

La imparcialidad dentro del proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia en Colombia.

Enmanuel Cabezas Guzmán
Samaria Bolaños Ariza

Presentado para obtener el título en: Magister en Derecho Empresarial

Avaló
Doctora Andrea Virginia Rengifo Campo

Pontificia Universidad Javeriana de Cali

Departamento de Ciencia Jurídica y Política
Facultad de Humanidad Departamento de Ciencia Jurídica y Política
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Cali, Valle

Mayo 2023

Contenido

Introducción	8
El Derecho de la Competencia.....	12
Origen de la Libre Competencia	18
Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia	21
<i>Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia</i>	23
<i>Actos Contrarios a la Libre Competencia</i>	25
<i>Abuso de la Posición de Dominio</i>	27
<i>Integraciones Empresariales</i>	28
Aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en Colombia.....	31
Ius Puniendi del Estado en Colombia	31
Debido Proceso en Colombia	34
Principio de Imparcialidad en Colombia	38
El Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Libre Competencia en Colombia	42
<i>Autoridad en Materia de Libre Competencia en Colombia</i>	44
<i>Etapas del Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Competencia en Colombia</i>	53
Aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en Chile.....	59
El Debido Proceso y el Principio de Imparcialidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno	59
El Procedimiento Administrativo Sancionatorio en materia de Libre Competencia en Chile.	64
<i>Generalidades</i>	64
<i>El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	66
<i>La Fiscalía Nacional Económica</i>	67
<i>Etapas del Procedimiento Administrativo Chileno en Materia de Protección de la Libre Competencia.</i>	69
Resultado del Método de Comparación.....	73
Propuesta de Diseño Institucional para Proteger el Principio de Imparcialidad en Materia de la Libre Competencia	79
Instituciones en Materia de Protección de la Libre Competencia en Colombia (Propuesta)	80
<i>Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia</i>	82

De la Superintendencia de Industria y Comercio en Materia de Libre Competencia en Colombia	87
Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Protección de la Libre Competencia en Colombia (propuesta)	90
CONCLUSIONES.....	95
Referencias Bibliográficas.....	102

RESUMEN

La presente tesis, aborda el tema de la protección del Principio de Imparcialidad, al interior del Proceso Administrativo Sancionatorio que adelanta de forma privativa la Superintendencia de Industria y Comercio por prácticas restrictivas a la Libre Competencia, con el objetivo de describir y criticar el sesgo al que puede estar sometida esta entidad por su exposición a las pruebas y al contacto con el investigado al interior del procedimiento.

Para ello, se ha utilizado un enfoque cualitativo de la investigación - acción, y los marcos referenciales descriptivo, crítico y prescriptivo, soportando lo anterior en el método comparatista, para a partir de tal análisis proponer mecanismos que ayuden a proteger el mencionado principio. Esta solución se centró en crear un nuevo órgano colegiado, denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual se encargará de decidir, las investigaciones en las que la Superintendencia de Industria y Comercio actuará como acusador y tendrá la calidad de parte, representando el interés general del mercado colombiano. Ambas entidades independientes y sin que exista entre sí relaciones laborales o de jerarquía.

En definitiva, este trabajo de investigación constituye una herramienta para aproximarnos a garantizar la protección del Principio de Imparcialidad en los

procedimientos bajo estudio y en tal sentido, se espera que sirva al Gobierno Nacional, para dar los primeros pasos en esa necesaria dirección.

Palabras claves: Principio de Imparcialidad, Debido Proceso, Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Libre Competencia.

SUMMARY

This thesis addresses the issue of the protection of the Principle of Impartiality, within the Sanctioning Administrative Process carried out privately by the Superintendency of Industry and Commerce for practices restricting Free Competition, with the aim of describing and criticizing the bias to who may be exposed to this entity due to their exposure to evidence and contact with the person investigated within the procedure.

To do this, a qualitative approach to action research has been used, and descriptive, critical and prescriptive frameworks of reference, supporting the above in the comparative method, to from such analysis propose mechanisms that help protect the aforementioned principle. This solution focused on creating a new collegiate body, called the Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, which will be in charge of deciding the investigations in which the Superintendence of Industry and Commerce will act as prosecutor and will have the quality of party, representing the general interest of the Colombian market. Both independent entities and without labor or hierarchical relations between them.

In short, this research work constitutes a tool to approach to guarantee the protection of the Principle of Impartiality in the procedures under study and in this sense, it is expected that it will serve the National Government, to take the first steps in that necessary direction.

Keywords: Principle of Impartiality, Due Process, Penalty Administrative Procedure, Free Competition.

Formulación del problema

¿Como proteger el Principio de Imparcialidad en el desarrollo de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en procura de la protección de la Libre Competencia en los mercados de Colombia, a partir de la expedición de la Ley 1340 del 2009?

Objetivo general

Analizar el fenómeno de la protección a los derechos de la Libre Competencia desde una perspectiva garantista al Principio de Imparcialidad dentro de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Objetivos específicos

Objetivo específico 1: Describir el conjunto de normas y conceptos que protegen el interés general del mercado colombiano.

Objetivo específico 2: Comparar el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia con el ordenamiento jurídico chileno.

Objetivo específico 3: Proponer un diseño institucional que proteja el Principio de Imparcialidad en las investigaciones administrativas que se adelanten en materia de protección a la Libre Competencia en Colombia, particularmente en cuanto a las autoridades encargadas de esta tarea y el procedimiento aplicable.

Introducción

Con la expedición de la Ley 1340 de 2009¹ se amplió el campo de acción de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) dotándola de facultad para adelantar de forma exclusiva las investigaciones administrativas, y en el marco de estas, imponer multas y adoptar decisiones relacionadas con la infracción a las normas sobre Protección de la Libre Competencia en el territorio nacional.

Para el desarrollo de las investigaciones mencionadas, esta autoridad administrativa debe acudir al procedimiento señalado en el artículo 52 de Decreto 2153 de 1992, en lo no dispuesto en él deberá acudir a la Ley 1437 de 2011.

En línea con lo anterior, dentro del procedimiento debe tenerse en cuenta el Principio de Imparcialidad en aras de proteger el Debido Proceso, que de lo establecido en el numeral 3 del artículo 3 de la citada norma, se entiende como aquel en virtud del cual el funcionario que adelante la investigación, obre como un tercero imparcial sin ninguna clase de motivación subjetiva, ni posturas que afecten la decisión que se adopte.

Contrario a esto, la Superintendencia de Industria y Comercio obra como investigador y juzgador, lo cual puede comprometer su juicio y en consecuencia vulnerar el Principio de Imparcialidad en perjuicio del investigado.

¹ Artículo 6: **Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio **conocerá en forma privativa** de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. Parágrafo. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos cómo proteger el Principio de Imparcialidad en el desarrollo de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en procura de la Protección de la Libre Competencia en los mercados de Colombia, a partir de la expedición de la Ley 1340 del 2009.

Como respuesta a la pregunta de investigación procuraremos de forma general analizar el fenómeno de la Protección a los Derechos de la Libre Competencia desde una perspectiva garantista al Principio de Imparcialidad dentro de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, para ello describiremos el conjunto de normas y conceptos que protegen el interés general del mercado colombiano, compararemos el Procedimiento Administrativo Sancionatorio en materia de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia con el ordenamiento jurídico chileno y a partir de allí propondremos un diseño institucional que proteja el Principio de Imparcialidad en las investigaciones administrativas que se adelanten en materia de Protección a la Libre Competencia, particularmente en cuanto a las autoridades encargadas de esta tarea y el procedimiento aplicable.

Lo anterior cobra especial relevancia si se mira desde la perspectiva de paz, justicia e instituciones sólidas (ODS No. 16), pues se busca que a partir del adecuado desarrollo del proceso investigativo que actualmente adelanta la SIC, se refuerce la confianza en las instituciones y que de esta manera se continúen abriendo las puertas al acceso a la justicia para los competidores del mercado colombiano en condiciones de imparcialidad.

Esta investigación tiene un carácter descriptivo, crítico y prescriptivo, a saber: i. En una primera fase describiremos el sistema que actualmente busca proteger el interés general del mercado colombiano, a través de la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia, a partir de la revisión de las principales normas aplicables y doctrina sobre la materia; ii. Posteriormente se hará una crítica al procedimiento administrativo, que se usa para sancionar las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, en relación con el adecuado desarrollo del Principio de Imparcialidad, partiendo de la comparación con el Ordenamiento Jurídico chileno, el cual comparte orígenes con el colombiano, pero en aquel existe un sistema dual que contempla la asignación de funciones diferenciadas al interior del proceso administrativo sancionatorio a dos entidades; iii. Por último, se presentará una propuesta de reforma al diseño institucional en relación con el desarrollo de las actuales facultades de investigación y sanción en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio y el procedimiento aplicable en aras de proteger el correcto ejercicio del Principio de Imparcialidad. En conclusión, la presente investigación tiene un enfoque jurídico, anclado al paradigma cualitativo, fundamentado en el análisis de normas constitucionales y legales, en Colombia y Chile, apalancado en un proceso de comparación de los sistemas jurídicos de estos estados, en materia del proceso administrativo sancionatorio, que busca sancionar las prácticas que restringen la competencia.

