

PROYECTO DE LEY

“por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

CAPÍTULO I

ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

Artículo 1. Modifíquese el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

*“**Artículo 7. Abogacía de la Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de decreto, resolución o cualquier otro acto administrativo del orden nacional que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, incluyendo los que otorguen subsidios. Para estos efectos las respectivas autoridades informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los proyectos de actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones del acto administrativo, los motivos por los cuales se aparta.*

Las Autoridades Departamentales o Municipales, cuando lo consideren pertinente, podrán solicitar a la Superintendencia de Industria y Comercio concepto previo sobre las regulaciones que pretendan expedir y que puedan afectar la libre competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio también podrá conceptuar de oficio sobre proyectos de acto administrativo del orden departamental o municipal. En ningún caso los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio serán vinculantes.

CAPÍTULO II

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Artículo 2. Modifíquese el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el cual quedará así:

“Artículo 4. Control de Concentraciones Empresariales. Las empresas que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia de Industria y Comercio establezca un umbral mínimo de ingresos operacionales para cada interviniente; o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia de Industria y Comercio establezca un umbral mínimo de activos totales para cada interviniente.

Parágrafo 1º. En los procesos de concentración empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de solicitar el análisis previo de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de la operación en la libre competencia. El análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio y sus conclusiones serán vinculantes para la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con la autorización, condicionamiento u objeción de la operación. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1340 de 2009.

Parágrafo 2º. La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conocerá sobre la procedencia de las operaciones de

concentración empresarial en los que participen explotadores de aeronaves o compañías de transporte aéreo. En estos casos, la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil tendrá la obligación de solicitar el análisis previo de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de la operación en la libre competencia. El análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio y sus conclusiones serán vinculantes para la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil en relación con la autorización, condicionamiento u objeción de la operación.

Parágrafo 3º. *La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta, y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.*

Parágrafo 4º. *Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una concentración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la concentración, e implementar los remedios de carácter estructural o de comportamiento con respecto a dicha concentración.*

Parágrafo 5º. *Las operaciones de concentración en las que las intervinientes se encuentren en situación de subordinación societaria entre sí, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se encuentran exentas del deber de información previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio.*

Parágrafo 6º. *Las empresas intervinientes en una concentración empresarial deberán pagar, a título de tasa, la tarifa que fije la Superintendencia de Industria y Comercio para el estudio de las concentraciones empresariales que se informen en cumplimiento de lo previsto en este artículo. Para efectos de fijar la tarifa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los ingresos operacionales y los activos totales de las empresas intervinientes. La tasa establecida por la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá superar el cero punto uno por ciento (0.1%) de los activos conjuntos totales de las intervinientes.”*

Artículo 3. Modifíquese el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“Artículo 10. Procedimiento administrativo en caso de Concentraciones Empresariales. Para efectos de obtener el pronunciamiento previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con una operación de concentración proyectada, se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Los interesados presentarán ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de pre evaluación, acompañada de un informe sucinto en el que manifiesten su intención de llevar a cabo la operación de concentración empresarial y las condiciones básicas de la misma, de conformidad con las instrucciones expedidas por la autoridad única de competencia.

2. Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del informe anterior y salvo que cuente con elementos suficientes para establecer que no existe la obligación de informar la operación, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenará la publicación de un anuncio en un diario de amplia circulación nacional, para que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación se suministre a esa entidad la información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada. La Superintendencia de Industria y Comercio no ordenará la publicación del anuncio cuando cuente con elementos suficientes para establecer que no existe obligación de informar la operación, cuando los intervinientes de la operación, por razones de orden público, mediante escrito motivado soliciten que la misma permanezca en reserva y esta solicitud sea aceptada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la información a que se refiere el numeral 1 de este artículo, la autoridad de competencia determinará la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización o, si encontrase que no existen riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación, de darlo por terminado y dar vía libre a esta.

4. Si el procedimiento continúa, la autoridad de competencia lo comunicará a las autoridades a que se refiere el artículo 8° de esta ley y a los interesados, quienes deberán allegar, dentro de los quince (15) días siguientes, la totalidad de la información requerida en las guías expedidas para el efecto por la autoridad

de competencia, en forma completa y fidedigna. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar que se complemente, aclare o explique la información allegada. De la misma manera, podrán los interesados proponer acciones o comportamientos a seguir para neutralizar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. Dentro del mismo término los interesados podrán conocer la información aportada por terceros y controvertirla.

5. Si transcurridos tres (3) meses desde el momento en que los interesados han allegado la totalidad de la información la operación no se hubiere objetado o condicionado por la autoridad de competencia, se entenderá que esta ha sido autorizada. La Superintendencia de Industria y Comercio certificará el momento en que la totalidad de la información ha sido allegada y el término empezará a contar a partir del día siguiente de expedida la certificación. El término anteriormente indicado podrá prorrogarse por una sola vez y hasta por un plazo igual en aquellos casos en que la autoridad de competencia y las intervinientes se encuentren negociando la imposición de condicionamientos a la operación.

6. La inactividad de los interesados por más de (2) dos meses en cualquier etapa del procedimiento, será considerada como desistimiento de la solicitud de autorización”.

CAPÍTULO III

ACUERDOS DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD

Artículo 4. Modifíquese el artículo 14 de La Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“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 un acuerdo restrictivo de la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación.

Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta.

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

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

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

Parágrafo 1º. Quien en el marco del programa de beneficios por colaboración previsto en este artículo obtenga la exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no responderá solidariamente por los daños causados en virtud del acuerdo anticompetitivo, y, en consecuencia, responderá en proporción a su participación en la causación de los daños a terceros en virtud de la conducta anticompetitiva.

