

RÉGIMEN SANCIONATORIO EN LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA COLOMBIANA *

Dionisio de la Cruz¹

Contenido

INTRODUCCIÓN.....	1
I. Régimen sancionatorio derogado	3
A. Vacíos del Decreto 2153 de 1992.....	4
1. En cuanto a la gradualidad.....	4
2. En cuanto a conductas atípicas.....	9
3. El incumplimiento de las garantías, genera hacer efectiva la caución constituida.	10
B. Deficiencias.....	12
II. El nuevo régimen	12
A. Ámbito de aplicación.....	12
B. Incremento del valor de la multa.....	15
C. Hechos generadores de la multa para las empresas.....	16
1. Criterios de graduación de la multa.....	16
2. Circunstancias de agravación punitiva.....	18
3. Circunstancias de atenuación punitiva.....	18
D. Hechos generadores de multas para las personas naturales.....	18
1. Contra quién se dirige la sanción.....	18
2. Verbos rectores.....	19
3. Monto de la multa.....	19
4. Criterios de graduación de la multa.....	20
5. Caducidad de la facultad sancionatoria.....	20
E. Otros tipos de sanciones.....	21
F. Excepciones a la aplicación de la multa.....	21
G. Régimen de transición.....	23
1. En cuanto a la autoridad competente.....	23
2. En cuanto al régimen sancionatorio aplicable.....	25
3. Caducidad sancionatoria.....	27
III. La multa en perspectiva	27
Conclusiones	31

INTRODUCCIÓN

La novedad de la expedición de una nueva ley llena de expectativas a la comunidad a quien se dirige. Y, a quienes trabajamos con especial énfasis en el tema, nos obliga a tratar de desentrañar lo que los abogados llamamos el espíritu de la ley, con lo cual

* Este artículo fue presentado a la revista el día 24 de agosto de 2009 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de diciembre de 2009, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la misma universidad. Dionisio.delacruz@uexternado.edu.co

comienza una interminable labor de interpretación y debate respecto a las implicaciones que la nueva norma jurídica nos puede ofrecer.

Tuvimos la oportunidad de seguir muy de cerca la gestación y desarrollo de la ley al interior del Congreso la cual, con estos primeros debates académicos, comienza su trasegar en el mundo jurídico, influenciando el comportamiento “respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”².

Las normas que regulan el derecho de la competencia tienen dos grandes aspectos. Uno, que podríamos llamar sustantivo, relacionado con el establecimiento de aquellos comportamientos que se estiman restrictivos de la competencia y por lo tanto, limitaciones al ejercicio del derecho a la libre competencia económica y de contera al ejercicio de la libre empresa. Otro, el procedimental, referido a la autoridad competente encargada de sancionar las violaciones a la ley, el procedimiento a través del cual la autoridad competente llevará a cabo las investigaciones pertinentes que le permitirán concluir si existió o no una violación a la normatividad vigente de competencia y, finalmente, las potestades sancionatorias de las autoridades competentes que se derivan del incumplimiento de la ley.

Es sobre el último aspecto que haremos referencia: partiremos de la legislación recién derogada y analizaremos sus deficiencias y vacíos, a efectos de detectar si la nueva legislación resuelve los defectos de los que adolece la normatividad derogada. Posteriormente, analizaremos los aspectos sobresalientes y novedosos de la nueva legislación para finalmente, colocar en perspectiva los valores máximos que como multas podría imponer la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) por la violación de las normas que regulan la libre competencia en el mercado, con relación a las multas que otras autoridades administrativas en Colombia pueden imponer en desarrollo de sus respectivas competencias, y las conclusiones.

² Artículo 2º Ley 1340 de 2009.

I. Régimen sancionatorio derogado

En aquellos asuntos en los que la SIC era la autoridad competente (recordemos que el régimen general contenido en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 era aplicable a aquellos sectores y aquellos agentes económicos sobre los que no existían un régimen especial ni una autoridad competente específica, como existían para los servicios públicos³, el sector portuario⁴, de televisión⁵ y el sector financiero⁶), de manera residual para “[i]mponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia...” y, además, sancionar a aquellos que no acataran las instrucciones que en desarrollo de sus funciones impartiera⁷.

La norma permitía a la SIC sancionar por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, esto es, por la violación a las obligaciones de “no hacer” establecidas en los artículos 47⁸, 48⁹ y 50¹⁰ del Decreto 2153 de 1992, por promoción de la competencia y por no acatar las instrucciones que impartiera la SIC.

Las sanciones consistían, principalmente, en multas que se imponían como consecuencia de un proceso administrativo bajo la égida del debido proceso y el derecho de defensa.

Las multas se podían imponer a las personas jurídicas o naturales responsables de la realización de las conductas investigadas y a aquellas personas naturales que como representantes o empleados, o simples auxiliares “autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”¹¹.

El monto de las multas variaba según si se trataba de personas jurídicas o naturales, con un tope de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la

³ Ley 142 de 1993.

⁴ Ley 1ª de 1991.

⁵ Ley 182 de 1995.

⁶ Decreto 663 de 1993.

⁷ Artículo 2º numeral 2º Decreto 2153 de 1992

⁸ Acuerdos considerados restrictivos de la competencia.

⁹ Actos considerados restrictivos de la competencia.

¹⁰ Conductas consideradas abusivas de una posición dominante.

¹¹ Artículo 4º numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

imposición de la multa para las primeras y de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes para las segundas.

Brillaban por su usencia criterios de agravación o atenuación punitiva que permitieran a la autoridad fundamentar con criterios objetivos el monto de la multa a imponer, con la consiguiente incertidumbre para la empresa o el particular sujeto a investigación.

Para el tema de las integraciones económicas no se tipificaba ningún comportamiento específico objeto de sanción, aunque las autorizaciones que se confirieran podían “ser suspendidas temporalmente y aún revocadas por el mismo funcionario, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, cuando se comprueba que la nueva organización jurídico-económica ha incurrido en violación de las normas consagradas por la Ley 155 de 1959”¹², y el Decreto 2153 de 1992, cuando comenzó a regir, facultad ésta que no se ha utilizado.