El primera medida se expondrá el contexto de la aparición y evolución del Derecho de la Competencia, a partir de los antecedentes más relevantes, hasta la estructura actual de las normas vigentes en el territorio colombiano sobre la

materia, delimitando el rango de las garantías para los productores y consumidores.

También se busca explicar que con el objetivo de que los consumidores puedan elegir los bienes y servicios y que los competidores del mercado puedan competir en condiciones justas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene dentro de sus funciones las de investigar y sancionar las prácticas que restrinjan la Libre Competencia en Colombia.

Por otra parte, se presentan aspectos teóricos y conceptuales del Debido Proceso y la imparcialidad en el proceso administrativo sancionatorio que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, en procura de la Libre de Competencia en los mercados de Colombia, a través de un proceso comparativo se revisan estas mismas instituciones en el ordenamiento jurídico chileno, como herramienta para hallar una respuesta a la pregunta de investigación.

Se precisará que con la expedición de la Constitución Política de 1991, Colombia pasó de ser un Estado de Derecho a ser un Estado Social de Derecho², lo que trajo consigo el incremento de la intervención del Estado en los diferentes ámbitos de la sociedad. Esta norma precisó en su artículo 2, que *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

² Artículo 1 Constitución Política de Colombia: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Finalmente, se aborda las interpretaciones del método comparatista que implica la delimitación del nivel de comparación, que para este caso estará dirigido exclusivamente a la(s) autoridad(es) encargada(s) y al procedimiento administrativo aplicable en materia de Protección de la Libre Competencia; de esta forma con posterioridad podrán identificarse las similitudes y diferencias a partir de una prueba de funcionalidad donde sugerimos la adopción, en el objeto de investigación, de elementos extranjeros procedentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

El Derecho de la Competencia

En aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, el Estado tiene el deber de intervenir en la economía, en ese sentido debe controlar la iniciativa privada, y en el evento en que los agentes que participan en el mercado adelanten actividades que contraríen el bien común o interés general del mercado debe corregirlos. En ese orden la Libre Competencia se erige como un derecho de todos y establece responsabilidades a los competidores del mercado. De allí la importancia de analizar el bien jurídico que se protege a través del Derecho de la Competencia desde la óptica de la economía y el mercado.

Según fue indicado por Miranda Londoño (2017), tener normas que prohíban la realización de prácticas restrictivas que restrinjan la competencia tiene asidero como quiera que, estas protegen el interés general del mercado tanto del lado de los consumidores como de los competidores. Así pues, abordaremos aspectos

relevantes sobre el mercado, sus intervinientes y prácticas restrictivas de la Libre Competencia, entendiendo que el Derecho de la Competencia procura la protección del interés general.

En palabras de Velandia, (2011, p.27), *“la economía es entonces la forma en cómo los individuos deciden utilizar los recursos productivos escasos o limitados para producir los diversos bienes y distribuirlos para su consumo; se estudian en esta materia el dinero, la banca, el capital y la riqueza”*. Y es que cuando se habla de recursos escasos, Keat & Young (2004, p. 9) definen este fenómeno como una condición donde los recursos productivos no están disponibles para satisfacer todas las necesidades y deseos de un grupo específico de personas.

Resulta importante indicar que a su vez la economía está dividida en Macroeconomía y Microeconomía. La primera analiza la economía como un todo o sus principales agregados. Por su parte la Microeconomía examina la economía específica, sus unidades o instituciones (McConnell & Brue Satanley L., 2008, p. 18).

Por ser de interés en este estudio, se abordará la Microeconomía con mayor detalle, pues dentro de su esfera cobran vigencia conceptos como la demanda, la oferta y el mercado de productos; siendo la oferta de recursos utilizada para satisfacer la demanda que tiene la población (Keat & Young, 2004, p. 9). Por su parte Valenzuela (2012, p. 391) precisó que, en una economía de mercado, el consumo se manifiesta como demanda, mientras que la producción lo hace como oferta. Consecuentemente la oferta tiene mayor fuerza o poder de determinación en las dinámicas de la economía si se compara con la demanda, pues la

producción crea los móviles para el consumo, primero se produce y con posterioridad se genera el deseo en la población de consumir ese producto.

Anotado lo anterior, debe indicarse que al lugar geográfico en el cual confluyen las empresas que están en disposición de ofrecer un producto y los sujetos con interés de satisfacer sus necesidades mediante la adquisición de estos, a cambio del pago de un precio, se le denomina mercado (Velandia, 2011, p. 31).

Dicho esto, el Derecho de la Competencia tiene como función procurar el adecuado desarrollo de las dinámicas de la economía en el mercado en pro del interés general, lo cual supone la posibilidad que tienen las empresas de adelantar una actividad comercial y de los consumidores de escoger aquellos productos que se acoplen a sus necesidades. Sobre esto se refirió Miranda Londoño, (2011, p. 69), *“al precisar que con este derecho se regula el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público”*, y que además este propicia que se mejore la calidad de vida de la población, aumenta la eficiencia y garantiza que quienes deseen participar del mercado lo puedan hacer con observancia de la Constitución y la Ley.

De lo expuesto anteriormente podemos concluir que a través del Derecho de la Competencia se busca salvaguardar, por un lado, *“1. la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y 2. la redistribución equitativa del dinero dentro de una economía”* (Velandia, 2011, p. 57). Y es que proteger la competencia resulta de suma importancia para el interés general del mercado colombiano, pues existe un beneficio en doble vía para consumidores y también para los productores y comerciantes, tal y como lo indicó Torrado, (2010, p. 4), pues este persigue un

mismo efecto: *“la ampliación del rango de productos y servicios que puedan satisfacer las necesidades o intereses de los consumidores que genera la reducción en los precios y la mejoría en la calidad de los mismos”*.

La competencia, en materia económica se define como *“conjunto de actos desarrollados por agentes económicos independientemente, que rivalizan con el fin de asegurar la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado”*.³

La competencia al ser una lucha del día a día entre las partes y ajustarse al ámbito jurídico-económico, conlleva que deba analizarse el concepto de mercado, entendiéndose éste como el espacio en donde los vendedores y compradores de bienes y servicios celebran sus operaciones. Se espera entonces que, estos últimos puedan adquirir de aquellos, productos que ostenten un adecuado nivel de calidad y pagando por estos un precio ecuánime.

Cuando lo anterior no se materialice por la existencia de prácticas que restringen la Libre Competencia, se pueden presentar situaciones de desigualdad, disminuyendo el desarrollo de la economía.

El abuso de la Posición de Dominio, se considera, según cita que hizo Bustos Romero, (2015, P. 2) de (Alfaro águila-Real, 2006, p. 197) como el comportamiento de un agente del mercado que reúne las siguientes características:

³ Tomado de la página de la SIC en: <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia#:~:text=En%20t%C3%A9rminos%20econ%C3%B3micos%2C%20la%20competencia,servicios%20en%20un%20mercado%20determinado>

i) tiene como efecto reducir aún más la escasa competencia existente en el mercado que domina, o ii) impide que se genere una competencia efectiva (conductas obstaculizadoras o excluyentes de la competencia), o iii) perjudica desproporcionadamente a las empresas o a los consumidores que dependan de la dominante (conductas explotadoras de la Posición de Dominio) y en todo caso iv) tal conducta del dominante no está basada en la competencia por eficiencia.

En palabras de Bustos Romero, (2015, p.2) la posición dominante conlleva a una situación indebida cuando se abusa de esta, a través de la imposición de la voluntad del extremo fuerte a los otros intervinientes (competedores y consumidores)⁴

Si bien el Derecho de la Competencia es una rama del derecho que se ocupa de las leyes y normas que persiguen asegurar que los mercados tengan una competencia efectiva, tanto para la protección de los intereses de los consumidores como de la protección de la Libre Competencia en un entorno competitivo (SIC).⁵

Es así, como a través de esta rama, se busca prohibir conductas que tengan como objetivo restringir la competencia y/o dañar a los competidores.