Parágrafo 2º. La existencia del delator, su identidad dentro de la actuación administrativa, y las pruebas que aporte en el marco del programa de beneficios por colaboración, serán reservadas. Lo anterior sin perjuicio de que los investigados puedan conocer la totalidad de las pruebas aportadas con el objetivo de ejercer su derecho de defensa.

La reserva sobre la existencia de un delator y su identidad se levantará al momento de proferirse la decisión sobre si existió o no una infracción al régimen de libre competencia.

Parágrafo 3º. El proceso de negociación de beneficios por colaboración por la presunta comisión de acuerdos restrictivos de la competencia será reservado.

Parágrafo 4º. *El facilitador que delate una práctica comercial restrictiva distinta de un acuerdo anticompetitivo podrá recibir beneficios por colaboración en los términos previstos en este artículo. Los agentes del mercado no podrán acceder a beneficios por colaboración en prácticas restrictivas de la competencia distintas a acuerdos anticompetitivos.*

Parágrafo 5º. *El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia podrá optar por no imputar cargos al delator cuando este, siendo el primero, ostente la calidad de facilitador, y siempre y cuando sea una persona natural.*

CAPÍTULO IV

FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Artículo 5. Modifíquense los numerales 11, 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. *Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

11. Decretar, como medida cautelar, la suspensión o ejecución inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que es razonable para proteger la competencia, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños o hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de una eventual decisión sancionatoria.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá, como medida cautelar, ordenar la exclusión de uno o varios proponentes en un proceso de selección cuando tenga evidencia de que dichos proponentes habrían incurrido en la conducta de colusión en licitación pública descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Para decretar las medidas cautelares, el Superintendente de Industria y Comercio tendrá en cuenta la apariencia de ilicitud de la conducta investigada, así como la necesidad, efectividad y

proporcionalidad de la medida. Adicionalmente, establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer en cualquier momento y de oficio, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio advierta que es factible que los investigados eludan el cumplimiento del pago de una eventual multa a imponerse, podrá decretar medidas cautelares encaminadas a asegurar o garantizar su pago. Los investigados podrán ofrecer la sustitución o modificación de las medidas cautelares decretadas a través de contra cautelas que garanticen el pago de las eventuales multas.

Las medidas cautelares podrán ser adoptadas en cualquier momento de la actuación administrativa, incluso en la etapa de indagación preliminar.

Parágrafo. *Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, los Directores y Superintendentes Delegados en las actuaciones administrativas de inspección, vigilancia y control en materia de protección de los consumidores, reglamentos técnicos o metrología legal y protección de datos personales, podrán decretar medidas cautelares con sujeción a lo aquí dispuesto, en lo que fuere compatible. Contra el acto que decreta medidas cautelares únicamente procede el recurso de reposición en el efecto devolutivo.*

(...).

15. Imponer sanciones pecuniarias a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que imparta, la desatención de requerimientos de información, incluyendo los efectuados para la elaboración de estudios económicos, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

La Superintendencia de Industria y Comercio utilizará, de los siguientes criterios para fijar la multa, aquel cuyo tope sancionatorio resultare mayor en el caso concreto:

a) Los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el diez por ciento (10%) de dichos ingresos.

b) El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción. En este evento, la sanción no podrá exceder el diez por ciento (10%) del valor de dicho patrimonio.

c) Las ventas del infractor en relación con los productos o servicios sobre los que recayó la práctica comercial restrictiva. En este evento, la sanción no podrá exceder el treinta por ciento (30%) de las ventas correspondientes al período durante el cual la infracción se haya ejecutado.

d) Un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor. En este evento, la sanción no podrá exceder cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV).

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

Parágrafo 1º. Cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad, siempre que dicho porcentaje fuere superior al mayor de los límites establecidos en los literales a), b) c) d) y e) de este artículo.

Parágrafo 2º. Quien sea sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio por infringir las normas sobre protección de la competencia en el marco de un proceso de contratación estatal, quedará inhabilitado para contratar con el Estado por un término de dos (2) meses a cinco (5) años, según determine la Superintendencia.

Parágrafo 3º. Escogido el criterio para fijar la multa, esta se graduará teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, siempre y cuando sean aplicables al caso concreto:

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

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

- a) *El haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta;*
- b) *La continuación de la conducta infractora una vez iniciada la investigación;*
- c) *La reincidencia o existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, o con el incumplimiento de compromisos adquiridos con la Autoridad de Competencia, o de las órdenes impartidas por esta.*
- d) *La conducta procesal del infractor tendiente a obstruir o dilatar el trámite del proceso, incluyendo la presentación de solicitudes que sean evidentemente improcedentes.*

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

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

16. Imponer al facilitador, sea persona natural o jurídica, multas de hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV) a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por colaborar, autorizar, promover, impulsar, ejecutar o tolerar la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente del mercado.

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

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

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

3. El patrimonio del facilitador.

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

a) Continuar facilitando la conducta infractora una vez iniciada la investigación;

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

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

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

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

Parágrafo. *El facilitador solo podrá ser sancionado cuando se declare la responsabilidad del agente del mercado, de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga al facilitador, no podrán ser pagados ni asegurados, o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por el agente del*

mercado al cual estaba vinculado el facilitador cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control societario de aquel. La violación de esta prohibición, por sí misma, dará lugar a las mismas sanciones previstas para las infracciones a las normas sobre protección de la competencia.