A. Vacíos del Decreto 2153 de 1992.

El desarrollo en la aplicación de las normas antimonopolio, luego de la expedición del Decreto 2153 de 1992, expuso los vacíos que en materia sancionatoria contenía la ley. Hablamos de la gradualidad en el monto de las sanciones y la sanción de comportamientos atípicos con sanciones establecidas para la realización de prácticas comerciales restrictivas.

1. En cuanto a la gradualidad

La doctrina de la SIC ha tratado de fundamentar, aunque de manera muy pobre, el por qué del monto de las multas que impone, las cuales adecúa a cada caso dando como resultado una serie de circunstancias de atenuación o agravantes *ad hoc* sin conexión ni proporción con el valor de las sanciones impuestas.

Miremos por tipo de comportamiento cómo ha aplicado la SIC la norma a la hora de graduar las sanciones.

➤ Sanciones por no informar una operación de integración económica

¹² Artículo 11 Decreto 1302 de 1964.

Como circunstancias atenuantes, para evaluar el monto de la sanción por no informar una operación de integración económica, la SIC ha aceptado argumentos tales como que se trata de una integración vertical, lo que implica un menor riesgo para el mercado, o que la operación llevaba poco tiempo de vigencia y por lo tanto el daño no era mucho¹³. En este caso la sanción se disminuyó de \$ 28 millones a \$ 8 millones.

Así mismo, como atenuante, aceptó como válido el hecho de que la operación no generó restricción a la competencia y a la buena fe en el comportamiento de los investigados, quienes sí avisaron integraciones posteriores a aquella no avisada¹⁴. En este caso la sanción a la empresa disminuyó de \$ 120 millones a \$ 80 millones.

Como agravantes, la SIC consideró el tamaño y capacidad financiera¹⁵ de la investigada, en cuanto la operación tuvo efectos reales en el mercado¹⁶. En este caso la sanción más alta ascendió a \$ 331 millones para una de las empresas, sin embargo la misma fue revocada por caducidad¹⁷.

Igualmente en una integración no informada en donde uno de los activos más valiosos era un bien intangible consideró que por tratarse de este tipo de bienes y de gran recordación, la sanción debía ser mayor¹⁸. En este último caso la sanción ascendió a \$ 120 millones¹⁹.

Cada uno de los anteriores argumentos fue expuesto sin ningún tipo de desarrollo en la respectiva resolución.

➤ Sanciones por la imposición de precios inequitativos²⁰

El argumento principal para la imposición de las multas a las empresas procesadoras que compran leche cruda al productor es el impacto de la conducta sobre el “mercado de la

¹³ Resolución 15917 de 2003. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

¹⁴ Resolución 28515 de 2004. *Ibíd.*

¹⁵ Resoluciones 8307 de 2003, 21838, 21819 y 28515 de 2004. *Ibíd.*

¹⁶ Resoluciones 8307 de 2003. *Ibíd.*

¹⁷ Resolución 19017 de 2003. *Ibíd.*

¹⁸ Resolución 21819 de 2004. *Ibíd.*

¹⁹ Resolución 21891 de 2004, confirmada por la Resolución 29191 de 2004. *Ibíd.*

²⁰ La definición de precio inequitativo fue desarrollada para el mercado de compra de leche cruda por el Decreto 2513 de 2005 desarrollado por las resoluciones 331 y 337 de 2005 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

compra de leche cruda al productor”²¹. Las sanciones en estos casos fueron de \$ 11²², \$ 36²³, \$ 111²⁴ y \$ 61²⁵ millones.

El concepto del impacto de la conducta fue concretado en la Resolución 51785 de 2008, en donde se sancionó a la Cooperativa Colanta, bajo el entendido que el impacto de la conducta sobre el “mercado de la compra de leche cruda al productor [...] tiene que ver con el valor dejado de pagar por las empresas productoras”. A Colanta en este caso se le impuso una multa de \$ 111 millones.

Cada uno de los anteriores argumentos fue expuesto sin ningún tipo de desarrollo en la respectiva resolución.

➤ Sanciones por la realización de acuerdos restrictivos de la competencia

En el caso de la investigación por un acuerdo de precios de compra de algunas empresas procesadoras de arroz, la SIC fundamentó su decisión en que entre las investigadas controlan la mayor parte del mercado afectando a los cultivadores, que por ser pequeños campesinos no tiene poder de reacción ante el cartel descubierto. Así mismo, consideró como un agravante que a las mismas empresas se les había aceptado un ofrecimiento de garantías. Las multas en este caso oscilaron entre \$ 155 millones y la más alta para el momento de \$ 763 millones. Los representantes legales fueron multados algunos con la máxima sanción \$ 114 millones y otros con \$ 70 millones²⁶.

En el caso de unas empresas cementeras, la SIC consideró una circunstancia de agravación el hecho de que los investigados abarcaran “casi la totalidad del mercado”. La multa ascendió a la máxima permitida en el momento de \$ 923 millones para las empresas y \$ 138 millones para los representantes legales²⁷.

En la investigación a unas estaciones expendedoras de gasolina en Cali y Pasto, consideró la SIC que el comportamiento afectaba a un sector amplio de la población y tuvo

²¹ Resoluciones 33915, 33916, 33917, 33918 de 2008. *Ibíd.*

²² Resolución 33918 de 2008. *Ibíd.*

²³ Resoluciones 33915 de 2008. *Ibíd.*

²⁴ Resoluciones 33916 de 2008. *Ibíd.*

²⁵ Resolución 33917 de 2008. *Ibíd.*

²⁶ Resolución 22625 de 2005. *Ibíd.*

²⁷ Resolución 51694 de 2008. *Ibíd.*

efectos reales en el mercado. La multa ascendió a \$ 22 millones por estación investigada²⁸.

A unos contratistas del Estado la SIC los multó con \$ 15 millones a cada uno, por distorsionar un proceso de selección y escogencia²⁹.

En la investigación mediante la cual se castigó un cartel formado por empresas transportadoras y la empresa Peldar, la sanción se basó, escuetamente, en el tipo de acuerdo, su duración y cobertura³⁰. La multa en este caso ascendió a \$ 20 millones a cada uno.

