tan superior y mucho más garantista que el colombiano, porque el Fiscal Económico solamente puede acusar, y el Tribunal defiende.

Tenemos otros problemas muy importantes, por ejemplo, en el tema de la estructuración de la imputación en la Resolución de Apertura, porque para que se investigue y el investigado pueda defenderse, se tiene que indicar cuál es la norma presuntamente violada, cuáles son los hechos en que se fundamenta esa violación y cuáles son las pruebas que lo demuestran.

Pero resulta que esa imputación después es modificada, cuando viene el informe motivado dice "no, es que tal vez no era esa, sino eran otras cosas adicionalmente", pero eso nunca se lo dijeron al investigado, "ah, pero se lo estoy diciendo ahora", y le informan otras cosas más adelante en la primera resolución y después otras en la segunda resolución que resuelve el recurso de reposición. Y así no hay ninguna manera de defenderse adecuadamente.

Se necesita una reforma del procedimiento, porque, como lo dice la Corte Constitucional en la sentencia C-541 de 1998, cuando decidió sobre la legalidad del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, no se puede sorprender al investigado con nuevos hechos y con nuevas pruebas, entonces cuando nosotros hemos dicho "oiga, miré, pero es que yo nunca me defendí de eso que me están diciendo", responden "ah, pero ahí estaba en el expediente".

Lo que exige la Superintendencia es un ejercicio imposible, que uno diga "bueno, me voy a defender de lo que usted me dijo, pero además de eso, hay otras cosas que usted no dijo y que podrían darle a usted razones para concluir que yo infringí las normas de libre competencia, venga y me defiende de esas". Eso no lo puede hacer nadie, eso sería una vulneración de los deberes del abogado para con sus clientes. Entonces, como la Corte Constitucional, si se van a tener en cuenta nuevas pruebas y nuevos hechos, deberían darle la oportunidad de volverse a defender.

Moderador

Doctor Gabriel, antes de mirar cuáles son sus propuestas adicionales, quisiera escuchar su posición respecto de las tres propuestas de modificación que nos ha traído el doctor Montealegre.

Gabriel Ibarra Pardo

No creo, de ninguna manera, que la eficacia de las autoridades de control sea incompatible con las garantías constitucionales. No existe dicotomía entre las garantías procesales y la eficacia de la autoridad de la competencia. La autoridad de la competencia tiene que tener los medios para poder aplicar sanciones, muy drásticas, pero respetando las garantías más elementales.

El pronunciamiento en los medios de comunicación, antes de que les notifiquen siquiera que hay un pliego de cargos en su contra, pone a los empresarios en una situación difícil por cuanto una vez se difunde el tema en los medios, los investigados ya no podrán tener defensa, porque quienes están condenando de ahora en adelante son los periodistas. No es de recibo que los medios de comunicación interfieran en unos temas que, además, son muy técnicos y que por su naturaleza no pueden analizarse al calor y sed de *rating* de los medios. Menos aún es de recibo que los funcionarios, las autoridades acudan a los medios para ambientar sus futuras decisiones. Allí jamás aparecen las defensas de fondo. En los medios lo que se difunde es que el señor presuntamente es un cartelista y hay que condenarlo. Por ello, no es sano ese despliegue mediático antes de que haya unas conclusiones definitivas.

En segundo lugar, el procedimiento requiere de modificaciones drásticas. Antes de que se profiera el pliego de cargos debería surtirse una investigación preliminar, y estoy de acuerdo con lo que dice el doctor Montealegre. La etapa preliminar debería ser muy rigurosa, de manera que, al finalizar esta etapa, la autoridad ya tenga muy claro para dónde va.

En cuanto a la independencia, por supuesto, yo creo que eso no tiene discusión alguna. El mismo Estado colombiano le ha manifestado a la OCDE que entre la Delegatura y el Despacho del Superintendente se ha establecido un *chinese wall*: así como entre los competidores no debería haber ninguna comunicación, ese mismo rigor debería aplicarse entre el Superintendente y el delegado. El delegado o quien investiga debería

ser un *prosecutor* quien tendría que blandirse en franca lid con el investigado, porque es que, si no, ¿cuáles son las garantías? Si ya de antemano el investigado está condenado y hay una orden de abrir una investigación, pues ¿para qué se hace investigación? Si se va a garantizar el debido proceso, hay que hacerlo de verdad. El sistema vigente que lleva a este tipo de cosas y por eso hay que modificarlo. El sistema tiene unas falencias que lleva a veces a llevarse el debido proceso por delante y, de hecho, en razón de esa estructura hoy en día la Superintendencia es más una contraparte del investigado que una autoridad que toma decisiones de manera independiente.