(...)”.

CAPÍTULO V

OTRAS DISPOSICIONES

Artículo 6. Modifíquese el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

*“**Artículo 15. Reserva de documentos.** Los investigados por la presunta comisión de una práctica restrictiva de la competencia y las intervinientes dentro de una operación de concentración sujeta a trámite de control, así como cualquier tercero, podrán pedir que la información que aporten dentro de la actuación, y sobre la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad, tenga el carácter de reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. En los casos en que no sea posible presentar un resumen confidencial de la información reservada, bien sea porque la información por su naturaleza no pueda ser resumida, o porque la presentación de su resumen implique total o parcialmente la revelación de la información reservada, las intervinientes no tendrán que cumplir con dicha carga. De igual forma, deberán justificar por qué la información sobre la cual se solicita reserva tiene el carácter de tal según la Constitución o la ley. La autoridad de competencia deberá abrir un cuaderno de carácter reservado, en el que se incluirá la totalidad de documentos y actuaciones que tengan tal carácter, e incluir en el cuaderno público del expediente los resúmenes correspondientes.*

Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio verifique que la información sobre la cual se solicita la reserva no tiene tal carácter según la Constitución o la ley, la incluirá en el cuaderno no reservado del expediente

En aquellos casos en que la información de carácter comercial aportada en la actuación administrativa por los investigados, las intervinientes, o cualquier tercero, no sea identificada por ellos como de carácter reservado, se entenderá que han consentido en su revelación para los efectos del trámite.

Los investigados podrán conocer la información que obre en el cuaderno reservado del expediente solo en aquellos casos en que la misma sirva de base para formular un pliego de cargos o para imponer una sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Igualmente, las intervinientes en una operación de concentración sujeta a trámite de control podrán conocer la información reservada únicamente en aquellos casos que esta sirva de fundamento para objetar o condicionar la operación. El acceso al expediente reservado tendrá como único objeto el ejercicio del derecho de defensa, y en ningún caso supondrá la reproducción de los documentos contenidos en el mismo o su utilización para un propósito diferente al contemplado en este artículo.

Ningún tercero tendrá acceso a los cuadernos reservados que obren en los expedientes bajo los cuales se tramite una investigación por prácticas restrictivas de la competencia o una concentración empresarial.

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

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

Artículo 7. Modifíquese el artículo 19 de La Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“Artículo 19. Intervención de terceros. *Aquel que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, acredite un interés*

directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrá el carácter de tercero interesado. Reconocida su calidad de tercero, podrá aportar y pedir las pruebas que considere, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del acto administrativo respectivo. El tercero reconocido tendrá los derechos procesales previstos en el artículo 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con las limitaciones establecidas en las normas especiales que regulan los procedimientos sobre protección de la competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio dará traslado a los investigados, de lo aportado por los terceros mediante acto administrativo en el que también fijará un término para que los investigados se pronuncien sobre ellos.

De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término de cinco (5) días”.

Artículo 8. Modifíquese el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“Artículo 20. Actos de trámite. *Para efectos de lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas y el que decrete medidas cautelares. Contra dichos actos procede el recurso de reposición, en el efecto devolutivo.”*

Artículo 9. Modifíquese el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“Artículo 22. Contribución de seguimiento. *Las actividades de seguimiento que realiza la autoridad de competencia con motivo de la aceptación de garantías para el cierre de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y de la autorización de una operación de concentración empresarial condicionada al cumplimiento de obligaciones particulares por parte de los interesados serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento a favor de la entidad.*

Anualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará, mediante resolución, las tarifas de las contribuciones, que podrán ser diferentes según se trate del seguimiento de compromisos derivados de la terminación de investigaciones por el ofrecimiento de garantías o del seguimiento de obligaciones por concentraciones condicionadas. Las tarifas se determinarán mediante la ponderación de la sumatoria de los activos totales del año fiscal anterior de las empresas sometidas a seguimiento durante ese período frente a los gastos de funcionamiento de la entidad destinados al desarrollo de la labor de seguimiento durante el mismo período, y no podrán superar el uno por mil de los activos totales de cada empresa sometida a seguimiento. Dicha contribución se liquidará de conformidad con las siguientes reglas:

- 1. Se utilizará el valor de los activos totales del año fiscal anterior de la empresa sometida a seguimiento.*
- 2. La contribución se calculará multiplicando la tarifa por el total de los activos totales del año fiscal anterior.*
- 3. Las contribuciones se liquidarán anualmente, o proporcionalmente si es del caso, para cada empresa sometida a seguimiento”.*

Artículo 10. Modifíquese el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así:

“Artículo 31. Intervención del Estado. *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 de esta Ley, el ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los Fondos de Estabilización de Precios, los Fondos Parafiscales para el Fomento Agropecuario, el establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el Régimen de Salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988”.*

Artículo 11. Ejercicio de la acción penal por la Superintendencia de Industria y Comercio. Atendiendo al bien jurídico tutelado, y a la condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia en Colombia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 250 de la Constitución Política, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá ejercer la acción penal respecto del delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Procesos de Contratación Pública, contemplado en el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000. Lo anterior sin perjuicio del poder preferente que sobre el ejercicio de la acción penal tiene la Fiscalía General de la Nación.