Los derechos a la Libre Competencia y a la libertad económica provienen del artículo 333 de la Constitución Nacional, el cual indica:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La Libre

⁴ **Artículo 1 Ley 155 de 1959:** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la Libre Competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la Libre Competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

⁵ Tomado de la página de la SIC: <https://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia#:~:text=El%20Derecho%20de%20Competencia%20se,abogac%C3%ADa%20por%20un%20entorno%20competitivo.>

Competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Lo anterior, evidencia que *“la competencia económica debe ser vista como la facultad que se tiene de intervenir libremente en un mercado económico para ofertar (vender) o adquirir (comprar) bienes o servicios en igualdad de condiciones y con garantías que respalden la relación suscitada entre quien vende y quien compra, o entre quienes ostentan la misma calidad y/o posición dentro del mercado (comerciantes)”* (Alarcón, A. 2016, p 114 – 116).

En definitiva, la Libre Competencia no es un fenómeno solamente local. Como lo señala Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J., (2008) en su artículo *“Últimas tendencias en Derecho de la Competencia en América Latina*, donde explica que *las economías de países en vía de desarrollo son portadoras de estructuras de mercado con características muy propias, y sobre las que la política de competencia debe actuar de forma diferente de su accionar en economías más perfectas”*. (p 256).

En conclusión, la Libre Competencia es esencial para garantizar una economía libre y próspera; en los términos del artículo 333 constitucional, la Libre Competencia es un derecho de todos, así como la empresa es la base del desarrollo y en ese sentido tiene una función social. De allí que el Derecho de la Competencia se establezca como una herramienta encaminada a salvaguardar el

interés general del mercado colombiano. Aunque aún existen desafíos a superar en Colombia, el país ha avanzado significativamente en la protección de este derecho y en la promoción de una competencia sana y leal.

Origen de la Libre Competencia

La Libre Competencia económica es aquella que busca promover un mercado libre de barreras y distorsiones para que los consumidores y vendedores tengan acceso a una variedad de productos y servicios en igualdad de condiciones y con garantías justas según el rol que ejerzan.

En Colombia tenemos a la Ley 155 de 1959 como la más antigua de las normas en esta materia, cuya finalidad ha sido asegurar que las dinámicas del mercado económico se adelanten sin abusos y/o ilegalidades y con la intervención del Estado.

En cuanto a la evolución normativa (Miranda Londoño, Alfonso, 2011, pág. 74), señala que el doctor Hernando Agudelo Villa (Ministro de Hacienda y Crédito Público entre 1958 y 1961) presentó al Congreso el proyecto de ley (155/1959)

Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y en la exposición de motivos manifestó lo siguiente:

“(…) Colombia era entonces uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa, la cual se necesitaba a causa del proceso de industrialización del país y de concentración de la riqueza.

En la misma exposición de motivos, Agudelo Villa explicó que se debía garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas, que él percibía como “concentraciones monopolísticas” en esa época en Colombia. Al respecto manifestó que la competencia debía ser vista

como: “[...] el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico.”

60 años después de originarse el Derecho de la Competencia en Colombia las instrucciones fundamentales que trajo la Ley 155 de 1959 continúan vigentes y es considerada como el primer esfuerzo normativo para asegurar el correcto y libre funcionamiento del mercado.

Tras analizarse el contenido del artículo 333 de la Constitución Política, se identificó la armonía que guarda con la Ley 155 de 1959, pues a través de esta última se señaló que existe libertad para que cualquier individuo pueda intervenir en la económica y sin restricción alguna, salvo el cumplimiento de las obligaciones que inmediatamente se generan tanto para los comerciantes (vendedores) como para consumidores (compradores).

Lo anterior supuso un avance normativo para el país, sin embargo, dado que no bastó con haberse señalado unas prácticas anticompetitivas y un procedimiento para sancionar a los infractores, surgió la necesidad de adoptar una reglamentación en esta materia, inspirándose en la expedición del Decreto 2153 de 1992, disposición mediante cual se adoptaron medidas necesarias a fin de que sustancialmente, y desde el punto de vista jurídico, se contara con una organización y legislación acorde con los nuevos parámetros de competencia.

En palabras de (Miranda A., 2011, p 81) se adoptó una estructura normativa similar a la de los modelos estadounidense y el europeo, al afirmar en su obra que:

(...) La moderna estructura del Derecho de la Competencia en Colombia se introdujo con el Decreto 2153 de 1992 y no ha sido modificada por la reciente Ley 1340 de 2009. Esta estructura mantiene la prohibición general como norma residual que se debe aplicar cuando las conductas que se investigan no se encuentran expresamente prohibidas; pero acompañada de un catálogo de

conductas anticompetitivas que señalan de manera no taxativa las conductas que el legislador considera contrarias a la Libre Competencia y por lo tanto ayudan a aplicar los sistemas de análisis (...)

La prohibición general de las conductas que afectan la Libre Competencia se previó en el artículo 46 de Decreto 2153 de 1992, sin embargo, los acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado se definieron a través de los artículos 47, 48 y 50 respectivamente. (Miranda A., 2011, p 81)

Continuando con la evolución normativa de la Libre Competencia, en el año 2009 se creó la Ley de Protección de la Competencia (Ley 1340/2009), que tiene como objetivo principal velar por el cumplimiento de las normas de Libre Competencia en el país y garantizar un mercado libre de barreras y distorsiones para que los consumidores tengan acceso a una variedad de productos y servicios a precios competitivos.

Con la expedición de la citada ley se originaron grandes avances para la protección de la competencia, en donde podemos encontrar: “i) *la designación de la Superintendencia de Industria y Comercio como la Autoridad Única para investigar y sancionar prácticas anticompetitivas, de competencia en Colombia*; ii) *el aumento del monto máximo de las sanciones a agentes del mercado de 2.000 SMLMV a 100.000 SMLMV (es decir, de \$2.320.000.000 a \$116.000.000.000 millones de pesos, en la actualidad)*⁶; iii) *la introducción del programa de beneficios por colaboración, a través del cual una empresa participante en una*

⁶ De conformidad con el Decreto 2613 de 2022, por el cual se fijó a partir del 1 de enero de 2023 como salario mínimo legal mensual la suma de \$1.160.000 pesos.

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 SIC 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 SIC, para concepto previo, los proyectos de regulación que pretendan expedir y que puedan afectar la Libre Competencia, con el propósito de evitar que las autoridades públicas profieran regulaciones anticompetitivas”.⁷

En comparación con el régimen anterior, la nueva disposición ha dotado a la “SIC para ejercer su función de inspección, vigilancia y control de forma más efectiva, logrando exigir el cumplimiento de las normas de competencia en múltiples sectores de la economía que antes no tenían una autoridad en sede de protección de la competencia”.⁸

Por tanto, a través de esta normativa, la SIC ha velado por materializar el cumplimiento de las disposiciones en materia de competencia, así como imponer las sanciones a aquellos que infringen con sus deberes y obligaciones en los mercados.

Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia

Habiendo precisado la importancia del Derecho de la Competencia en la economía, debe indicarse que esta disciplina se divide en dos vertientes: la que

⁷ Exposición de motivos, proyecto de Ley 1340 de 2009.

⁸ Ibidem

regula la competencia desleal y la que se refiere a las prácticas que restringen la Libre Competencia en el mercado.

Los actos de competencia desleal fueron desarrollados por la Ley 256 del 1996, cuyo objeto es la garantía de la libre y leal competencia económica al prohibir actos y conductas que se consideran desleales. El artículo 2 de la citada ley establece los criterios a tener en cuenta para que estos puedan ser considerados desleales, para ese efecto deben haber sido realizados en el mercado y haberse adelantado con fines concurrenciales, entendidos como aquellos que son *“idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien los realiza o de un tercero”*.

El régimen de competencia desleal, en los términos de Ossa Bocanegra, (2014, p. 194), procura la protección de la competencia en particular mediante una declaración y posterior resarcimiento de daños por las conductas desleales de los competidores entre sí, esto mediante un proceso jurisdiccional que busca la responsabilidad de aquel que con su conducta lesione los intereses de los que son sujetos de protección de la norma.

Por otro lado, encontramos las prácticas restrictivas de la competencia. A ese respecto debe indicarse que el Decreto 2153 de 1992, contiene en su artículo 46, la prohibición general de adelantar conductas que afecten la Libre Competencia en los mercados, definiendo como tales a i. Los acuerdos; ii. Actos; iii. Abuso de la Posición de Dominio y iv. El régimen de integraciones empresariales. En términos de Miranda Londoño, 2011, la aludida prohibición general tiene aplicación residual en el evento en que las conductas que se investigan no se encuentren prohibidas

expresamente, pero que sí puedan potencialmente infringir la Libre Competencia. No obstante, la aludida prohibición general se encuentra acompañada por el catálogo de las conductas que se entienden anticompetitivas (p. 81). Estas conductas fueron desarrolladas en los artículos siguientes del decreto, tal como se pasa a describir.

Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia

Por acuerdo anticompetitivo, se entiende aquel que es pactado por dos o más oferentes, a través del cual estos acuerdan actuar de determinada manera con el objetivo de infringir la Libre Competencia. Esto lo hacen por medio de la afectación a un competidor (Velandia, 2011, p. 109). El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consagra un listado de los acuerdos cuyas características suponen la existencia de una práctica que restringe la competencia en el mercado, tal y como sigue:

(...)

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.
4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Los acuerdos pueden ser de dos tipos, horizontales o verticales, según la forma como se reparta el mercado a través de ellos. En términos de Uribe Piedrahíta, 2006, citando a (Coloma, G 2003, p.79) los acuerdos horizontales, hacen referencia a aquellos que son celebrados por competidores dentro de un mismo mercado, con fines asociados a la búsqueda de eficiencia económica, por ejemplo a través del uso de una facilidad o estructura común, desarrollo conjunto de investigaciones o mejoramiento de canales de distribución; por otro lado, con el objetivo de obtener un mayor poder de mercado mediante la búsqueda de la ausencia de competencia definiendo precios, repartiendo mercados, limitando la oferta y similares (p. 69).

De otro lado, los acuerdos restrictivos de la competencia que han sido catalogados como verticales tiene como característica principal que se celebran con el ánimo de afectar a competidores que se encuentran en una escala distinta dentro del proceso productivo, como podría ser el caso de un productor y un distribuidor. (Miranda Londoño, 1998, p. 24). La Superintendencia de Industria y Comercio ha precisado en mayor detalle los mecanismos a través de los cuales se puede afectar la competencia mediante un acuerdo vertical.⁹

Los acuerdos verticales pueden afectar la competencia a través de diversos mecanismos, como por ejemplo: marginalizando competidores a través de conductas que les impidan acceder a insumos para la producción; incrementando las barreras de entrada a un mercado; facilitando el comportamiento cooperativo entre competidores en el nivel horizontal; o simplemente imponiendo restricciones para que compañías en eslabones aguas abajo limiten su nivel de competencia, sea porque no pueden bajar el precio de un producto que ha sido vendido por quien impone la limitación o porque les está prohibido incursionar en

⁹ (Resolución No. 76724 -Por la cual se impone una sanción a CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. por contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, 2014)

zonas geográficas en las que participa un competidor. De esta forma, mal haría la Superintendencia en excluir los acuerdos verticales del alcance de la ley de competencia cuando los mismos pueden causar daño a los consumidores, el mercado y la eficiencia económica al igual que lo hacen los acuerdos horizontales.

Con todo eso, la autoridad en materia de competencia a la hora de emitir sus decisiones en relación con la existencia o no de un acuerdo anticompetitivo, puede acudir a dos modelos de análisis, denominados la Regla de la Razón y la Regla Per se. En 2017, Miranda Londoño, desarrolló tales conceptos, indicando que por un lado la Regla Per se, supone la existencia de un catálogo de conductas que el legislador definió como anticompetitivas, por lo que no se requiere hacer un análisis para establecer que la conducta adelantada tiene tal connotación; por su parte las conductas que no se encuentren en el mencionado listado, deben ser analizadas bajo la cláusula de prohibición general, teniendo como criterios el mercado relevante, la naturaleza, el propósito y efecto de la conducta, con base en lo anterior definir si merece ser o no sancionada, (pp. 6-7).

Actos Contrarios a la Libre Competencia

La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que por acto anticompetitivo se entienden aquellas actuaciones o comportamientos que se adelanten por parte de un agente en el mercado de manera unilateral y que se encuentren dirigidos a otros actores que participan de un mercado. Por otro lado, pese a que no se requiere, a diferencia del abuso de la posición dominante, que el agente que realiza el comportamiento ostente una posición dominante en el

mercado en el que participa, sí se requiere que goce de suficiente poder para producir efectos contrarios a la competencia en el mercado.¹⁰

Los actos anticompetitivos, fueron desarrollados por el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos:

(...)

1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.
3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Así las cosas, el primero de los actos que se considera anticompetitivo tiene que ver con la publicidad. Aspecto que se protege en favor del consumidor, en los términos de (Ortiz Baquero & Solano Osorio, 2022, p. 218 - 2019) se busca la correspondencia entre lo comunicado y lo efectivamente prestado o vendido y entregado al consumidor. En ese sentido y en los términos del numeral 13 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, la información que sea suministrada por un agente del mercado, que no corresponda a la realidad o que sea insuficiente de tal manera que induzca al error, engaño o confusión al consumidor, constituye un acto restrictivo de la Libre Competencia.

Por otro lado, y en lo que se refiere al segundo de los actos considerados anticompetitivos, se encuentran aquellos relacionados con la influencia de un competidor a otro, para que este incremente el costo de sus productos o para que no rebaje los precios.

¹⁰ (Resolución 4839, por la cual se ordena el cierre de una investigación, Superintendencia de Industria y Comercio, 2013)

Ortiz Baquero & Solano Osorio, (2022, p.p. 239-240), basándose en pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio¹¹, así como del Consejo de Estado¹², indicaron que para que se configure el acto bajo estudio es necesario que se presente un elemento de tipo subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la necesidad de que exista un sujeto activo, quien debe ocupar una posición aguas arriba en la cadena de valor, y el sujeto pasivo quien ocupa una posición aguas abajo y que por consecuencia es el destinatario del actuar del sujeto activo. Por su parte, el elemento objetivo, requiere de la ejecución material del verbo influenciar, debido a que mediante la coerción, el sujeto activo lleva al pasivo a modificar su política de precios en sus relaciones comerciales con terceros.

Abuso de la Posición de Dominio

Por último, se revisará el acto que restringe la competencia, denominado Abuso de la Posición de Dominio. El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 definió lo que se entiende por Posición de Dominio como *“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”*. No obstante, Cardozo Roa (2019, p 25), trayendo la definición de Cárdenas Mejía, (1999, p. 322), precisa que sólo se sanciona la Posición de Dominio cuando se hace un uso ilegítimo de ella,

¹¹ (Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones 13514 (2000), 25420 (2002), 8310 (2003), 33141 (2011), 71794 (2011) y 54830 (2012). n.d.)

¹² (Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Coltavira S.A. Sentencia del 9 de octubre de 2003; Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla, Sucesores de José de Jesús Restrepo & Cia. S.A. – Casa Luker y otros, 19 de noviembre de 2009; Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, 16 de julio de 2015., n.d.)

cuando se obtienen ventajas que no son compatibles con el mercado o se impide a otros agentes que actúen en el mismo.

El artículo 50 del citado Decreto 2153 de 1992, trae consigo la lista de actuaciones, que configuran un abuso de la posición dominante, así:

(...)

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
7. El incumplimiento en la fecha pactada para el pago de una obligación dineraria por parte de cualquier contratista que tenga a su cargo la ejecución de un contrato estatal de, infraestructura de transporte, obras públicas y construcción, con cualquiera de sus proveedores que tenga la calidad de PYME o MYPYME, luego de contar con una factura debidamente aceptada por la entidad contratante.

Integraciones Empresariales

Hasta ahora se ha visto que las normas que protegen la Libre Competencia en los mercados tienen un carácter prohibitivo, pues se impide el desarrollo de actos, acuerdos anticompetitivos, así como abusar de la posición dominante. No obstante, el Decreto 2153 de 1992, en su artículo 51, se erige como una norma con un tinte preventivo ya que alude al control previo de las integraciones empresariales para evitar que se limite indebidamente la competencia.

En los términos de Velandia (2011, p.p. 227-230), debe existir un límite demarcado por el Estado a las integraciones empresariales, cuando estas propicien el establecimiento de barreras que favorezcan exclusivamente a estas empresas que celebren la operación y que en ese sentido contraríen un escenario competitivo. No obstante, no toda integración constituye una afectación al mercado, ya que según este autor, a través de las integraciones pueden presentarse resultados positivos para la empresa como eficiencia en materia tecnológica, de clientes y canales de distribución, buscando así fortalecer a las empresas nacionales para que compitan en mercados internacionales.

Así pues, los artículos 9 y siguientes de la Ley 1340 del 2009, definen que *“las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor”*, deben informar a la Superintendencia de Industria y Comercio o la Superintendencia Financiera, según esté sometida su vigilancia, *“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”*. Siempre y cuando estas cumplan con parámetros asociados a un monto mínimo de ingresos operacionales o activos totales. La autoridad correspondiente debe evaluar si a través de tal operación, se podría producir una restricción inconveniente a la competencia.

Debe indicarse que en los términos del artículo 13 de la Ley 1340 del 2009, el hecho de que no se informe sobre una operación de integración empresarial, si esta se realizó antes de cumplido el término que tenía la autoridad para pronunciarse, o si se incumplen las condiciones de su objeción o de su

autorización condicionada, y si se concluye que una operación supone una restricción inconveniente a la Libre Competencia, habrá lugar a la imposición de las sanciones procedentes.