Hay que buscar la manera de encontrar un justo equilibrio, una situación en donde se pueda ponderar la eficacia de la autoridad con las garantías fundamentales.

Moderador

A esta altura, hay cuatro propuestas: (i) limitar la averiguación preliminar, (ii) la independencia que debería existir o profundizarse entre el delegado y el Superintendente, (iii) la prohibición de las notificaciones por prensa o las comunicaciones, y (iv) si la tipificación debe hacerse al comienzo de la investigación y no tener ninguna modificación durante el curso de la investigación y la decisión. Quisiera escuchar su opinión particularmente respecto de esa última.

Pablo Felipe Robledo del Castillo

Muchas de las cosas que se han afirmado han sido ampliamente descartadas en los expedientes que se han tramitado ante la Superintendencia de Industria y Comercio. La institucionalidad, cuando actúa, lo hace bajo la presunción de legalidad, con lo que concluyo que todo aquello que ha hecho la Superintendencia de Industria y Comercio es legal.

Ahora, si se dice que se violó el debido proceso, es necesario adjuntar la sentencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que declare la nulidad y la existencia de las supuestas arbitrariedades e irregularidades que comete la autoridad al momento de hacer las investigaciones.

Voy al punto que nos convoca: ¿se necesitan reformas de carácter procesal para las investigaciones administrativas de carácter sancionatorio, para las prácticas restrictivas de la libre competencia económica? La respuesta es sí. Ese es el ejercicio de los procesalistas.

Está el Código Judicial, el Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso, 40 reformas entre el uno y el otro. Llamo la atención sobre esto: ¿por qué razón existen normas especiales para las investigaciones de libre competencia económica? Porque decidieron, quienes redactaron las normas, que el procedimiento debía contar con disposiciones especiales, alejándose del Código Contencioso Administrativo y ahora del CPACA.

Es una forma inconsecuente de querer vivir "en el mejor de los mundos", de dos codificaciones, una general y una especial. Entonces, hay una cantidad de aspectos que son diferentes. En el CPACA no existe informe motivado, no está dividida la instrucción del juzgamiento, lo que sí ocurre en materia de competencia. En el CPACA no existe el traslado del informe motivado, la autoridad que juzga es la máxima dependencia administrativa (al mismo tiempo investiga y juzga), no hay Consejo Asesor. Por ejemplo, así son todas las investigaciones que se adelantan en la Superintendencia de Industria y Comercio, salvo las de protección de la libre competencia económica

En las investigaciones de consumidor, de reglamentos técnicos, no existe el Consejo Asesor, pero obviamente sí se pueden hacer investigaciones. Hoy, en competencia, está separada la función de investigación, la función del Superintendente y del Superintendente delegado, y eso está bien. Se deben hacer reformas de tal manera que podamos aplicar eficazmente el régimen de protección de libre competencia. Si se quiere con dos instancias, con fallo del delegado en primera instancia y recurso de apelación ante el Superintendente, el Consejo Asesor para el delegado o el Superintendente, con recursos para las decisiones.

La conclusión es que son bienvenidas las discusiones para modificar el procedimiento, es un trabajo que nunca va a terminar, pero no se pueden inventar teorías sobre la violación sistemática al debido proceso porque las investigaciones no son como los abogados litigantes las quieren. Eso no es consecuente con una labor decidida de la autoridad, y mucho menos de la autoridad de competencia en Colombia.

LA INSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Un tema muy controversial es la institucionalidad de la Superintendencia de Industria y Comercio. En un país como Colombia básicamente existen dos poderes: el dinero y los votos. Alrededor de la discusión de la institucionalidad, me gustaría que, en adición a las mejores prácticas, la OECD, o lo que pueda estar ocurriendo en otros países, cuando se haga el análisis sobre qué modificaciones, si algunas deben darse a la institucionalidad de la aplicación de las normas de competencia, hagamos un esfuerzo de hacerlo de acuerdo con la estructura de mercado y las estructuras de poder que hay en Colombia.

Alfonso Miranda Londoño

En relación con el tema de la estructura de la autoridad o el tema institucional, advierto en primer lugar que los organismos internacionales que analizan el Derecho de la competencia, el ICN, la OCED, el Banco Mundial y las autoridades, no recomiendan un determinado modelo de institucionalidad.