Artículo 12. Modifíquese el numeral 1 y adiciónese un parágrafo 7º al artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

“Artículo 24. Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

1. La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos que versen sobre:

a) *Violación de los derechos de los consumidores establecidos en el Estatuto del Consumidor e indemnización de perjuicios, incluyendo los eventos de efectividad de la garantía.*

En el mismo proceso se podrá conocer, tramitar y decidir el llamamiento en garantía que haga el demandado en relación con terceros productores, proveedores o expendedores, según corresponda, sin importar la naturaleza jurídica de las pretensiones entre llamante y llamado. En estos casos, el llamamiento en garantía procederá aun en aquéllos eventos en los que dicho trámite se encuentre proscrito por disposición procesal general. En ningún caso, el llamamiento en garantía afectará la solidaridad frente a la garantía legal ni podrá ir en detrimento de los derechos de los consumidores.

b) *Violación a las normas relativas a la competencia desleal.*

c) *La indemnización de perjuicios en acciones individuales o de grupo derivados de la violación de normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.*

(...)

Parágrafo 7º. *Las funciones jurisdiccionales otorgadas a las autoridades administrativas incluyen la facultad para conocer de las solicitudes de pruebas extraprocesales que pretendan ser aducidas en asuntos relacionados con las materias de su competencia.”.*

Artículo 13. Modifíquese el artículo 52 del Decreto 2153 1992, el cual quedará así:

“Artículo 52. Procedimiento. *Para determinar si existe una infracción a las normas sobre protección de la competencia o competencia desleal administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación administrativa de oficio o por su solicitud de un tercero, y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar de carácter reservado, cuyo resultado determinará la necesidad de archivar la actuación o de abrir investigación formal con formulación de pliego de cargos.*

Cuando se ordene abrir una investigación se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

En la práctica de interrogatorios de parte podrán interrogar tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como los investigados y terceros en la actuación.

Instruida la investigación, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia donde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

El Superintendente de Industria y Comercio convocará al Consejo Asesor de Competencia cuando lo considere pertinente. Será obligatorio convocar al Consejo Asesor de Competencia para la imposición de las multas previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2123 de 1992, salvo para las multas que surjan con ocasión de omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, la desatención de requerimientos de información, incluyendo los efectuados para la elaboración de estudios económicos, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

En los casos en que el Superintendente de Industria y Comercio convoque al Consejo Asesor de Competencia, también citará a los investigados y terceros interesados reconocidos dentro del trámite a una audiencia de carácter reservado, para que presenten de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. El Superintendente fijará el término máximo de duración de cada intervención. En la audiencia deberán estar presentes por lo menos tres (3) miembros del Consejo Asesor de Competencia. La audiencia se citará por una sola vez, y la inasistencia de los investigados o terceros interesados, o sus apoderados, no será considerado indicio alguno de responsabilidad ni dará lugar a su aplazamiento o fijación de nueva fecha y hora. Una vez presentados los argumentos por parte de los investigados y los terceros interesados, se dará cierre a la audiencia.

A continuación, o en una nueva fecha, el Consejo Asesor de Competencia oírán en audiencia reservada al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y al Superintendente de Industria y Comercio o sus asesores, sin la presencia de los investigados, terceros interesados o apoderados. Posteriormente, el Superintendente de Industria y Comercio oírán las recomendaciones del Consejo Asesor. El

Consejo Asesor deberá sesionar con la presencia de por lo menos tres (3) de sus miembros.

La recomendación del Consejo Asesor Competencia no será vinculante. No obstante, si el Superintendente decide apartarse de la recomendación mayoritaria del Consejo Asesor de Competencia, deberá consignar de manera expresa dentro de las consideraciones del acto administrativo los motivos por los cuales se aparta.

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 de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en lo no previsto por este, lo establecido en el Código General del Proceso.

Parágrafo 1º. *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. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. 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.

Parágrafo 2º. *Las actuaciones administrativas sancionatorias relacionadas con la omisión de acatar en debida forma las*

órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, la desatención de requerimientos de información, incluyendo los efectuados para la elaboración de estudios económicos, la obstrucción de las investigaciones que esta realice, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, así como aquellas relacionadas con la violación de la prohibición de pago o aseguramiento por la responsabilidad del facilitador, serán tramitadas y decididas de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Las multas a imponer por estas conductas serán las establecidas en las normas de protección de la competencia.”

Artículo 14. Modifíquese el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

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

Parágrafo. *La Fiscalía General de la Nación otorgará el principio de oportunidad a quien dentro de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio haya obtenido la exoneración total de la multa a imponer mediante resolución en firme, en virtud de la suscripción de un acuerdo de beneficios por colaboración, siempre que cumpla con lo previsto en los numerales 5 o 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.”.*

Artículo 15. Modifíquese el numerales 14 y adiciónese los numerales 15 y 16 al artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. *El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución*

de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

14. De la nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos en virtud de los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio decida un trámite de concentración empresarial.

15. De las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos en virtud de los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio decida una investigación por la infracción a las normas sobre protección de la competencia.

16. De todos los demás de carácter Contencioso Administrativo para los cuales no exista regla especial de competencia.

(...)”.

CAPÍTULO VI

COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 16. Modifíquese el inciso 1º del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“Artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos o propios.

(...)”.

Artículo 17. Modifíquese el inciso 2º del artículo 14 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“Artículo 14. Actos de imitación. (...).

No obstante, la imitación de las prestaciones de un tercero se considerará desleal cuando genere confusión acerca de la

procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

(...)”.

Artículo 18. Modifíquese el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“Artículo 18. Violación de normas. *Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.*

De otra parte, se considera desleal concurrir a un mercado sin contar con las licencias, permisos, habilitaciones legales, concesiones o cualquier otra similar, establecidas en las normas que regulan el acceso al respectivo mercado.”.