Bajo las anteriores consideraciones, en donde se revisaron los conceptos asociados a la economía, particularmente los elementos que constituyen la microeconomía, de un lado la demanda en cabeza de los consumidores y por el otro la oferta en cabeza de los agentes del mercado, se precisa la importancia que tiene el Derecho de la Competencia al proteger la capacidad adquisitiva de aquellos (consumidores) y la distribución equitativa del dinero en favor de estos últimos (competidores) que se atreven a crear empresa y desarrollar una actividad productiva, lo cual se traduce en el interés general del mercado colombiano.

En conclusión, el Derecho de la Competencia en Colombia se encuentra regulado por un conjunto de normas y principios que buscan la defensa de la Libre Competencia en el mercado colombiano. Vimos entonces su evolución, desde la Ley 155 de 1959 hasta la reciente Ley 1340 de 2009 y otras normas que las han complementado. Puntualmente la Ley 155 de 1959 como punto de partida sobre la protección a la Libre Competencia en Colombia, el Decreto 2153 de 1992 definió cuales prácticas se considera que restringen la Libre Competencia y estableció las medidas para que las autoridades puedan prevenirlas y sancionarlas, por su parte la Ley 1340 del 2009 actualizó y fortaleció las normas de protección de Libre Competencia en Colombia y definió que la SIC sería la autoridad encargada de supervisar y hacer cumplir ese marco legal; pues en un mercado competitivo los consumidores pueden acceder a una amplia variedad de bienes y servicios a

precios justos y competitivos, lo que fomenta la innovación, calidad y la eficiencia en la producción de estos.

La protección del interés general del mercado también es importante para el desarrollo económico del país, un mercado competitivo fomenta la inversión y la innovación, estimula la productividad y eficiencia empresarial en un entorno de seguridad jurídica para los competidores del mercado. En suma medida, la promoción y defensa de la competencia en el mercado constituye un fin esencial del Estado que debe ser garantizado por la administración, y en tal sentido, la sociedad en general tiene el deber de cumplir con las disposiciones vigentes. Con todo esto, resulta importante que el Estado cuente con herramientas que permitan su intervención efectiva en la economía, y que en el evento en que los agentes actúen contraviniendo las prerrogativas alusivas a la defensa de la Libre Competencia, este pueda ejercer el poder punitivo mediante un procedimiento administrativo sancionatorio e imponer sanciones. No obstante, esto no puede implicar violación alguna del derecho al Debido Proceso del investigado. Situación esta, que abordaremos con mayor detalle en lo sucesivo.

Aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en Colombia

Ius Puniendi del Estado en Colombia

La Constitución Política de 1991 estableció en su artículo primero, que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado entre otras, en el respeto del interés

general¹³, por su cuenta el artículo segundo se centró en definir la finalidad del Estado, precisando que es su deber *“proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*¹⁴. Implica lo anterior que el Estado tiene la obligación de ser garante a través de las diversas dinámicas sociales.

Así las cosas, la función administrativa en cabeza del Estado, según el artículo 209 de la Constitución Nacional, *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”* En ese sentido, *“las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”*.

Dados los deberes que le son propios, resulta razonable que el Estado disponga de los instrumentos necesarios para poder exigir la obediencia de las decisiones

¹³ (Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 1, 1991): Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁴

(Constitución Política de Colombia [Const]. Art 2, 1991: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

que adopta, y que en el evento de incumplimiento por parte de los administrados, pueda imponer sanciones de naturaleza administrativa. El deber que tienen los nacionales y extranjeros de acatar la Constitución, las leyes, respetar y obedecer a las autoridades, ha sido elevado a rango constitucional mediante los artículos 4 y 6 de la Carta Política.¹⁵

De esta manera, la posibilidad de imponer una sanción como una consecuencia negativa para aquel que infringe sus deberes constitucionales, se erige como una manifestación del *ius puniendi* estatal que procura garantizar el adecuado desarrollo de las funciones que le han sido atribuidas a la Administración, para que de esta manera, se satisfaga el interés público (Laverde Álvarez, p.p. 2-11, 2016). Al respecto, la Corte Constitucional se manifestó reforzando la concepción según la cual, los fines esenciales del Estado debían ser desarrollados por este, de igual forma debía contar con los mecanismos requeridos para hacerlos cumplir.

(*Sentencia C-506 de 2002*, 2002):

Ahora bien, la nueva concepción del Estado según la cláusula “social de Derecho” produjo especialmente un incremento en las facultades administrativas. Si bien el constituyente y el legislador previeron y desarrollaron nuevos mecanismos de acción pública para el logro de los nuevos cometidos estatales, gran parte de esta actividad recayó en la Administración Pública. El creciente aumento de las actividades ejecutivas significó el correlativo incremento de sus poderes, entre ellos el de sancionar el incumplimiento de los deberes para con ella.

¹⁵ (Constitución Política de Colombia [Const]. Arts 4 y 6, 1991): ARTICULO 4º—La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

(...)

ARTICULO 6º—Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o exlimitación en el ejercicio de sus funciones.

Dicho esto, como lo indicó Laverde Álvarez, (P. 9, 2016), la aplicación de la potestad sancionadora exige la observancia de un procedimiento que respete las garantías en favor del investigado. Lo anterior, en línea con el artículo 29 de la Constitución Política, trae consigo las siguientes premisas, que por ser el objeto de este estudio, se mencionarán desde la perspectiva del Procedimiento

Administrativo Sancionatorio (PAS):

1. El Debido Proceso debe aplicarse a todas las actuaciones judiciales y administrativas.
2. Nadie podrá ser juzgado, sino conforme leyes preexistentes al acto que se le imputa.
3. El procedimiento debe adelantarse ante la autoridad competente.
4. El procedimiento debe adelantarse con observancia de las formas propias de cada juicio.
5. Presunción de inocencia, mientras no se haya declarado lo contrario.
6. El sujeto pasivo dentro del PAS, tiene derecho a la defensa, a un proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y controvertir aquellas allegadas en su contra, a impugnar la sentencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Dada la importancia del Debido Proceso, este será abordado con mayor detalle en el acápite siguiente.

Debido Proceso en Colombia

El Debido Proceso es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y es aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de suyo establece que toda persona tiene derecho “a un Debido Proceso público sin dilataciones injustificadas”.

La Corte Constitucional, en su Sentencia C-540 de (1997) M.P. Hernando Herrera Vergara refirió que:

el desconocimiento en cualquier forma del derecho al Debido Proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes (P1).

Así entonces, es fundamental que las autoridades responsables de llevar a cabo actuaciones administrativas o judiciales respeten el derecho al Debido Proceso, ya que esto asegura la protección de los derechos de las personas y evita posibles violaciones a las mismas, velando porque que toda decisión que se emita esté acorde al ordenamiento jurídico.

Según Agudelo Ramírez (2005 p.92), el Debido Proceso es un derecho fundamental que protege a todas las personas, independientemente de su condición social, económica o política. El autor sostiene que el Debido Proceso garantiza que las decisiones judiciales sean tomadas de manera justa y equitativa y que las personas tengan la oportunidad de defender sus derechos.

Es importante destacar que el Debido Proceso no se aplica en un solo ámbito, sino que también se extiende a otras áreas del derecho, como el derecho administrativo, el derecho laboral y el derecho comercial. Según Ramírez Carvajal (2006 p 15), *el “Debido Proceso jurisdiccional como principio puede decirse que, en general, su contenido es completo, inmodificable e independiente del tipo de Estado al que pertenezca”*.

De acuerdo con Agudelo Ramírez (2005), *“El Debido Proceso es un derecho fundamental contentivo de principios y garantías que son indispensables de observar en diversos procedimientos para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del estado social, democrático y de derecho” (p 89)*; es así como el Debido Proceso debe ser

interpretado como un principio rector del Estado Social de Derecho¹⁶ ya que se encuentra presente en todas las ramas del derecho y garantiza que las decisiones sean tomadas de manera justa y equitativa.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-980 de (2010) M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, ha señalado al respecto que “*el derecho al Debido Proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado*” (p 1)”, dicho esto, es claro que se deben respetar las directrices de cada procedimiento y garantizar a las personas el ejercicio pleno de sus derechos.

El Debido Proceso se encuentra protegido no sólo por la Constitución, sino también por otras normas jurídicas como el Código de Procedimiento Penal, el Código General del Proceso, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tratados y convenios de índole internacional, entre otros. Estas normas establecen las garantías procesales que deben ser respetadas durante los procedimientos judiciales o administrativos que se adelanten.

En el ámbito del derecho internacional, el Debido Proceso se refiere a un conjunto de garantías que deben cumplirse para asegurar que una persona reciba un juicio justo y equitativo. Como señala Rawls John (1971), en su obra *Teoría de la*

¹⁶ **Artículo 1 Constitución Política de la República de Colombia de 1991:** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Justicia, existen muchas formas de justicia, de las que decimos son justas e injustas, pero de todas ellas le importa la justicia social, al respecto hace énfasis en que *“el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”* (p 20).