Lo que sugieren es que se adopte lo que mejor funcione dentro del ordenamiento jurídico, con instrucción a los equipos que la vayan a aplicar y que funcione.

Desde el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia estuvimos muy pendientes de que hubiera una Autoridad Única de Libre Competencia. De hecho, en la

época en la que el doctor Archila era Superintendente se dictaron dos decretos de facultades extraordinarias en las que se aproximaba a la autoridad única y ambos fueron declarados inexecutable⁹. Eso se logró con la Ley 1340 de 2009, que en el artículo 6 dice que la Superintendencia es la Autoridad Nacional de Competencia, y con tres excepciones muy puntuales.

La autoridad no debería ser unipersonal, sino colegiada. En el mundo, la mayoría de las autoridades de libre competencia son colegiadas, lo que evita la captura de la autoridad, y hace que existan diversos criterios dentro de la autoridad.

Es importante afirmar que el Consejo Asesor no es ninguna colegiatura, en realidad son personas que van de manera muy puntual, se les hace una presentación del caso, y se levanta un acta en donde consta su asistencia, que se les explicó el caso y que estuvieron de acuerdo; inclusive, si no asisten todos los miembros, no hay ninguna consecuencia, por cuanto no producen un acto administrativo.

Por otra parte, la autoridad debe ser independiente del Gobierno. Hoy, el Superintendente de Industria y Comercio es un funcionario de libre nombramiento y remoción del presidente de la República, del tercer nivel de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El Decreto 1817 de 2015, reformado por este gobierno, no solo es inconstitucional, sino que es absolutamente cosmético. El decreto se hizo para que Colombia fuera admitida en la OCDE, y lo que hace es señalar que el periodo del Superintendente es el mismo del presidente y que existen unos requisitos para elegir al Superintendente. Realmente ese no es un paso institucional.

La política de libre competencia es estatal y no debe ser gubernamental. La autoridad de competencia requiere independencia. Por eso fue que, en Estados Unidos, después de que se hizo la Ley Sherman, en 1914 se hizo la Ley de la Comisión Federal de Comercio, la FTC, autoridad independiente del gobierno, con magistrados nombrados con un sistema de pesos y contrapesos, que tienen un periodo fijo y que son completamente independientes del Gobierno.

La autoridad debe ser especializada. A la Superintendencia de Industria y Comercio, por su eficiencia, le han asignado innumerables funciones que hacen que el Superintendente tenga muchos focos de acción, incluyendo las facultades jurisdiccionales en competencia desleal y consumidor, la metrología legal, las Cámaras de Comercio, la protección de los datos personales. Es necesario ver una Autoridad de Competencia.

Por último, la independencia entre quien investiga y quien sanciona que, como lo había anunciado, es un tema de la estructura institucional. Es muy importante referir que, cuando se redactó la Ley 155 de 1959, era distinto quien investigaba, que era la Superintendencia de esa época y quien decidía eran los distintos Ministerios. Después, al delegado lo nombraba el presidente de la República, y hoy en día, el delegado es un funcionario nombrado por el propio Superintendente. No hay ninguna independencia entre quien investiga y quien sanciona, y esa es una de las críticas más importantes respecto al debido proceso y del derecho de defensa.

9 Decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000.

Moderador

Se tienen cinco propuestas: (i) Autoridad única; (ii) Autoridad colegiada; (iii) Periodo fijo, que garantice la independencia; (iv) Entidad especializada, que implica separarla de todas las demás funciones, y (v) La separación entre el delegado y el Superintendente de Industria y Comercio.

Doctor Robledo, sus comentarios respecto a estas propuestas y si tiene alguna adicional.

Pablo Felipe Robledo del Castillo

Estoy de acuerdo con muchas propuestas para modificar la autoridad de competencia. No se ha llegado a la madurez institucional que permita al poder político y económico respetar las decisiones institucionales.

Es importante "adelgazar" la Superintendencia de Industria y Comercio, escindir a la autoridad de competencia de muchas de las funciones que hoy tiene. No sé si una única autoridad de competencia o también de competencia y consumidor, que es un modelo en el mundo bastante usado.