Artículo 19. Modifíquese el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“Artículo 19. Publicidad ilícita. *Se considera desleal incurrir en publicidad ilícita”.*

Artículo 20. Modifíquese el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“Artículo 31. Medidas cautelares en procesos de competencia desleal. *Las medidas cautelares en procesos de competencia desleal podrán solicitarse antes de la presentación de la demanda, con ella o en cualquier momento del proceso. Para todos los efectos a que hubiere lugar, se aplicará lo previsto en el artículo 590 del Código General del Proceso.”*

CAPÍTULO VII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 21. Excepción de nulidad en procesos de infracción de derechos de propiedad industrial. *En la acción por infracción de derechos de propiedad industrial el demandado podrá proponer como excepción de mérito la nulidad del derecho de propiedad industrial que se pretende proteger, la cual podrá ser declarada por la autoridad que esté conociendo de la acción por infracción. La eventual declaración de dicha nulidad del derecho de propiedad industrial por vía de excepción de mérito sólo tendrá efectos en el caso concreto.*

Artículo 22. *Prestación de servicios turísticos sin Registro Nacional de Turismo.* La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá de las investigaciones contra prestadores de servicios turísticos que no tengan o no hayan renovado el Registro Nacional de Turismo e impondrá las sanciones establecidas en la ley.

Artículo 23. *Recursos.* Contra los actos administrativos que pongan fin a las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en primera instancia en materia de protección de los derechos de los consumidores, control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal, protección de datos personales, y propiedad industrial, solo procederá el recurso de apelación.

CAPÍTULO VIII

DEROGATORIAS Y VIGENCIAS

Artículo 24. *Derogatorias y vigencias.* Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992; el artículo 33 de la Ley 640 de 2001; el parágrafo del artículo 8, el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009, los incisos 2,3 y 4 del artículo 25, el artículo 27 del Decreto 4886 de 2011, el artículo 1866 del Decreto 410 de 1971, y el numeral 2 del artículo 101 de la Ley 1437 de 2011, así como todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

De los Honorables Senadores,

CECILIA ÁLVAREZ - CORREA GLEN
Ministra de Comercio, Industria y Turismo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY

“por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones”

La libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado adoptado por Colombia a través de la Constitución Política de 1991. Lo anterior, debido a que es la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus consumidores reciban precios bajos y bienes de calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que sus exportaciones no dependan de la disponibilidad o del precio de recursos naturales, y que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado, sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad entre empresas deriva en beneficios para los consumidores y la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al disminuir la rivalidad empresarial que genera innovación. También afectan el bolsillo de los consumidores, quienes deben pagar precios altos por los productos y servicios que adquieren. Estudios recientes sobre el impacto de los carteles empresariales afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real.¹ Otros documentos académicos hablan de incrementos desde el 10% al 60%² en los productos o servicios cartelizados, y muestran cómo los Estados deben contar con normas que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas de tal forma que los agentes de mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE estima que, en promedio, los carteles aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado.³ De allí que la efectiva protección de la libre competencia y la aplicación eficiente de sus normas sea necesaria para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar de los consumidores.

¹ John M. Connor, Robert H. Lande, *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*, November 1, 2012. 34 *Cardozo Law Review* 427 (2012).

² Levenstein, M., and V. Suslow. 2004. “Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy.” *Antitrust Law Journal* 71 (3): 801–52.

³ Organization for Economic Cooperation and Development, OECD, *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, *disponible en* <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>

Los beneficios de contar con un régimen de competencia sólido y eficiente han sido reconocidos en varias jurisdicciones. Estudios señalan, por ejemplo, que la aplicación de las leyes de competencia en el Reino Unido ha llevado a ahorros de 112 millones de dólares por año para los consumidores.⁴ También se ha estimado que la eliminación de acuerdos anticompetitivos por parte de las agencias de competencia conlleva a reducciones en los precios de los productos de entre el 20% y 40%.⁵ Solo en los Estados Unidos, la persecución de estas conductas entre 2000 y 2007 ha generado ahorros para los consumidores de hasta 1.8 billones de dólares.⁶

En los últimos años, Colombia ha dado pasos importantes en la consolidación de un régimen de competencia sólido; que proteja efectivamente los consumidores y la eficiencia económica. El país cuenta con normas que prohíben los acuerdos anticompetitivos (carteles), los abusos de posición de dominio y la mayoría de integraciones empresariales que pueden restringir la competencia. También tiene un diseño institucional que, sin perjuicio de requerir ajustes, le ha permitido al Estado incrementar la efectividad de su función de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia.

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009, que actualizó el régimen general de protección de la competencia, se produjeron grandes avances, entre los cuales se encuentran: i) la designación de la Superintendencia de Industria y Comercio como la Autoridad Única de competencia en Colombia, en concordancia con las recomendaciones internacionales que exhortan a los países a tener una agencia de competencia transversal que aplique las normas de competencia en todos los sectores de la economía; ii) el aumento del monto máximo de las sanciones a agentes del mercado de 2.000 SMLMV a 100.000 SMLMV (aproximadamente 65.000 millones de pesos en la actualidad); iii) la introducción del programa de beneficios por colaboración, a través del cual una empresa participante en una conducta anticompetitiva puede recibir la exoneración total de la pena a imponer, o una reducción de la misma, en aquellos casos en que reconozca su participación en la conducta y aporte pruebas que le permitan a la Entidad sancionar a otros participantes; y iv) la creación del esquema de abogacía de la competencia, bajo el cual las Autoridades de regulación deben enviar a la Superintendencia de Industria y Comercio, para concepto previo, los proyectos de regulación que pretendan expedir y que puedan afectar la libre competencia, con lo cual se pretende evitar que las autoridades públicas profieran regulaciones anticompetitivas.