De acuerdo con Rawls John (1971), entre las garantías que se consideran esenciales están *“especificar los derechos y deberes básicos, así como determinar las porciones distributivas apropiadas, la manera en que una concepción lo hace, tiene que afectar los problemas de eficiencia, coordinación y estabilidad”* (p 20).

En ese sentido, no es factible evaluar una concepción de justicia sólo por su papel distributivo, para ello deberá *“tenerse en cuenta sus conexiones más vastas, aun cuando la justicia tenga cierta prioridad por ser la virtud más importante de las instituciones, no obstante es cierto que, ceteris paribus, una concepción de justicia es preferible a otra cuando sus consecuencias generales son más deseables”* (p. 20).

En el contexto internacional, el Debido Proceso adquiere una especial importancia en el ámbito de los derechos humanos. Como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, el Debido Proceso es un derecho humano fundamental que debe protegerse en todas las etapas del proceso judicial. En este sentido, la Corte ha establecido que el Debido Proceso o derecho de defensa procesal, supone *“una garantía que se aplica en todo tipo de*

procedimiento judicial o administrativo que implique la determinación de un derecho y es fundamental en el Estado de Derecho” (Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, p. 47).

Es así que, el Debido Proceso es un derecho que implica una serie de garantías procesales como la notificación, la audiencia, la defensa, la prueba, la presunción de inocencia, la motivación de las decisiones judiciales y el recurso efectivo, etapas que serán estudiadas a lo largo de la investigación.

En conclusión, el Debido Proceso es un derecho fundamental y esencial, que debe protegerse en todas las etapas de un proceso, tanto a nivel nacional como internacional. En Colombia está consagrado en la Constitución Política y ha sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional. Este derecho garantiza que las personas tengan acceso a un proceso justo en el que se respeten sus derechos y garantías procesales y que las decisiones judiciales se basen en pruebas y argumentos jurídicos sólidos.

Principio de Imparcialidad en Colombia

La imparcialidad en el ordenamiento jurídico de un Estado social de derecho es una prerrogativa en cabeza de las autoridades que administran justicia, estos deben tomar sus decisiones siendo libres e independientes de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (CP art. 29 y 230) o afectar las garantías constitucionales de alguna de las partes.

La imparcialidad a su vez se convierte en un principio constitucional de la función administrativa, siendo establecido, entre otros principios, en la Constitución

Política de Colombia, específicamente en el artículo 209, que dispone “*la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”. Por esta razón, resulta fundamental para garantizar la justicia y el equilibrio en los procesos administrativos.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha expresado que la imparcialidad es uno de los principios integradores y constitutivos del derecho constitucional al Debido Proceso, al respecto ha dilucidado que:

cualquier decisión judicial o administrativa, es la concreción de un orden normativo abstracto a una situación particular y específica, lo que impone que el juez o servidor público, sea que actúe en primera o segunda instancia, intervenga con la más absoluta imparcialidad, despojado de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico (Corte Constitucional Sentencia C-095 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil) (p.16).

La imparcialidad como principio, doctrinalmente está integrada por dos elementos a saber, el primero la imparcialidad subjetiva y el segundo la imparcialidad objetiva. Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto que:

la primera exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto; mientras que la imparcialidad objetiva hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad. (Corte Constitucional Sentencia T-1034 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) (p 1).

De otro lado, el ordenamiento colombiano, en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011,

ha previsto ciertos principios para que las autoridades que adelanten actuaciones administrativas velen por su interpretación y oportuna aplicación, entre estos el principio de imparcialidad, el cual dispone que:

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Lo anterior, implica que el funcionario que adelante la investigación, sea neutral y que lo sea ante el sujeto pasivo, pero también con la causa que conoce, de cuyo no debe tener posturas que eventualmente impacten su sana crítica, al proferir su decisión.

Como complemento de lo anterior, resulta importante referir que Mendoza Bautista, J. S. y Gelvez Duran, J. M. (2022) han expuesto *“que las decisiones judiciales deben estar alejadas de cualquier sesgo o elemento que afecte la imparcialidad del juez, toda vez que, si se permite dicha influencia se afecta la tutela judicial efectiva de las personas que acceden a la administración de justicia”* (p. 1). Esto indica que los jueces deben ser imparciales y estar aislados de cualquier situación que inflencie al juez a la hora de la toma de una decisión, que puede resultar ser muy estricta, o por el contrario muy débil. Por su parte Páez, A (2021) define el sesgo cognitivo como:

una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. No se trata de un simple error, sino de comportamientos que ocurren consistentemente bajo circunstancias similares, y que por lo tanto son predecibles y replicables. Son causados principalmente por el uso de heurísticas, atajos que utilizamos en

el procesamiento de información, pero también son producto de las limitaciones de nuestra capacidad cerebral de procesar información, de influencias emocionales, morales y sociales, y de distorsiones en el proceso de almacenamiento y búsqueda de información en la memoria. (p3).

Mendoza Bautista, J. S. y Gelvez Duran, J. M. (2022), citando a (De la Rosa & Sandoval Navarro 2016, p. 11) ha señalado que influyen como factores extralegales lo siguiente: *“el contexto de la decisión judicial, la personalidad del juez y las características del juez”*. (p. 12)

Con todo esto, el sesgo constituye un riesgo latente en todo proceso jurídico, subyaciendo la inclinación del operador de justicia (Superintendente de Industria y Comercio) a una pérdida de objetividad en la toma de decisiones, a partir del informe que emite el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, quien a su vez puede haber perdido la mencionada objetividad en desarrollo de las actividades de investigación, que implican tener una cercanía con las pruebas, con el investigado y con su forma de actuar, inclusive en escenarios extraprocesales. Con ello este funcionario, en los términos del autor citado, puede emitir un *“juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento (actividades de investigación) o al hacer una predicción (estructurar un caso y definir el sentido del fallo)”*, evento en el cual se vería afectado el principio de imparcialidad. En virtud de lo expuesto, es pertinente precisar que el principio de imparcialidad es un elemento integrante del Debido Proceso que debe garantizarse al interior del procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta la SIC, en materia de Libre Competencia, por ello para que sea efectivo, se requiere de independencia y

conciencia de la autoridad competente sobre su rol, ya que sólo a través de la aplicación efectiva de este principio se puede garantizar que el proceso o investigación se lleve a cabo de manera justa y equitativa para todas las partes involucradas, cualquier actuación contraria daría lugar a la vulneración del Debido Proceso. En virtud de lo anterior, abordaremos a continuación los aspectos relevantes del mencionado PAS.

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Libre Competencia en Colombia

El PAS, que como ya se ha dicho tiene por finalidad ajustar las actuaciones administrativas a los postulados de la Constitución Política de 1991, pues sirve de herramienta que permite al Estado hacer que los administrados acaten las disposiciones que procuran la realización de sus fines esenciales¹⁷, a través del *ius puniendi* estatal, se encuentra regulado de forma general por el artículo 47 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), el cual hace parte del Capítulo III del Título III de esa disposición.

En su primer inciso, el artículo en comento precisa que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio que no estén regulados por leyes especiales o en lo no previsto en estas, le serán aplicables los preceptos de la Parte Primera del CPACA.

A ese respecto debe precisarse que cuando un competidor del mercado, incurre en una de las prácticas restrictivas de la competencia, abordadas en precedencia,

¹⁷ (Constitución Política de Colombia [Const]., 1991, artículo 2)

existe un procedimiento administrativo sancionatorio especial reglado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto Nacional 019 de 2012¹⁸ y por la Ley 1340 del 2009¹⁹, no obstante y por disposición expresa de esta norma, para aquello que no esté dispuesto en ella, se debe acudir al procedimiento del artículo 47 del CPACA.

El artículo 25 de la Ley 1340 del 2009, que modificó el Decreto 2153 de 1992, contempla que el procedimiento administrativo sancionatorio que abordamos en este trabajo, trae consigo la posibilidad de imponer multas cuantiosas a las personas naturales y jurídicas que violen normas sobre protección de la competencia, hasta por la suma de (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para las personas jurídicas, sin perjuicio de que si la utilidad derivada de su conducta, resulta ser mayor, la sanción se tasa por un valor de hasta el 150% de tal utilidad, y cuando se trate de personas naturales la sanción podrá ser de hasta (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción.²⁰

Las sanciones mencionadas, dejan ver la magnitud de la implicación económica y administrativa que esto podría tener para un competidor del mercado en el devenir de su organización; así pues y ante esta consecuencia eventual, resulta imperativo

¹⁸ (Decreto Nacional 019 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, 2012, Artículo 155)

¹⁹ (Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, 2009, Artículos 16 y 19)

²⁰ De conformidad con el Decreto 2613 de 2022, por el cual se fijó a partir del 1 de enero de 2023 como salario mínimo legal mensual la suma de \$1.160.000 pesos, por lo que la suma definida para personas jurídicas, podría ascender a los \$116.000.000.000, mientras que para las personas naturales, podrían llegar hasta los \$2.320.000.000

que se garantice al investigado el Debido Proceso, incluyendo la observancia del principio de imparcialidad por parte de la autoridad que conozca del procedimiento aplicable.