Como atenuante encontramos, en una investigación contra algunos hoteles en San Andrés, la circunstancia de que la conducta no tuvo efecto en el mercado³¹. La multa ascendió a \$ 8 millones por cada hotel.

Cada uno de los anteriores argumentos fue expuesto sin ningún tipo de desarrollo en la respectiva resolución.

➤ Sanciones por abuso de posición dominante

A pesar de la gravedad de los comportamientos constitutivos de abuso de posición dominante, originados por la misma condición del investigado, las multas han sido sorprendentemente bajas.

A las Empresas Públicas de Medellín se les multó con \$12.500.000, ya que para la SIC el monto tenía que ver con los ingresos que recibió la empresa por la conducta abusiva de venta atada³².

A la empresa aérea Satena se le impuso una multa que consideramos simbólica de \$ 618.000, ya que por la labor social de la empresa al volar a destinos alejados, la conducta

²⁸ Resoluciones 8027 y 7951 de 2002. *Ibíd.*

²⁹ Resolución 21822 de 2004. *Ibíd.*

³⁰ Resolución 21822 de 2004. *Ibíd.*

³¹ Resolución 34397 de 2001. *Ibíd.*

³² Resolución 8328 de 2003. *Ibíd.*

no constituía un comportamiento “netamente comercial” y no se causó un daño real al mercado, ni consideró claro el impacto negativo que la conducta hubiera podido tener³³.

➤ Sanciones relacionadas con actos restrictivos de la competencia

Un caso relevante: se sancionó a un proveedor por influenciar a su distribuidor en su política de precios con \$ 76 millones por el efecto que la conducta tuvo en el mercado.

➤ Sanciones indirectas por incumplimientos de las garantías ofrecidas

Para estos casos no existe sanción como tal. El esquema de las garantías se fundamenta en la solicitud que hace el investigado sobre la base de la aceptación de hechos, la implementación de obligaciones que desarrollen un cambio de comportamiento y un esquema de seguimiento que le permita a la SIC asegurarse del cumplimiento de las garantías ofrecidas y para asegurar el cumplimiento una caución que se hace efectiva en caso de incumplimiento.

De acuerdo con lo anterior, la consecuencia del incumplimiento de la garantía ofrecida es la declaratoria del incumplimiento, la ocurrencia del riesgo asegurado y el cobro del valor asegurado en la póliza, que se convierte en una sanción indirecta para el investigado en la medida en que, por el tipo de póliza³⁴, el asegurador se devuelve contra el investigado-asegurado por el valor asegurado pagado a la SIC por la declaratoria del siniestro.

La SIC fija el valor asegurado bajo la filosofía de que el mismo tiene como monto máximo la mayor multa que pudiera imponer en caso de encontrarse culpable al investigado³⁵ y, en algunos casos por el 50% de la multa máxima³⁶.

³³ Resolución 4285 de 2002. *Ibíd.*

³⁴ “Bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’, como reza textualmente la póliza citada (en este caso la visible a folio C. 1). A ese texto simplemente una glosa: no ha debido emplearse la expresión afianzada ‘porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado *Seguro de Cumplimiento*, es negocio diferente de la fianza”. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. M.P. SILVIO FERNANDO TREJOS. Expediente 6140. 21 de septiembre de 2000.

³⁵ Resoluciones 2085 de 2004, 3119 de 2007. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

³⁶ Resolución 28463 de 2008. *Ibíd.*

2. En cuanto a conductas atípicas

Bajo el manto de prácticas comerciales restrictivas o a través de una labor interpretativa, la SIC ha aplicado su potestad sancionatoria a comportamientos no tipificados expresamente como "...Prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia..." o por desobedecer las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia³⁷. A continuación, algunos de ellos:

➤ Incumplimiento de garantías ofrecidas

La SIC ha sancionado a empresas por considerar que incumplieron con el esquema de seguimiento dado dentro de unas garantías otorgadas, sin tener facultad legal para imponer la sanción³⁸.

Recordemos que las garantías son un mecanismo que ofrece la ley, que le permite al Superintendente de Industria y Comercio suspender una investigación en curso cuando los investigados "...Brinde(n) garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga"³⁹. El fundamento del ofrecimiento de garantías, entonces, es la modificación o suspensión de las conductas que son objeto de investigación⁴⁰.

Para asegurarse que las garantías ofrecidas realmente tuvieran como resultado la modificación o suspensión de las conductas que se investigan, la SIC desarrolló la norma, y, vía interpretación, estableció que el ofrecimiento de garantías se debía estructurar, no sólo sobre la voluntad unilateral del investigado de modificar o suspender la conducta que se le imputa, sino, además, que debía haber un mecanismo que le permitiera a la SIC hacer un seguimiento de la manera como el investigado modificaría o suspendería su actuar y, en caso de incumplimiento, hacer efectiva la sanción que le hubiere impuesto en caso de encontrarlo responsable en la investigación suspendida, mediante la constitución de una caución, como una póliza de cumplimiento o cualquier clase de garantía de inmediata ejecución.

³⁷ Artículo 2º numeral 2º Decreto 2153 de 1992.

³⁸ Resoluciones 34804 y 34805 de 2005.

³⁹ Artículo 4º numeral 10 Decreto 2153 de 1992.

⁴⁰ Artículo 4º numerales 12 y 52 del Decreto 2153 de 1992.

En otras palabras existen dos tipos de obligaciones en cabeza de quien ofrece y se le aceptan garantías:

En primer lugar, cumplir las garantías, lo cual se traduce en una obligación de “no hacer” consistente en modificar o suspender las conductas por las cuales se le investigaba.

En segundo lugar, cumplir con las obligaciones paralelas que permiten a la SIC hacer un seguimiento del cumplimiento de la garantía, las cuales se traducen en obligaciones de “hacer”.

Para cada tipo de obligación impuesta en una garantía aceptada, existe una consecuencia por su incumplimiento.

3. El incumplimiento de las garantías, genera hacer efectiva la caución constituida.

El incumplimiento del esquema de seguimiento, por su parte, genera una sanción por el incumplimiento de las mismas.