⁴ U.K. Office of Fair Trading. 2010. "Positive Impact 09/10: Consumer Benefits from Competition Enforcement, Merger Control and Scam Busting." OFT Paper 1251. London.

⁵ Evenett Levenstein and suslow 2001.

⁶ Werden, G. J. 2008. "Assessing the Effects of Antitrust Enforcement in the US." *De Economist* 156 (4): 433–51.

Las disposiciones de la Ley 1340 de 2009 le han permitido a la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer su función de inspección, vigilancia y control de forma más efectiva, en comparación con el régimen anterior a su expedición. La Autoridad ha descubierto presuntos carteles gracias al mecanismo de beneficios por colaboración, que permite dismantelar prácticas anticompetitivas que afectan directamente el bolsillo de los consumidores. Así mismo, gracias a las nuevas normas la Superintendencia ha podido incrementar los montos de las sanciones impuestas, de tal forma que sean disuasorias y eviten la futura comisión de conductas anticompetitivas –por lo menos en la mayoría de los casos-. Mientras que en 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones por un monto de 7.000 millones de pesos aproximadamente, en 2013 impuso sanciones por 217.000 millones y en 2014 por 218.000 millones de pesos aproximadamente. De otra parte, la Autoridad ha intervenido en la expedición de varias regulaciones estatales con el fin de evitar que con las mismas se restrinja la competencia en un determinado mercado. Por último, gracias a la Ley 1340 de 2009, la SIC ha podido aplicar las normas de competencia en múltiples sectores de la economía que antes no tenían una inspección, vigilancia y control sólida en materia de protección de la competencia.

Como parte del proceso de acceso que inició Colombia ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, dicha Organización, promotora de buenas prácticas y políticas públicas, realizó un profundo estudio sobre el régimen de competencia colombiano. Dicho estudio, que tomó alrededor de seis meses (6) e implicó el análisis de normas jurídicas e investigaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como reuniones con académicos y expertos en protección y promoción de la competencia, culminó con la expedición de un examen inter pares (peer review) que contiene recomendaciones específicas de reforma al régimen de protección de la competencia en Colombia. Dicho examen inter pares (peer review), que es de carácter confidencial por disposición de la OCDE, identifica varias falencias del actual régimen de competencia y, con base en ellas, emite recomendaciones para modificar leyes, decretos y resoluciones que regulan el régimen de competencia.

Las recomendaciones emitidas por la OCDE, que inspiran varias de las normas jurídicas incluidas en el proyecto de Ley, pretenden reforzar el régimen colombiano de tal forma que se desincentive la comisión de prácticas restrictivas de la competencia; otorgar a la Autoridad Nacional de Competencia herramientas efectivas para la investigación y represión de carteles, abusos de posición de dominio, y otras prácticas anticompetitivas; fortalecer el régimen de beneficios por colaboración para incentivar compañías a delatar carteles empresariales; hacer más transparente el régimen de competencia de cara a los consumidores y las empresas; y en general, alinear el régimen colombiano a los estándares internacionales y mejores prácticas.

A continuación se describen los principales cambios incluidos en el proyecto:

Una de las primeras modificaciones propuestas consiste en designar a la Superintendencia de Industria y Comercio como única Autoridad de revisión de integraciones empresariales en Colombia, en lo relacionado con la protección de la competencia. En la actualidad la Superintendencia de Industria y Comercio es la única Autoridad en Colombia para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas en cualquier sector económico. No obstante, en materia de integraciones empresariales la SIC es la competente para revisar proyectos de concentración vertical u horizontal en cualquier sector de la economía, salvo en los sectores aeronáutico y financiero.

En línea con la práctica internacional, la OCDE recomendó a Colombia concentrar la revisión de integraciones empresariales –únicamente para efectos de protección de la competencia- en la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior sin perjuicio de que las autoridades sectoriales realicen el escrutinio de la integración para verificar el cumplimiento de las normas jurídicas cuya vigilancia les compete.

La competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para revisar integraciones empresariales en todos los sectores de la economía, según el proyecto de Ley, se propone sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1340 de 2009, conforme al cual las normas relativas al control de operaciones de concentración empresarial no se aplicarán a los institutos de salvamento y protección de la confianza pública ordenados por la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a las decisiones para su ejecución y cumplimiento. Esto implica que aquellas operaciones de integración empresarial que tengan lugar para proteger la confianza pública y la estabilidad financiera – i.e. tomen la forma de institutos de salvamento-, estarán exentas de la aplicación del régimen de integraciones empresariales establecido en la ley de competencia.

El proyecto de Ley también acoge la recomendación del a OCDE de someter a revisión ex ante por parte de la Autoridad de Competencia las integraciones empresariales por conglomerado; es decir, aquellas en las que las partes no tienen una relación vertical u horizontal. Si bien estas integraciones son mucho menos propensas a generar efectos anticompetitivos, la teoría económica ha concluido que en ocasiones pueden afectar la competencia y los consumidores.⁷

⁷ Así, por ejemplo, podrían presentarse situaciones en las cuales el ente integrado use el poder que tiene en un mercado para trasladarlo a otro –por ejemplo a través de subsidios cruzados-, marginalizando de esta forma competidores. Esto puede ocurrir en especial en productos que están en mercados relacionados y que permiten al conglomerado ofrecer un portafolio de productos.