Es por lo anterior, que en el siguiente apartado se analizarán las facultades de la autoridad que adelanta este procedimiento y sus etapas.

Autoridad en Materia de Libre Competencia en Colombia

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la Autoridad Nacional en materia de protección de la competencia, en virtud de la Ley 1340 de 2009²¹, es quien conoce de forma privativa de las investigaciones administrativas por la comisión de prácticas restrictivas de la Libre Competencia, y de igual forma ejerce la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

Esto no siempre fue así, desde la expedición de la Ley 155 de 1959, tales facultades habían sido ejercidas por autoridades diferentes, hasta el año 1968 cuando fue creada la Superintendencia de Industria y Comercio; lo anterior, sin perjuicio de las facultades que fueron atribuidas de forma particular a autoridades administrativas que vigilaban a determinados competidores del mercado sectorial²², tal y como se pasa a explicar:

²¹ (Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, 2009 Artículo 6)

²² Como es el caso de la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Seguros y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y entidades como las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, de Telecomunicaciones, y de Agua y Saneamiento Básico (Sentencia C-172/14).

- a) **Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas:** El Ministerio del Fomento, adelantaba por intermedio de la Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Sociedades Anónimas, o la Superintendencia de Cooperativas, las investigaciones por infracción a la Libre Competencia. Estas entidades emitían un acta de conclusiones y entregaban el expediente al Ministerio de Fomento, que decidía sobre la imposición de la sanción, previo a la emisión de un concepto del Consejo de Política Económica y Planeación.²³
- b) **Decreto 1653 de 1960, por el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica y se fijan sus funciones:** Las facultades que en virtud de la Ley 155 de 1959 correspondían al Ministerio del Fomento en materia de competencia, fueron adscritas al Consejo Directivo de la recientemente creada Superintendencia de Regulación Económica.²⁴
- c) **Decreto 3236 de 1962, por medio del cual se reglamentan las disposiciones antimonopolistas consagradas por la Ley 155 de 1959:** A través de esta norma, se precisaba el procedimiento aplicable a las investigaciones administrativas por infracciones a las disposiciones sobre Libre Competencia, cuyo conocimiento continuaba en cabeza del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica.²⁵

²³ (Ley 155 de 1959 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas,” 1959: Artículos 12 - 16)

²⁴ (Decreto 1653 de 1960 “Por el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica y se fijan sus funciones,” 1960, Artículo 3)

²⁵ (Decreto 3236 de 1962 “Por medio del cual se reglamentan las disposiciones antimonopolistas consagradas por la Ley 155 de 1959.,” 1962, Artículos 18-24)

d) Decreto 3307 de 1963, por el cual se toman medidas sobre monopolios

y precios: Las funciones que habían sido adscritas al Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica, fueron trasladadas al director ejecutivo de esta entidad. Habrá de precisarse que de las apelaciones que recaían sobre las resoluciones emitidas por este, conocería el Consejo Directivo.²⁶

e) Decreto 2974 de 1968, por el cual se reorganiza el Ministerio de

Fomento y se dictan otras disposiciones: A través de esta norma se creó la Superintendencia de Industria y Comercio que hoy conocemos, a la cual se le entregaron las funciones de vigilancia y control que venían en cabeza del Ministerio de Fomento. Esta entidad quedó adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico.²⁷

f) Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones:

El artículo 2 de esta norma definió expresamente que la Superintendencia de Industria y Comercio velaría por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia, entre otras, con el ánimo de alcanzar propósitos como *“la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”*, y para ello podría iniciar investigaciones encaminadas a imponer sanciones por la violación a esos

²⁶ (Decreto 3307 de 1963 “Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios,” 1963, Artículos 2 y 3)

²⁷ (Decreto 2974 de 1968 “Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento y se dictan otras disposiciones.,” 1968, Artículo 25)

propósitos. De esta manera y a través del artículo 3, se estableció la estructura de esta autoridad, particularmente el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, que más adelante adquiere relevancia al interior del procedimiento reglado por el artículo 52 del decreto en comento.

- g) **Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia:** Con la Ley 1340 del 2009, el legislador centralizó de forma privativa las funciones relacionadas con la protección de la Libre Competencia en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, retirando dichas funciones atribuidas a otras autoridades administrativas de manera sectorial, como es el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Superintendencia Financiera, entre otras. La Superintendencia de Industria y Comercio explicó en su intervención dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 6 de la Ley en comento, según quedó referido en la Sentencia C-172/14, 2014, que existían entidades sectoriales que podrían eventualmente adelantar actuaciones administrativas en contra de competidores del mercado por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, como por ejemplo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia Financiera, pero que según su criterio, estas no tenían un conocimiento técnico del régimen de Libre Competencia, por lo que en la práctica no se evidenció un real inicio de actuaciones por parte de otras autoridades en esta materia, luego entonces, se impedía el

desarrollo *coherente, técnico y uniforme* de las actividades de investigación y sanción de conductas contrarias a la Ley en materia de competencia.

Precisó de igual forma que *“las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal constituyen un régimen suprasectorial y transversal a todos los sectores de la economía, independientemente del servicio de que se trate”*.

h) Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones:

Mediante el artículo 11 de esta norma, se establecen las funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Resaltan las que se encontraban en los numerales 4,6, y 7, pues en ellos se entregaba a esta dependencia la facultad de adelantar averiguaciones preliminares, instruir las investigaciones y elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decidían las investigaciones por violación a las normas sobre protección a la competencia.

i) Decreto 092 del 2022, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se determinan las funciones de sus dependencias: De conformidad con las consideraciones contenidas en esta norma, con el ánimo de consolidar las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, garantizar la eficiencia en el ejercicio de las funciones a cargo de esa autoridad, nuevamente se reestructuraron parcialmente las dependencias de la entidad en cuanto a su

estructura y funciones. Particularmente y para lo que nos interesa en este estudio, debe precisarse que se suprimieron funciones que estaban en cabeza del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, contenidas en los siguientes numerales del artículo 9 del Decreto 4886 del 2011, a saber:

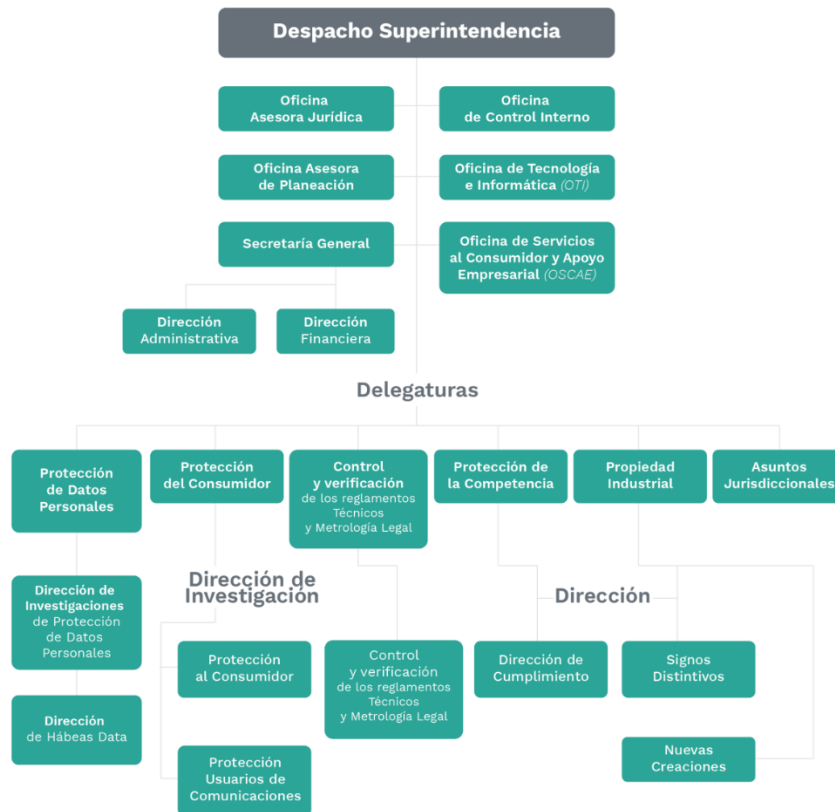
(...) 7. Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio. (...) 21. Informar periódicamente al Superintendente sobre el estado de los asuntos de sus dependencias y el grado de ejecución de sus programas.