Ahora bien, debido a que ni el monto, ni el procedimiento a través del cual se hace efectivo el incumplimiento del esquema de seguimiento se encuentra consagrado en el Decreto 2153 de 1992, como equivocadamente lo ha entendido la SIC, se debe acudir al Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA.

En efecto, dentro de las funciones asignadas por ley a la SIC, se encuentra la de imponer sanciones *“por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la superintendencia”*⁴¹. (cursivas propias).

Estas funciones se concretan, para el caso de la violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, en el artículo 4 numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992, en donde se establece que la SIC puede imponer sanciones hasta de 2.000 smlmv a las personas jurídicas y de 300 smlmv a las personas naturales.

⁴¹ Artículo 2º numeral 3 Decreto 2153 de 1992.

Adicionalmente, la ley, en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece un procedimiento a través del cual se pueden imponer las sanciones por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

No obstante, el Decreto 2153 de 1992 nada dice respecto al monto de la sanción que se pueda imponer a quien incumpla la garantía otorgada, así como el procedimiento a través del cual se llegue a una sanción, por lo que nos encontramos ante un vacío legal, el cual, por remisión expresa de la ley, nos conduce al CCA⁴². En estos casos no cabe ningún tipo de interpretación, ya que está en juego el principio de que a “nadie se le puede juzgar sino conforme al acto preexistente al hecho que se le imputa”... y “con observancia de la plenitud propia de cada juicio”⁴³ y el Decreto 2153 de 1992 no establece sanción alguna para los eventos que hemos venido describiendo.

➤ Frente al deber de no informar una integración

Considerando el deber de informar como un comportamiento que configura una norma de promoción de la competencia, la SIC se ha basado en él para poder sancionar hasta por 2000 smlmv a las empresas que no cumplan con el deber de informar⁴⁴.

Los argumentos del acápite anterior respecto a la inexistencia del fundamento de la potestad sancionatoria de la SIC en el Decreto 2153 de 1992 para ciertos comportamientos son aplicables en este punto.

➤ Frente a impedir la realización de una visita administrativa

Ante el hecho de que en la etapa de investigación preliminar la empresa a la que se visitó obstaculizó la visita administrativa, la SIC consideró que este comportamiento debía ser

⁴² “... 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. En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”. Artículo 52 Decreto 2153 de 1992.

⁴³ Constitución Nacional. Artículo 29.

⁴⁴ Resoluciones 15917 de 2003, 8307 de 2003, 21838, 21819 y 28515 de 2004. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

sancionado con base en las mismas facultades para sancionar las prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia⁴⁵.

B. Deficiencias

Además de considerar también los vacíos, anotados en el numeral anterior, como claras deficiencias del régimen sancionatorio establecido por el Decreto 2153 de 1992, el bajo monto de la multa, se decía, no constituía un desestímulo suficiente para disuadir sobre todo a aquellos operadores que por el monto de las transacciones 2.000 smlmv eran fácilmente recuperables con poco tiempo de vigencia de cualquier comportamiento de los que considera la ley colombiana como restrictivo de la competencia.

\$ 800 millones aproximados de hoy pueden ser mucho dinero para ciertas empresas pero no para la gran empresa, de ahí que sería de sentido común que para la gran industria en la evaluación de cometer un acto restrictivo sería rentable correr el riesgo de transgredir la ley con la seguridad de que las ganancias obtenidas superarían con creces una eventual multa, en el caso de que fueren detectados por la autoridad.

II. El nuevo régimen

A. Ámbito de aplicación

La nueva regulación sancionatoria se aplica a todos los sectores que no tengan un régimen especial que contemple sanciones por violación a las normas que regulan la libre competencia en el mercado.

En este orden de ideas, se conservan tantos regímenes sancionatorios como sectores específicos que contengan sanciones especiales aplicables a los agentes económicos de dichos sectores.

El sector de las telecomunicaciones al momento de la expedición de la Ley 1340 seguía con su régimen especial, pero la nueva Ley 1341 de 2009⁴⁶ excluyó de la aplicación de la Ley 142 de 1994 a las telecomunicaciones y a las empresas de telefonía pública básica

⁴⁵ Resolución 11285 de 1999. *Ibíd.*

⁴⁶ Artículo 73 Ley 1341 de 2009.

conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, por lo que quedan sometidas al régimen general establecido por la nueva ley de competencia.

Por otro lado, y a manera de ejemplo, si dos empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios realizan un acuerdo restrictivo, la autoridad competente será la SIC, pero la sanción que se podrá imponer será la específica establecida en la Ley 142 de 1994.

Lo anterior se desprende de la lectura del artículo 4º de Ley 1340 de 2009, cuyo tenor literal es como sigue:

“Artículo 4º. Normatividad aplicable. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, éstas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.” (cursivas propias).

De lo anterior se desprende entonces que la nueva ley solamente unificó para casi todos los sectores⁴⁷ la autoridad competente para la supervisión vigilancia y control de las “disposiciones sobre protección de la competencia que abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio y, el régimen de integraciones empresariales”⁴⁸, dejando vigente los comportamientos propiamente dichos (elemento sustancial) y las sanciones establecidas para cada uno de los sectores económicos con regímenes especiales.

En resumen: tenemos una autoridad que debe aplicar tantos regímenes sustantivos y sanciones como sectores regulados de manera especial.

Lo anterior tiene como consecuencia que un acuerdo de precios entre empresas que provean servicios públicos domiciliarios o instituciones financieras o prestadoras del servicio de televisión deberá sancionarse de acuerdo a lo establecido por cada una de las

⁴⁷ Recordemos las excepciones del artículo 5º respecto al sector agrícola; el párrafo del artículo 8º respecto a la Aerocivil; el artículo 9º respecto a las operaciones de integración económica entre empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y los institutos del salvamento del artículo 29.

⁴⁸ Artículo 2º Ley 1340 de 2009.

normas que regulan su actividad, mientras que el mismo acuerdo entre empresas que produzcan zapatos o automóviles o servicios tecnológicos deben someterse a las nuevas multas, que de lejos superan las de los sectores especialmente regulados. Eso sí, todas ellas son aplicadas por la SIC.