¿Que la decisión sea colegiada? Es mejor que la decisión sea colegiada. Probablemente se hubieran hecho cosas más importantes, porque de una u otra manera, se diluye la responsabilidad, por lo que eso es importante y sano. Hoy, de una u otra manera, se tiene con el Consejo Asesor. El Consejo Asesor no es lo que dicen, refiriéndose a que se trata de una reunión del Superintendente con los consejeros. Los consejeros son personas serias y respetadas, que estudian el caso, que dan buenos consejos. Obviamente, sería mejor involucrar un cuerpo colegiado firmando la decisión.

Lo que no es negociable es que las investigaciones de inspección, vigilancia y control, de policía administrativa, de Derecho sancionatorio del Estado colombiano, nazcan y mueran en la misma entidad. ¿Por qué? Porque ese es el modelo de policía administrativa que rige en Colombia. No hay en Colombia una función de inspección, vigilancia y control, de policía administrativa, que nazca en una entidad y muera en otra; por qué, por sus actos administrativos tienen control ante el Consejo de Estado en acción de nulidad.

La separación entre el Superintendente y el delegado parece que apunta al propósito de desarrollar mejor el proceso, pero no hasta el punto de inventar un sistema en donde una autoridad investiga y otra autoridad juzga, porque eso es ajeno al modelo institucional colombiano del ejercicio de la función de policía administrativa. Para eso existe la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para que vigile a las autoridades de inspección, vigilancia y control, y valide o anule sus actos administrativos

José Orlando Montealegre Escobar

Estoy de acuerdo en crear un ente especializado, estamos en el momento adecuado para hacerlo. Comparto que la autoridad sea colegiada, y para el modelo institucional colombiano, creo que es, no para copiarlo y reproducirlo, pero sí para tomarlo como referencia, vuelvo a aludir al Banco de la República, en cuanto al periodo de los miembros de ese ente, de esa comisión, donde se debe garantizar continuidad. Hay que garantizar un tránsito de periodos y eso en el diseño institucional colombiano existe en el Banco de la República, que es una muy buena referencia.

Mientras eso se logra, es buena idea volver al sistema en que el delegado es nombrado por el presidente de la República. Eso fue lo que hizo en el Código Contencioso Administrativo, anterior al CPACA, que los actos de los Superintendentes no fueran apelables: y no lo eran porque tanto los actos del Superintendente como los de los delegados, eran agentes directos del presidente de la República, lo cual no tiene ningún sentido hoy donde el delegado es nombrado directamente por el Superintendente.

Entonces podemos trabajar en ese sentido, y debe existir alguna forma institucional donde al interior de la propia entidad se garantice la independencia del órgano instructor de los comisionados que tomen la decisión, porque eso debe corresponder a una estructura institucional unificada.

Gabriel Ibarra Pardo

Primero, estamos de acuerdo en que la Superintendencia tiene múltiples funciones. Resultaría muy importante darle una dedicación especial al tema de competencia, por lo menos a eso y a los temas afines.

Un tema que no compartimos es el del Consejo Asesor. Lo que resulta grave es lo que dice el doctor Robledo y es que no conocemos cómo son las sesiones. Se debe prescindir del Consejo Asesor, por una razón muy sencilla: no tiene inmediación con las pruebas, no conoce el proceso, no sé si el Consejo Asesor lea la totalidad del expediente. La impresión que se tiene es que solo escucha la versión de la Superintendencia, y no sé cómo un Consejo Asesor, que tiene un solo lado, pueda aconsejar con todos los elementos de juicio. Me da la impresión de que el Consejo Asesor es como se dice *windows dressing* y tiene por finalidad legitimar en muchos casos la decisión del Superintendente. Así que, si se tiene una autoridad colegiada, hay que tenerla de verdad, porque la autoridad colegiada tiene la ventaja incluso de que entre los mismos comisionados puede haber un debate de los temas mucho más maduro, serio y objetivo.

Segundo, el periodo del presidente no debe coincidir con el del Superintendente. Deberían ser muy distintos, porque no tiene sentido que casos tan importantes se paralicen cuando hay una transición y lleguen funcionarios totalmente nuevos a conocer un caso que ya está avanzado, del cual no tiene la menor idea. Debería haber una continuidad, y el periodo de los comisionados o de la autoridad de competencia jamás debería coincidir con el del presidente de la República.

Tercero, hay que revisar las funciones del delegado, en donde incluso tiene entre ellas la de proyectar las resoluciones del mismo Superintendente; eso no tiene ningún sentido, y demuestra que hay una falta de independencia que no es admisible desde ninguna perspectiva.