Por otra parte, la inclusión de las integraciones por conglomerado en el régimen de control *ex ante* hace que el régimen colombiano de información de concentraciones sea objetivo, y únicamente dependa del cumplimiento de criterios como el monto de activos o ingresos que tienen las empresas, y no de si desarrollan la misma actividad o se encuentran en la misma cadena de valor. El criterio subjetivo que mantiene la Ley actual no en pocas ocasiones ha sido fuente de inseguridad jurídica al momento de determinar si se debe informar o no una integración empresarial, lo cual refuerza la recomendación de revisar las integraciones en que participen las intervinientes que tengan determinados activos o ingresos, independientemente de la actividad a la que se dediquen.

El proyecto de Ley también propone ajustar el régimen de beneficios por colaboración, para adecuarlo a estándares internacionales. Las nuevas normas pretenden incentivar la delación de prácticas anticompetitivas y otorgar seguridad jurídica y confidencialidad a quien se acerque a la autoridad para denunciar una conducta anticompetitiva en la cual ha participado. Esto atendiendo a que, en el mundo, la delación ha sido probablemente el instrumento más efectivo para descubrir conductas anticompetitivas.

El proyecto señala que la existencia del delator, su identidad, y las pruebas que aporte en el marco del programa de beneficios por colaboración, serán reservadas, sin perjuicio de que los investigados puedan conocer la totalidad de las pruebas aportadas con el objetivo de ejercer su derecho de defensa. No obstante, en el momento en que el Superintendente decida sobre la comisión o no de una infracción a las normas de competencia, la existencia del delator y su identidad serán develadas. Esto pretende que sólo se informe quién es el delator de la conducta una vez haya sido impuesta la sanción. Así mismo, el proyecto establece que quien delate una conducta anticompetitiva responderá civilmente por los daños que cause a terceros, en proporción a su participación en la causación de dichos daños en virtud de la conducta anticompetitiva. De otro lado, el proyecto de Ley abre la puerta para que el facilitador (que puede ser, por ejemplo, un funcionario de la compañía involucrada) que delate una práctica restrictiva distinta de un acuerdo anticompetitivo (cartel) pueda recibir beneficios por colaboración. Así, por ejemplo, un funcionario de una compañía podrá delatar a su empleador que esté cometiendo abusos de posición de dominio, y entregar pruebas para incriminarlo, obteniendo beneficios como la exoneración de la pena a imponer a dicho funcionario en virtud de la conducta.

Adicionalmente, el proyecto de Ley establece que cuando el delator de una colusión en licitaciones públicas (conducta que también es delito) obtenga el perdón total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Fiscalía General de la Nación le otorgará el principio de oportunidad, siempre y cuando cumpla con lo previsto en los numerales 5 o 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal); es decir, cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se

realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; o cuando sirva como testigo principal del cargo contra los demás intervinientes. Esto pretende evitar que quienes participen en una conducta de colusión en licitaciones se vean disuadidos de delatarla porque, incluso obteniendo el perdón de la SIC, se harían acreedores a una pena privativa de la libertad, con lo cual no existiría incentivo mayor para delatar este tipo de conductas.

En relación con las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, el proyecto de Ley propone modificaciones a los montos sancionatorios que se pueden imponer por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. En la actualidad, el monto máximo por la comisión de este tipo de conductas es de 100.000 salarios mínimos, tope sancionatorio que resulta adecuado y proporcional en muchos casos, pero también muy inferior para carteles empresariales u otras conductas que han tenido una larga duración, donde los infractores son compañías con altos ingresos operacionales o patrimonios; y/o en eventos en que los beneficios que ha obtenido la empresa por virtud de la conducta resultan ser superiores a 100.000 salarios mínimos, lo cual hace que la conducta ilegal sea rentable.

Teniendo esto en cuenta, se hace necesario e indispensable que Colombia establezca un sistema en el cual las sanciones también puedan corresponder a un porcentaje de las ventas, los ingresos, o el patrimonio de la empresa investigada. Así, el proyecto de Ley establece que la SIC podrá utilizar cualquiera de los siguientes criterios para dosificar la sanción a imponer, dependiendo de cual resultare mayor: i) hasta el 10% de los ingresos operacionales de la empresa en el año fiscal anterior; ii) hasta el 10% del patrimonio de la empresa en el año fiscal anterior; iii) hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, iv) hasta el 30% del valor de las ventas del producto o servicio involucrado en la conducta anticompetitiva v) hasta el 30% del valor del contrato estatal en los casos de colusión en licitaciones públicas. Una vez escogido uno de los criterios a aplicar, la Superintendencia deberá realizar la respectiva dosificación de la multa teniendo en cuenta los criterios de cuantificación.

El proyecto también establece que cuando fuere posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer como sanción hasta el trescientos por ciento (300%) del valor de la utilidad, siempre que dicho porcentaje fuere superior al mayor de los límites establecidos en los párrafos anteriores. De igual forma, el proyecto de Ley establece los criterios que debe tener en cuenta la SIC para cuantificar la sanción, tales como la idoneidad de la conducta para afectar el mercado, la naturaleza del bien o servicio involucrado, el tiempo de duración de la conducta, la cuota de participación del infractor, entre otros. El proyecto también establece cuáles son los agravantes de la conducta anticompetitiva y la forma concreta de aplicarlos en la sanción.