La situación antes descrita parecería ir en contra del derecho a la igualdad⁴⁹, más aún si tenemos en cuenta que los sectores con regulación específica tienen un especial impacto social, por existir un interés público en su prestación; y sin embargo, las sanciones a aplicar serán más benévolas que en los demás sectores, lo que no parecería ser razonable.

La nueva regulación sancionatoria se aplicará para todos los demás sectores que no tienen una regulación especial que los discipline

Esta interpretación no es en lo absoluto exótica en nuestra legislación si tenemos en cuenta que esta situación fue prevista por el Decreto 2153 de 1992, en el sentido de que la norma dejó abierta la posibilidad de que coexistan varios regímenes sustanciales tipificando comportamientos restrictivos.

En efecto, recordemos que el Decreto 2153 fue expedido en el año 1992, casi dos años antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 y de todas las normas que regulaban sectores específicos. Mientras se expedían dichas normatividades el decreto previó, en materia de servicios públicos domiciliarios específicamente que la SIC sería la autoridad competente en el entretanto y en el artículo 47 del decreto dejó abierta la posibilidad de que existieran otros acuerdos restrictivos de la competencia al estimar la norma que “se consideran contrarios a la libre competencia, *entre otros*, los...”.

⁴⁹ “El derecho a la igualdad frente a la ley impone al legislador otorgar el mismo tratamiento a todas las personas que están en el mismo supuesto de hecho que él pretende regular. Por lo tanto, para establecer si una disposición legal concreta es discriminatoria, el primer presupuesto lógico que el juez constitucional debe verificar es que tal disposición realmente otorgue un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si ello efectivamente ocurre, entonces debe examinar si ese tratamiento desigual persigue alguna finalidad constitucionalmente importante que lo justifique, comprobado lo cual debe establecerse si la limitación al derecho a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea conforme con la Constitución, se requiere que sea ponderada o proporcional *stricto sensu*”. Corte Constitucional Sentencia C-1047 de 2001, M.P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, recogida por la Sentencia C-991 de 2006, M.P.: ALVARO TAFUR GALVIS.

De acuerdo con lo anterior “entre otros”, continua vigente, ya que la norma no se ha derogado ni expresa ni tácitamente, entre otras cosas porque de la lectura de toda la ley 1340 de 2009, es fácil concluir que se trata de una norma meramente procedimental, más no sustancial.

Igualmente, en cuanto al régimen sancionatorio la nueva ley no derogó ni expresa ni tácitamente, los regímenes vigentes.

Dejando de lado el punto del ámbito de aplicación de la norma, analicemos los cambios en el régimen sancionatorio.

B. Incremento del valor de la multa

Uno de los mayores cambios legislativos es el incremento en los topes de la multa que la SIC puede imponer.

La Ley 1340 de 2009 establece “multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor”.

La multa se multiplicó por 50 si lo miramos desde el punto de vista de los salarios mínimos mensuales vigentes e ilimitados, por eso desde el punto de vista del porcentaje de la utilidad derivada, el que sea mayor.

No obstante, aquí hay que llamar la atención para no caer en el sofisma de que una sanción potencialmente elevada automáticamente disuade a los agentes en el mercado de restringir la competencia: “...Las sanciones por elevadas que sean, se convierten en instrumentos ineficaces para disuadir este tipo de prácticas. Lo que realmente disuade es la sanción esperada, es decir, no sólo la magnitud de la sanción que pueda llegar a aplicarse, sino también la probabilidad de que dicha sanción llegue a producirse”⁵⁰.

⁵⁰ FERNANDO JIMÉNEZ LATORRE. Artículo: La persecución de los carteles: la política de clemencia. SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE Y AMADEO PETIBÓ JUAN (dirs.). En *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea*. Madrid, Ediciones Marcial Pons. 2005. Página 134.

Sin lugar a dudas es el reto más importante de la autoridad de competencia: ser lo suficientemente eficaz y eficiente en la detección de comportamientos restrictivos de la competencia que, sumado a las sanciones que se puedan imponer, actúe con un efecto disuasivo a por lo menos un buen número de agentes que consideren la idea de restringir la competencia.

C. Hechos generadores de la multa para las empresas

La Ley 1340 de 2009⁵¹ tipificó los comportamientos objeto de sanción, yendo más allá de la simple mención de “prácticas comerciales restrictivas” y estatuyendo claramente las conductas sancionables, a partir de la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, dentro de las que se incluye:

- “La omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la SIC”.
- “La obstrucción de las investigaciones”.
- El incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial” o
- “Las derivadas de su aprobación bajo condiciones” o
- “Las derivadas de la terminación de una investigación por aceptación de garantías”.

La tipificación de los comportamientos objeto de sanción es un gran avance hacia la certeza, la seguridad jurídica de los agentes en el mercado y una protección a los derechos de defensa y debido proceso. Es interesante observar cómo la norma recoge mucho del criterio aplicado por la SIC al entender varios de estos comportamientos como restrictivos.

Lo anterior, por cuanto los investigados y sometidos a supervisión por cuenta de una integración condicionada o en desarrollo del cumplimiento de una garantías aceptadas, saben con certeza y de antemano a qué se están enfrentando en caso de un incumplimiento.

1. Criterios de graduación de la multa

⁵¹ Artículo 25 Ley 1340 de 2009.

Al respecto, dice la norma⁵²:

“Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:”

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

En primer lugar hay que anotar que los criterios establecidos son eminentemente objetivos, relacionados con el impacto del comportamiento en el mercado y el tamaño del infractor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la norma establece como sanción (o un equivalente) de hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales o el 150% de las utilidades obtenidas como consecuencia del comportamiento restrictivo, el que resulte mayor, la SIC deberá, una vez declarado el comportamiento como típico y sujeto a sanción, aplicar al agente investigado ambas opciones de valoración de la sanción para estimar cuál de las dos es la mayor.