ACCIONES CIVILES Y PENALES EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El artículo 333 de la Constitución señala que el Derecho de la competencia es un derecho de todos. Eso debería involucrar a los competidores, a los consumidores, a los ciudadanos, a las víctimas y el adecuado funcionamiento del mercado. En otros países, para poder garantizar que se protejan los legítimos intereses de todos esos, en algunas oportunidades se han profundizado las acciones civiles. También se ha pensado que es útil que exista una acción penal no solamente para los carteles de licitaciones públicas, sino para todas las conductas antimonopolios. En ese contexto, quisiera conocer la opinión de los panelistas sobre si deberíamos avanzar en tener distintas acciones civiles y si por alguna razón nos convendría penalizar las infracciones a las normas de competencia.

Pablo Felipe Robledo del Castillo

Aun cuando la Ley 155 de 1959 tiene 60 años, no se celebran 60 años de una política pública de protección de la libre competencia económica. Desde hace muy poco, con algún nivel de eficiencia, se está protegiendo esa política pública, y lo digo con el mayor respeto y admiración por quienes han sido superintendentes. Durante los últimos 15 años se está haciendo una tarea efectiva para perseguir las prácticas anticompetitivas.

¿Cómo combatir las prácticas anticompetitivas? Aun cuando se han dado los primeros pasos, faltan muchos más. Obviamente, ha sido hasta ahora algo teórico, de poco uso, y con cero decisiones importantes en el tema del ejercicio privado de acciones de carácter indemnizatorio. No se tiene en Colombia una lista importante de decisiones, en acciones de grupo, de carácter indemnizatorio. Hay que avanzar seguramente por establecer ciertas presunciones de la cuantificación del daño a cargo de los cartelistas para que esas acciones puedan promoverse con éxito.

Por el lado de lo estatal, en el mundo hay una discusión: ¿penalizar (cárcel) a las personas naturales que están involucradas en los actos de cartelización? En 2011, con el Estatuto Anticorrupción, se penalizaron los acuerdos restrictivos de la competencia en la contratación pública.

Realmente lo que ha pasado es bastante pobre, solo hay un caso.

Pero hay algo más importante. Más que cárcel para los cartelistas, lo que resulta necesario es la existencia de una norma sancionatoria más vigorosa. Lo que debería ocurrir es la implementación del modelo sancionatorio europeo previsto para sancionar

a los carteles empresariales, consistente en que no existe un techo o una suma nominal máxima, porque las sumas de dinero son relativas.

Cada vez que la Superintendencia de Industria y Comercio impone la máxima sanción es muestra de que le quedó corta la capacidad sancionatoria del Estado. Entonces, pensar en cambiar el modelo sancionatorio económico, en vez de cárcel para los cartelistas, puede funcionar y solucionar el problema.

Moderador

Doctor Miranda, usted que ha tenido varios de los casos en donde se han pretendido perjuicios, me gustaría saber su posición respecto al tema penal, y, sobre todo, sobre la efectividad de las acciones civiles.

Alfonso Miranda Londoño

Estoy de acuerdo con el doctor Robledo en varios aspectos. El primero, sobre que la existencia de la política de competencia en Colombia no depende del gobierno anterior, sino que existe una política de competencia desde más atrás, desde la Constitución de 1991 y el Decreto 2153 de 1992, que son un paso muy importante en la existencia de una política de competencia en Colombia.

En relación con la penalización, estoy de acuerdo con el doctor Robledo. La criminalización del Derecho de la competencia, que existe en muchos países del mundo, puede ser una talanquera porque en Colombia quienes aplican las normas criminales no son la misma autoridad de libre competencia. La diferencia entre Colombia y los Estados Unidos es que en Estados Unidos, los fiscales del Departamento de Justicia aplican la norma criminal y la norma de libre competencia al tiempo, y eso les permite hacer una aplicación adecuada de la herramienta más importante en la lucha contra los carteles empresariales, que es el programa de clemencia o delación, y que, cuando no se puede otorgar la inmunidad total, eso genera una discrepancia muy grave y tiende a perjudicar la utilización del programa de clemencia en Colombia.

Ahora bien, es necesario concentrar esfuerzos en buscar el tema de las víctimas de las prácticas anticompetitivas, porque la decisión de libre competencia impone una multa para el Estado, pero nada puede el Superintendente decir sobre los perjuicios ocasionados a los particulares perjudicados por las prácticas restrictivas de la competencia. Esa es una función de carácter jurisdiccional.