De otra parte, el proyecto aclara que la sanción del actual artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 aplica al agente del mercado, es decir, a aquel que realice la conducta anticompetitiva, independientemente de que sea persona natural o jurídica. Esto pretende que las sanciones puedan ser aplicadas tanto a las personas jurídicas como a las grandes empresas que actúan en la forma de personas naturales en el mercado. Hoy ello es así, pero se hace necesario ponerlo expresamente para evitar tesis jurídicas que en ocasiones pretenden desvirtuar el verdadero alcance de la norma hoy vigente.

El proyecto señala que quien sea sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio por infringir las normas sobre protección de la competencia en el marco de un proceso de contratación estatal, quedará inhabilitado para contratar con el Estado por un término de hasta tres (3) años. En la actualidad dicha inhabilidad no existe, por lo cual quienes hayan participado en colusiones en licitaciones públicas para defraudar al Estado no tienen limitaciones para seguir contratando con el mismo, cuestión que no se compadece con la naturaleza del régimen ni con las normas que deben guiar la contratación pública. De igual forma, el proyecto permite a la Superintendencia decretar, como medida cautelar, la exclusión de uno o varios proponentes en un proceso de selección cuando tenga evidencia de que dichos proponentes habrían incurrido en la conducta de colusión en licitación pública. Esto pretende evitar una situación que hoy es bastante común, según la cual a pesar de existir serios indicios de que algunos proponentes se coludieron para defraudar al Estado, el contrato les es adjudicado; y es solo hasta después de que el contrato es ejecutado es que los colusores son sancionados, cuando ya el daño y fraude al Estado ha sido perpetrado.

Por otra parte, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia -que desmonopolizó el ejercicio de la acción penal, y atendiendo al bien jurídico tutelado-, el proyecto de Ley establece que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá ejercer la acción penal respecto del delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia, contemplado en el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, sin perjuicio del poder preferente que sobre el ejercicio de la acción penal tiene la Fiscalía General de la Nación.

Adicionalmente, el texto incluye modificaciones al procedimiento de investigación por prácticas restrictivas de la competencia, que han probado ser necesarios para hacer más transparentes y garantistas las investigaciones. Así, por ejemplo, el proyecto propone la realización de una audiencia ante el Consejo Asesor de Competencia (compuesto por cinco expertos independientes elegidos por el Presidente de la República), en la que los investigados expongan sus puntos de vista sobre la investigación. Esta figura permite que los investigados presenten su caso ante quienes aconsejarán al Superintendente sobre si se ha cometido una infracción al régimen de competencia o no, cuestión que otorga

garantías adicionales a los investigados en comparación con los trámites actuales.

De otra parte, el proyecto de Ley clarifica el tratamiento que se debe dar a los documentos reservados en trámites sobre protección de la competencia, cuestión que es objeto de debate constante en la actualidad. En general, el proyecto establece que son reservados los documentos que la Constitución o la Ley señalen como tales, y que a dichos documentos no podrán tener acceso ni las partes ni terceros. No obstante lo anterior, el proyecto señala que los investigados podrán conocer la información que obre en el cuaderno reservado del expediente cuando la misma sirva de base para formular un pliego de cargos o para imponer una sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Igualmente, las intervinientes en una operación de concentración sujeta a trámite de control podrán conocer la información reservada en aquellos casos que esta sirva de fundamento para objetar o condicionar la operación. Señala la norma que el acceso al expediente reservado tendrá como único objeto el ejercicio del derecho de defensa, y en ningún caso supondrá la reproducción de los documentos contenidos en el mismo o su utilización para un propósito diferente al contemplado en este artículo. Con estas normas se pretende garantizar la reserva de los documentos al tiempo que se otorgue mayor transparencia en los trámites sobre protección de la competencia de cara a los investigados.

Así mismo, el proyecto de Ley establece que el Consejo de Estado será competente en única para conocer de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos en virtud de los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio decida un trámite de concentración empresarial. Esto pretende que las partes en una integración empresarial que haya sido negada o condicionada por la SIC, puedan obtener de los jueces una rápida decisión sobre si la decisión de la Autoridad fue legal o no, cuando el proyecto de transacción todavía sea viable. Esto se logra obteniendo en única instancia el pronunciamiento del Consejo de Estado, que es el máximo Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa. La misma modificación se plantea en el proyecto respecto de las decisiones por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Por otra parte, atendiendo a la especialidad técnica de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de procesos relacionados con el régimen de protección de la competencia, el proyecto de Ley le otorga a la Entidad funciones jurisdiccionales para conocer de procesos por la indemnización de perjuicios en acciones individuales o de grupo derivados de la violación de normas sobre prácticas restrictivas de la competencia.

Finalmente, el proyecto incluye algunos ajustes menores a la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, frente a normas que hoy en día son fuente de

confusión al momento de diferenciar entre prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal.

Las normas que introduce el proyecto se adecúan a los estándares y mejores prácticas internacionales, y son idóneas para fortalecer la protección de la libre competencia en Colombia y, sobre todo, los consumidores colombianos, quienes son los más afectados cuando se cometen prácticas restrictivas de la competencia.

Las recomendaciones internacionales, el derecho comparado y las buenas políticas hacen que sea necesaria la introducción de algunas modificaciones al régimen de la libre competencia, pero sobretodo, el país visto cómo la Superintendencia de Industria y Comercio, en los últimos años, ha desplegado una actividad muy importante en defensa de los colombianos, de los empresarios y de la eficiencia de los mercados, la cual debe seguir concretándose en resultados e investigaciones. Para esto se requieren algunas reformas, todas por el bien de la libre competencia como columna vertebral de una economía de mercado.

De los H. Senadores,

CECILIA ÁLVAREZ-CORREA GLEN
Ministra de Comercio, Industria y Turismo