Desde la óptica que estamos analizando, los criterios de graduación de la multa son aplicables solamente para evaluar si el comportamiento es merecedor de la máxima sanción o no, pero no serían aplicables para graduar el monto de las utilidades recibidas ya que esto es un criterio independiente a la valoración de la conducta misma.

Consideramos que solamente sería sujeto a la máxima sanción aquel cuyo comportamiento abarque todos los criterios de agravación, pudiendo incluso la SIC, valorar cada criterio elaborando un test para evaluar su cumplimiento e incluso cuantificarlo. Esta labor dará como resultado una cifra, estimada en salarios mínimos legales mensuales, los

⁵² Parágrafo artículo 25 Ley 1340 de 2009.

cuales deberán ser contrastados con el equivalente al 150% de las utilidades obtenidas por la conducta y, lo que resulte mayor, será la sanción impuesta al(os) investigado(s).

2. Circunstancias de agravación punitiva

Según el tenor literal de la norma⁵³: “Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción:”

- “La persistencia en la conducta infractora;”
- “La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia;”
- “El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta”.

Dichas circunstancias, que tienen que ver con el comportamiento subjetivo del(os) investigado(s), se deberán aplicar a la sanción que resulte mayor, según lo que acabamos de ver, pero en ningún caso pueden superar los límites establecidos por la norma, esto es 100.000 salarios mínimos legales mensuales o el 150% de las ganancias obtenidas.

3. Circunstancias de atenuación punitiva

“La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”⁵⁴.

Este es un reconocimiento indirecto a los estímulos de la delación.

D. Hechos generadores de multas para las personas naturales

1. Contra quién se dirige la sanción

El primer cambio que se observa tiene que ver con la generalización de las personas naturales contra las que se puede imponer una sanción. En el régimen original del Decreto 2153 de 1992, se hablaba, aplicando un criterio societario, de “los

⁵³ Parágrafo artículo 25 Ley 1340 de 2009.

⁵⁴ Parágrafo artículo 25 Ley 1340 de 2009.

administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales...”.

El nuevo régimen prescindió de tales clasificaciones y sencillamente se hace referencia “a cualquier persona que...”.

En este punto debemos señalar que aquellas personas naturales que actúan como empresarios, es decir, utilizando la definición del Código de Comercio, realizando “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”⁵⁵, deben ser consideradas como “empresas” para efectos de la multa aplicable, ya que se debe entender el término empresa desde el punto de vista económico más no jurídico.

En otras palabras, no se debe asimilar necesariamente empresa a sociedad legalmente constituida o personalidad jurídica⁵⁶. Criterio este acogido por la SIC⁵⁷.

2. Verbos rectores

Se adicionaron como verbos rectores “colaborar” y “facilitar”, además de autorizar, ejecutar y tolerar, ampliando de esta manera el catálogo de comportamientos susceptibles de sanción y que va en consonancia con la generalización de las personas susceptibles de multa ya que autorizar, ejecutar y tolerar se relacionan con el ejercicio de funciones ejecutivas al interior de una organización y “colaborar” o “facilitar” tienen que ver con personas ajenas a la organización empresarial. Es decir, cualquiera.

3. Monto de la multa

Si bien no con el mismo aumento exponencial, la multa que se puede imponer a las personas naturales aumentó hasta 2.000 smlm.

⁵⁵ Artículo 24 Código de Comercio.

⁵⁶ “...el ordenamiento comunitario define empresa como toda entidad que, cualquiera que sea su forma o categoría jurídica, sea capaz de desarrollar algún tipo de capacidad económica en los mercados de bienes o servicios [...] El dato de la personalidad jurídica no aparece pues como un elemento esencial del concepto comunitario de empresa”. JAUME PELLISÉ CAPELL. La explotación abusiva de una posición dominante. Madrid. Civitas. 2005, Pp. 96 y 97.

⁵⁷ Resoluciones 8027 y 7951 de 2002. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

No obstante, el incremento real del valor de la multa lo constituye el hecho de que “[l]os pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de ésta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella”⁵⁸.

Los recursos para el pago de la multa deben provenir, exclusivamente, del pecunio personal del empleado.

4. Criterios de graduación de la multa

La graduación de la multa pende de los siguientes criterios⁵⁹:

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

5. Caducidad de la facultad sancionatoria

Se introduce un término de caducidad específico para la imposición de sanciones administrativas por violación al régimen de competencia y superior al general establecido en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por un periodo de cinco años de haberse ejecutado la conducta o “del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.

⁵⁸ Parágrafo artículo 26 Ley 1340 de 2009.

⁵⁹ Artículo 26 Ley 1340 de 2009.

En este punto se eliminó el texto del segundo debate⁶⁰ que proponía un término de caducidad para iniciar la investigación y otro para la imposición de la sanción, para un total de 8 años. La unificación del término y su disminución en términos cuantitativos, más que darle claridad a la aplicación de los mismos sirve para impulsar a la autoridad en la investigación y sanción de las conductas en términos razonables.

E. Otros tipos de sanciones

La ley no sólo trae sanciones pecuniarias derivadas de una equivalencia con salarios mínimos legales mensuales o un porcentaje de las utilidades derivadas de la violación de la ley, sino que también le otorga a la SIC herramientas que le permiten cumplir con su función de librar al mercado de estructuras lesivas a la competencia. Nos referimos a la posibilidad de ordenar la reversión de una operación de integración empresarial.

En efecto, la ley⁶¹ faculta a la SIC para ordenar la reversión de una operación de integración económica cuando 1. La operación no fue informada, o 2. Se realizó antes de cumplido el término que tenía la SIC para pronunciarse, si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o 3. Cuando la operación había sido objetada, o 4. Cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

No obstante la dificultad que pueda tener la aplicación de una herramienta como esta, no por ello debe la SIC en lo absoluto descartar su aplicación y dejarla como letra muerta tal y como sucedió con dicha facultad establecida en el Decreto 1302 de 1964, artículo 11.