Salvo unos pocos casos arbitrales y de manera muy tenue, en Colombia no se han indemnizado los perjuicios de las personas afectadas por las prácticas restrictivas. Están las acciones de grupo, hay pues la posibilidad de accionar por competencia desleal por violación de normas, etc., pero esos casos todavía no existen, y no hay gente preparada para llevar esos casos y, por lo tanto, se tiene que trabajar en la indemnización de los perjuicios.

Gabriel Ibarra Pardo

No voy a debatir aquí la penalización, con lo que por supuesto no estoy de acuerdo. Esa debe ser la *última ratio*.

La sanción no debe ser el eje de la política de Estado en materia de competencia. Por supuesto, el castigo es un tema muy importante, pero no puede ser que la política de competencia se sustente solo en un tema eminentemente sancionatorio; eso no conduce a nada. Está demostrado que las sanciones son hasta cierto punto eficaces, pero eso no ha llevado a la erradicación de los carteles.

En Estados Unidos, incluso con el tema penalizado, está demostrado que no se detecta ni siquiera el 30% de los carteles. La política de competencia tiene que estar dirigida a tener un impacto real en la estructura concurrencial del mercado. Desde esa perspectiva, debería haber no solo sanciones sino "zanahoria". ¿En qué sentido? Quien sea investigado por conductas restrictivas de la competencia, debería tener estímulos para resarcir realmente el daño o la lesión social que ha generado con la conducta. Por ejemplo, podría pensarse en descontar de la multa lo que el cartelista decida indemnizar a los usuarios afectados. Aquí no hay ningún estímulo porque al fin y al cabo las multas van es para el tesoro general de la Nación, y el impacto realmente de toda la labor que hace la Superintendencia, no sé si hay un estudio sobre eso, pero no sé hasta qué punto esté demostrado que esas multas han servido para impactar la estructura competitiva del mercado.

Entonces, deberían existir mecanismos que lleven necesariamente al cartelista a tratar de buscar soluciones conciliadas con los afectados, que son las más eficaces, más aun, pensando en los costos que deben ellos asumir para impetrar cualquier acción. El sistema de competencia debe llevar a procurar la transacción y las conciliaciones por parte de quien ha incurrido en una infracción a las leyes de competencia.

Adicionalmente, hay que revisar las acciones que pueden impetrarse frente a estos casos, pero, sobre todo, hay que especializar a la justicia. Nuestros jueces no conocen en detalle estos fenómenos, por lo que hay que tener una jurisdicción especializada en materia de competencia y consumidor, en general, en materia de comercio, porque de nada sirve tener acciones, si se van a demorar 20 años. Si no se tiene claro que esto es un problema estructural de justicia y si no se cuenta con una administración de justicia un poco más eficiente, puede haber 20.000 acciones y esto no va a terminar en nada.

Es importante pensar en tener jurisdicciones especializadas, en capacitar más a nuestros jueces, y eso tiene que ir paralelo, en pensar en acciones más eficaces, e incentivar a los investigados para que, a motu proprio, busquen acuerdos de transacción. El tema de la delación hay que perfeccionarlo un poco más.

José Orlando Montealegre Escobar

Estoy de acuerdo en que no haya penalización y en que se reconduzcan los canales institucionales para estimular la determinación de perjuicios, que ya existen desde 1959.

La Ley 155 de 1959 prevé que las conductas tienen objeto ilícito y generan acciones indemnizatorias. Hay una complejidad en el escenario internacional entre la política más efectiva de combatir los carteles, que es la delación con las acciones privadas directas que se han reconocido para procurar la indemnización de perjuicios, y básicamente porque esas acciones privadas directas pueden desestimular la delación. Ese sería, en este momento, el obstáculo más importante.

La indemnización, como tal, existe bajo las reglas generales de la indemnización de perjuicios, esto es, todo aquel que cause un daño, lo debe reparar, y el que cause un daño derivado de una conducta anticompetitiva, también lo debe hacer.

Las acciones de grupo y las acciones populares quedaron en manos de unos "caza recompensas" que, al eliminarse el incentivo que había en las acciones populares, se quedaron con las acciones de grupo, en donde no demuestran nada; entonces, no es que no existan mecanismos, sino que no logran probar nada, porque lo que pretenden es "ganarse la lotería", y eso es otra cosa.