F. Excepciones a la aplicación de la multa

⁶⁰ “Artículo 23. Caducidad sancionatoria. Prescripción de la facultad para iniciar la investigación y caducidad de la potestad sancionatoria: la facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para iniciar una investigación por la violación del régimen de protección de la competencia prescribirá una vez transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo. La potestad para imponer la sanción caducará transcurridos tres (3) años a partir del momento en que la autoridad de protección de la competencia identificó la falta o tuvo conocimiento de la infracción e inició el procedimiento administrativo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.”

⁶¹ Artículos 11 y 13 Ley 1340 de 2009.

La multa sólo se inaplicaría en el evento contemplado como beneficios por colaboración⁶² ya que en la aceptación de garantías⁶³ el investigado se sustrae del riesgo de la aplicación de la sanción presentando garantías suficientes y dando termino a la investigación.

Por el contrario, el beneficio por colaboración se otorga en la decisión final y con posterioridad a que se haya evaluado el comportamiento del investigado colaborador, sanción que será eventualmente disminuida o exonerada de pago para éste.

⁶² “Artículo 14. *Beneficios por Colaboración con la Autoridad.* La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aún cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:”

1. “Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta”.
2. “La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:”
 - a. “La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal”.
 - b. “La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.” Artículo 14 Ley 1340 de 2009.

⁶³ “Artículo 16. *Ofrecimiento de garantías suficientes para la terminación anticipada de una investigación.* Adiciónase el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 con un Parágrafo 1 del siguiente tenor:”

“Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados”.

“El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio”. Artículo 16 Ley 1340 de 2009.

G. Régimen de transición

1. En cuanto a la autoridad competente

La Ley 1340 estableció un régimen de transición⁶⁴ según el cual las autoridades que hasta el momento de la expedición de la ley eran competentes para conocer, investigar y sancionar prácticas comerciales restrictivas y ejercer un control previo de las operaciones de integraciones empresariales, lo continuarán haciendo hasta los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, momento en el cual “[l]as investigaciones que [...] se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades”; Por su parte, “las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Aquellas investigaciones que se queden en cabeza de las autoridades sectoriales deberán ser concluidas bajo la norma aplicable al sector y bajo la cual se abrió la investigación; no vemos razón para pensar que la norma a aplicar, en lo que al régimen sancionatorio se refiere, sean las nuevas y mucho más severas de la Ley 1340 de 2009, cuya competencia exclusiva en su aplicación fue otorgada a la SIC.

Para aquellas investigaciones que pasen a manos de la SIC y que no hayan pasado la etapa de investigación preliminar el asunto no es tan sencillo.

Tenemos, por un lado, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual “[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”; lo que implica que la investigación preliminar debe culminarse de acuerdo a la norma sectorial vigente al momento de iniciar la investigación, pero de ahí en adelante se deberá aplicar el nuevo procedimiento.

⁶⁴ Artículo 33 Ley 1340 de 2009.

De otro lado, no es contrario a nuestro ordenamiento que las leyes procesales a aplicar en caso concreto sean aquellas vigentes al momento de la comisión del hecho investigado, más aún cuando se trata de un cambio drástico de procedimiento.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia⁶⁵ al conocer de la transición del proceso penal antiguo al oral, conceptuó que: “3.- Consecuente con lo anterior, se infiere que tanto la vigencia restringida de la Ley 906 como su gradual aplicación, dispuesta por el constituyente y luego acatada por el legislador, resulta predicable del nuevo modelo que gobierna la actuación procesal, quiere decir, de las diferentes etapas y las formas en que éstas se llevan a cabo, contempladas para ejercer la acción penal ante los Jueces de la República”.

“En dicha dirección véase cómo el nuevo Código de Procedimiento Penal, consecuente con la decisión política de restringir su radio de acción a delitos cometidos después del 1° de enero de 2005, introdujo una importante modificación al contenido del principio de legalidad, llamada a tener repercusiones en materia de las normas meramente adjetivas que lo componen, al disponer en el artículo 6°”:

‘Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, [con observancia de las formas propias de cada juicio...’].

‘Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia’.

“Como se ve, la fórmula según la cual la ley procesal aplicable a cada caso es la vigente al momento de los ‘hechos’, representa una notoria variable frente al texto adoptado en el artículo 6° de la Ley 600 de 2000, en el que se prescribía que nadie podría ser investigado ni juzgado sino ‘conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal’, criterio último que a más de hallar arraigo en disposiciones legales de notoria aceptación y vigencia, no empero estar inmersas en un cuerpo normativo que data del siglo XIX –Ley 153 de 1987, artículo 40-, ha informado múltiples decisiones en las que

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. Expediente: 25674, 11 de julio de 2006.

esta Corte se ha pronunciado sobre el alcance del “juez natural” y, en muchas otras, con ocasión a los criterios aplicables en tránsitos de legislaciones penales”.

“Ciertamente, el entendimiento según el cual la competencia del juez y las reglas de procesamiento han de estarse a las leyes vigentes al momento en que se cometió el delito, traduce en la prolongación en el tiempo los efectos de normas adjetivas, sin que ante tal previsión legislativa, resulte determinante de su vigencia el que sean reemplazadas por otras también instrumentales”.

“4. Visto lo anterior, considera la Corte que la modificación introducida por el legislador de 2004 al contenido del principio de legalidad, encuentra explicación en la decisión del constituyente de que la nueva forma de enjuiciamiento a que es sometido el sujeto pasivo de la acción penal, regida por la oralidad, no opere de manera inmediata, no obstante su marcado carácter instrumental, sino que se verifique paulatinamente en procura de ir proveyendo a los órganos de la jurisdicción de la infraestructura que demanda el modelo implantado”.

La Ley 1340 de 2009 introduce sin duda, cambios procedimentales fundamentales a las investigaciones por conductas contrarias a la libre competencia, lo que nos llevaría a pensar que a los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, se les debería aplicar el régimen jurídico procesal del Decreto 2153 de 1992, en su artículo 52.

2. En cuanto al régimen sancionatorio aplicable

A la misma conclusión del numeral anterior deberíamos llegar en lo que a la sanción aplicable corresponde, para aquellos hechos consumados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, “pues lo lógico desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el tiempo, es acudir a la norma vigente en el momento en que se causa o genera el derecho correspondiente...”; la aplicación retroactiva de la ley “resulta improcedente no sólo porque la doctrina universal sobre la aplicación de la ley en el tiempo enseña que las normas jurídicas rigen durante su vigencia los hechos que ocurran de acuerdo con sus supuestos sino porque este principio está expreso en el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo, que claramente establece que “las normas sobre trabajo, por ser de orden público,

producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes, o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores⁶⁶.

Ahora bien, qué pasa con aquellos comportamientos que están en desarrollo al momento de entrar en vigencia la nueva ley o los de ejecución continuada.

Respecto a los primeros, consideramos que bajo ciertas circunstancias se les debe aplicar la nueva ley, siempre que la mayor parte de los comportamientos se hayan dado bajo la vigencia de ésta. Pensemos en una práctica conscientemente paralela que es una modalidad de acuerdo restrictivo de la competencia, que se tipifica por la realización de hechos continuados (práctica) y repetitivos de dos o más empresas relacionados con el precio, por ejemplo. Si bien la SIC no ha establecido una referencia cuantitativa respecto a la cantidad de comportamientos que, en todo caso, debemos entender, deben ser más de uno; sólo el estudio y análisis de un lapso prudencial puede dar a la autoridad los elementos suficientes para valorar la legalidad o ilegalidad de la conducta.

En este orden de ideas, si en un lapso de seis meses hubo igual número de comportamientos homogéneos por las empresas, pero sólo el primero se dio bajo el Decreto 2153 de 1992 y los otros cinco bajo la nueva Ley 1340 de 2009, será esta la norma bajo la cual se analizará el comportamiento. Cada caso entonces deberá ser valorado cuidadosamente por la autoridad para elegir la norma aplicable.

En lo que respecta a las conductas de ejecución continuada no vemos razones por las cuales la conclusión deba ser diferente. Este tipo de comportamientos se refieren a conductas cuyos efectos se mantienen en el tiempo, como un acuerdo de precios de varios años o un abuso de posición dominante por precios predatorios de varios meses, pero que son conductas que se han consumado en vigencia de la ley anterior.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P.: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS. 28 de noviembre de 2006, Expediente 28667.

Otra cosa es la discusión que se puede dar respecto al momento desde cuándo se comienza a contabilizar el término de caducidad para la interposición de la sanción y cuál será el término aplicable.

3. Caducidad sancionatoria

De acuerdo a la nueva norma⁶⁷, “[l]a facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse *ejecutado* la conducta violatoria o *del último hecho* constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”. El régimen anterior⁶⁸ establecía un término de tres años.

Para aquellos comportamientos ya ejecutados se les aplicará, para efectos del computo de la facultad sancionatoria, la vigente al momento de la ejecución del acto; mientras que para las conductas de tracto sucesivo el hecho que nos marca la pauta es el último, por lo que será la norma vigente al momento de suceder el último hecho la aplicable, para este caso, la Ley 1340 de 2009 artículo 27.

III. La multa en perspectiva

A nivel nacional no parece haber una entidad administrativa que tenga la facultad de imponer multas a los niveles que lo podría hacer la SIC por violación al régimen de prácticas comerciales restrictivas. Miremos:

Entidad	Norma	Hechos constitutivos	Monto
DIAN	639 Sanción mínima	Reincidencia/ o fraude por saldo a pagar	\$10.000/hasta el 100% del valor de la sanción /20 a 100 smlm

⁶⁷ Artículo 27 Ley 1340 de 2009.

⁶⁸ Artículo 38 Código Contencioso Administrativo.

DIAN	643 ET	<p>1. En caso que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, al veinte por ciento (20%) del valor de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al veinte por ciento (20%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de renta presentada, el que fuere superior.</p> <p>2. En caso que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre las ventas, al diez por</p>
------	--------	--

		<p>ciento (10%) de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de ventas presentada, el que fuere superior.</p> <p>3. En caso que la omisión se refiera a la declaración de retenciones, al diez por ciento (10%) de los cheques girados o costos y gastos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por</p>
--	--	---

			<p>el período al cual corresponda la declaración no presentada, o al ciento por ciento (100%) de las retenciones que figuren en la última declaración de retenciones presentada, el que fuere superior.</p> <p>4. En caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto de timbre, la sanción por no declarar será equivalente a cinco (5) veces el valor del impuesto que ha debido pagarse.</p>
Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las corporaciones autónomas regionales, las de	Ley 1333 de 2009	Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las	Multas diarias hasta por cinco mil (5.000) smlmv. Legales vigentes.

desarrollo sostenible, las unidades ambientales de los grandes centros urbanos		normas contenidas en el Código de Recursos Naturales, Renovables Decreto-ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994.	
Autoridad de tránsito	Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito	Violación a normas ambientales	30 smlmv
Autoridad de tránsito	Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito	Las ensambladoras o fabricantes de vehículos, carrocerías, remolques, semi-remolques y similares, que los vendan sin el respectivo mecanismo de identificación	1.000 smlmv
Ministerio de Minas y Energía	Ley 685 de 2001	Incumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión minera	30 smlm

Conclusiones

- La Ley 1340 de 2009 constituye un avance en el desarrollo de la aplicación de las normas que regulan la libre competencia en el mercado en lo que al régimen sancionatorio se refiere ya que endureció las penas, tipificó comportamientos, estableció criterios para graduar las sanciones, estableció agravantes y atenuantes para su aplicación y entrega la opción de establecer la sanción de acuerdo a las utilidades recibidas por la conducta ilícita. Así mismo, hace responsable directamente a las personas naturales.
- Corresponde al Gobierno Nacional, cumplir con el mandato legal de dotar a la SIC del personal y los medios para hacer cumplir la Ley.
- Luego de lo anterior, viene lo más difícil, hacer cumplir la ley a través de un aparato administrativo eficiente y preparado que realmente complemente el régimen sancionatorio y haga que la nueva ley surta el efecto que se quiere: disuadir a los agentes en el mercado de la comisión de conductas restrictivas de la competencia.
- Finalmente, consideramos que se debe propender por un régimen único, tanto a nivel sancionatorio como a nivel sustantivo para una mayor claridad y certeza para los destinatarios de la norma.