Una referencia final: todos creemos haber sido los mesías del Derecho de la competencia, y lo que pasa es que el primero que le hizo un aporte fundamental fue el doctor Hernando Agudelo Villa en 1959, con la Ley 155. Los demás, hemos ayudado en algo. Los que hicimos el Decreto 2153 de 1992, supieran ustedes lo que era la Superintendencia y lo que hubo que hacer. Claro, algunos han llegado más recientemente a este mundo, entonces conocen menos de la historia.

CONCLUSIONES

- En cuanto a las reformas de los aspectos sustanciales del régimen de promoción de competencia, el panelista líder de la respuesta, el doctor Gabriel Ibarra Pardo, propuso (i) la distinción entre las conductas horizontales y verticales en tanto que las verticales no necesariamente son ilegales; (ii) propone una prohibición general en donde la carga de la prueba está en la autoridad y una descripción de conductas claramente tipificadas, donde debe existir la inversión de la carga de la prueba hacia el investigado, y, adicionalmente, se deben establecer reglas respecto de (iii) los acuerdos de colaboración que pueden generar eficiencias y (iv) reglas sobre las cláusulas de no competencia que con la normatividad actual estarían prohibidas. El doctor Miranda agregó que la aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 puede afectar el principio de congruencia y la colusión tácita y, al igual que el doctor Montealegre, tiene reparos respecto de los actos restrictivos. Los doctores Montealegre y Robledo precisan que hay que tener cuidado con las modificaciones en tanto se corre el riesgo de que el régimen siempre esté desactualizado. El doctor Robledo se aparta de las propuestas formuladas por el panelista líder.
- Respecto a los aspectos procesales, el doctor José Orlando Montealegre, panelista a cargo de la aproximación a este tema, concluyó que se requiere (i) delimitar temporalmente la averiguación preliminar, (ii) garantía de independencia entre el delegado y el Superintendente de Industria y Comercio y (iii) prohibición de que

las notificaciones se hagan por fuera del curso procesal. El doctor Ibarra y el doctor Miranda comparten estas premisas, adicionando la congruencia entre el pliego de cargos, el informe motivado y la decisión final. El doctor Robledo no comparte las apreciaciones respecto a la falta de congruencia y sostiene que los ajustes procesales son un trabajo que nunca termina, pero eso no implica que exista violación al debido proceso.

- Frente a las modificaciones institucionales, el doctor Alfonso Miranda propone (i) autoridad única; (ii) autoridad colegiada; (iii) con periodo fijo lo que garantiza la independencia; (iv) entidad especializada, lo que implica que la Superintendencia de Industria y Comercio debería dejar de lado las demás funciones misionales que hoy detenta, y (v) se insiste en la separación entre el delegado y el Superintendente de Industria y Comercio. El doctor Robledo comparte dicha postura, apartándose solamente en los aspectos relacionados con que la función de inspección, vigilancia y control se fraccionen en dos entidades, en tanto que eso es alejado del modelo institucional adoptado por Colombia para el Derecho sancionatorio estatal. El doctor Montealegre comparte las propuestas y añade que debería regresarse a que la nominación del delegado sea por parte del presidente de la República. El doctor Ibarra, estando de acuerdo con las propuestas del doctor Miranda, precisa que el Consejo Asesor no constituye de ninguna manera una decisión colegiada, el periodo presidencial no debe coincidir con el del presidente de la República y que las funciones del delegado deben ser revisadas, particularmente la de proyectar las decisiones del Superintendente.
- Finalmente, en cuanto a las acciones civiles y penales en torno al Derecho de la competencia, el doctor Pablo Felipe Robledo no cree que la penalización sea el gran remedio al paso que cree que es necesario el fortalecimiento y cambio del esquema para las sanciones económicas, y se refirió a la ausencia de acciones indemnizatorias. El doctor Miranda comparte la opinión del doctor Robledo respecto de la no penalización y hace énfasis en que es necesario trabajar en las acciones indemnizatorias de escaso desarrollo en Colombia. El doctor Ibarra señaló que las sanciones no deben ser el eje de la política de competencia y que deberían existir incentivos para que el sistema permita la solución a los afectados a costa de las sanciones y en la especialización de los jueces en asuntos de competencia y en general de comercio. El doctor Montealegre comparte las conclusiones iniciales, resaltando que la acción privada puede desestimular la delación.