Como ya se expuso, con la Ley 1340 de 2009 se designó a la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, entidad que, en caso de violación de las normas resguardan la Libre Competencia, debe decidir las investigaciones administrativas que en tal virtud se inicien y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.²⁸ Así pues, resulta de relevancia dentro del presente estudio describir las funciones que a ese respecto, tienen los funcionarios de esta autoridad. Para tal efecto, es importante ilustrar la estructura organizacional de esta entidad a través de la siguiente figura:

Figura 1

Superintendencia de Industria y Comercio: Organigrama Decreto 4886 de 2011.-Actualización Decreto 092 del 24 de enero de 2022.

²⁸ (Decreto 4886 de 2011, Art 1, numerales 4 y 16).



Nota: La imagen muestra el organigrama de la SIC, respecto de sus perfiles directivos, tomado de <https://www.sic.gov.co/organigrama-perfiles-directivos>.

Para los efectos de este estudio, revisaremos particularmente las funciones en cabeza del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio y del Delegado para la protección de la competencia al interior del Procedimiento Administrativo Sancionatorio por la violación a las normas de Libre Competencia.

El Despacho del Superintendente de Industria y Comercio: tiene, entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, por lo que tiene a su cargo la decisión de las investigaciones administrativas por violación a

las normas de protección de la competencia y competencia desleal e imponer las multas y medidas a que haya lugar²⁹.

Lo anterior, con sustento en los siguientes numerales del artículo 3 del Decreto 4886 del 2011, modificado por el Decreto 092 del 2022:

(...)

6. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

7. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

9. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar o notificar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)

19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

(...)

Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la

Competencia: tiene, entre otras, las funciones de velar por que se cumplan las

²⁹ (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022, DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/Descripcion-de-la-estructura-organica-de-la-SIC.pdf>)

normas sobre protección de la competencia y competencia desleal en el mercado colombiano, por lo que tiene a su cargo las imponer las multas y medidas correspondientes (estos últimos, sólo si pueden tener efectos extensivos al mercado).³⁰

Lo anterior, con sustento en los siguientes numerales del artículo 9 del Decreto 4886 del 2011, modificado por el Decreto 092 del 2022:

(...)

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

5. Tramitar, de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, las investigaciones administrativas por actos de competencia desleal.

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal.

(...)

Bajo las anteriores consideraciones, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de las dependencias que fueron abordadas, cuenta con plena facultad para iniciar, instruir y decidir sobre los procedimientos administrativos sancionatorios bajo estudio, situación que concentra en una sola entidad un gran poder; luego, en virtud de lo expuesto podría estarse configurando una violación al principio de imparcialidad, puesto que, la misma entidad que acusa, valora las pruebas y finalmente define sobre la existencia de mérito para imponer una sanción. Aspecto que revisaremos en el apartado siguiente al profundizar en el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de competencia.

³⁰ (Superintendencia de Industria y Comercio, 2022, DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/Descripcion-de-la-estructura-organica-de-la-SIC.pdf>)

Etapas del Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Competencia en Colombia.

El procedimiento administrativo sancionatorio por violación a las normas que protegen la Libre Competencia, consta de una serie de etapas que inicia con unas actuaciones previas, continúa con la fase de instrucción y culmina con la fase resolutive³¹, debe indicarse que estas etapas son dirigidas en su totalidad y de forma privativa por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así pues, y con base en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto 019 del 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio, tendrá a su cargo la dirección de las siguientes actividades para definir si existen prácticas que restrinjan la libre competencia en los mercados de Colombia:

- **Etapas de Actuaciones previas:**

Conocimiento de la posible infracción: de conformidad con el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011³², corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia, tramitar la primera etapa, que inicia de oficio o como resultado de una denuncia o queja presentada por un tercero. En este primer momento la autoridad debe identificar la procedibilidad de la averiguación preliminar en consideración de una posible infracción a las normas de competencia.

³¹ (Superintendencia de Industria y Comercio, n.d. Preguntas frecuentes Régimen de Protección de la Competencia, https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.pdf)

³² ARTÍCULO 9°. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: (...) 4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

Averiguación preliminar: Surtido lo anterior y con fundamento en los numerales 56, 57, y 58 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011³³, la Delegatura para la Protección de la Competencia adelantará averiguaciones preliminares y para tal efecto, puede utilizar sus facultades para realizar inspecciones y solicitar información a las empresas involucradas, así como a terceros. Con base en esa información recolectada determina si existe o no mérito para dar inicio a una investigación formal.

- **Fase de instrucción**

Notificación personal al investigado: Una vez se ha definido que existen méritos para iniciar una investigación formal, la Delegatura para la Protección de la Competencia dicta resolución a través de la cual ordena la apertura de la investigación, formula pliego de cargos contra el sujeto que haya cometido conductas anticompetitivas y lo notifica personalmente a efectos de que ejerza su derecho de defensa.

³³ ARTÍCULO 1°. FUNCIONES GENERALES. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)57. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones. 58. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código General del Proceso, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. 59. Adelantar actividades de divulgación, promoción y capacitación, en las materias de competencia de la entidad. (...)

Solicitud y aporte de pruebas por parte del Investigado: El investigado podrá, solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer dentro del proceso. Al efecto, debe tenerse en cuenta que esta posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, según lo ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-034/14, 2014, se constituye en una *“herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles”*. Es de esta forma, según precisó esa Corporación, que se tiene por colmado el principio de legalidad, dado que únicamente cuando existe una *“vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis”*.

Decreto y práctica de pruebas: la Delegatura para la Protección de la Competencia, es la autoridad encargada de decretar y practicar las pruebas que hubieran sido solicitadas por el investigado, además cuenta con la facultad oficiosa para producir pruebas, para tal efecto debe utilizar las reglas atinentes a su valoración (Sentencia C-1270 de 2000). Y es que la autoridad que juzga debe, en palabras de (Olarte & Quinayá, 2019, p. 4), sustentar y motivar sus decisiones tomando en consideración las pruebas regulares y debidamente allegadas al proceso, acatando la apreciación de la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (sistema de valoración), y exponiendo razonadamente el

mérito que le asigne a cada prueba, porque son estos los presupuestos que le permiten alcanzar adecuado grado de certeza.

- **Fase resolutive**

Presentación de informe motivado y traslado al investigado: Una vez se han practicado las pruebas, la Delegatura para la Protección de la Competencia, debe presentar al Superintendente de Industria y Comercio, un informe motivado. En este informe, el Delegado informará a su superior el resultado de la investigación y recomendará la imposición de la sanción o el archivo de la actuación³⁴. De conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, de este informe, se debe correr traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos, para que estos presenten sus observaciones.

Resolución: con base en el informe motivado que le haya sido presentado, y una vez haya escuchado la recomendación del Consejo Asesor³⁵, el Superintendente de Industria y Comercio, emitirá resolución mediante la cual decide sobre la investigación, esto es la imposición de una sanción administrativa o en su defecto archivarla. Se precisa que en

34(Superintendencia de Industria y Comercio,https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.pdf .)

³⁵ Decreto 4886 de 2011, Artículo 25: CONSEJO ASESOR. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. (...)

contra de esta resolución, sólo procede el recurso de reposición ante el mismo Superintendente de industria y Comercio.

En conclusión, con este recorrido del Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las funciones que han sido atribuidas al Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia, así como las que están adscritas al Superintendente de Industria y Comercio, es dable precisar que una sola institución tiene plenos poderes para conocer de todas las etapas del mencionado proceso; y es que desde el inicio de las actuaciones podrá adelantar actividades encaminadas a recopilar información para definir si existen razones suficientes para dar apertura a la investigación formal, posteriormente podrá establecer cuales son las pruebas que servirán de insumo para determinar que se consumaron prácticas que restrinjan la libre competencia, y en ese sentido las practicará y valorará.

En ese momento procesal, la Superintendencia de industria y Comercio como institución, se encuentra contaminada de un sesgo que ha creado con base a la cercanía a las pruebas, al expediente e inclusive a la idea que se han venido haciendo del investigado, en razón del comportamiento que este ha tenido dentro del proceso, téngase en cuenta que como lo mencionó Mendoza Bautista, J. S. y Gelvez Duran, J. M. (2022), citando a (De la Rosa & Sandoval Navarro 2016, p. 11) el juzgador puede emitir un *“juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción. Ahora, es el mismo Superintendente Delgado para la Protección de la Competencia, quien se encarga de presentar al*

Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado, en el que establece la recomendación de imponer o no una sanción. En suma medida tal informe, se convierte en un insumo para la emisión de un acto formal de confirmación de aquello que indicó el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Se han adelantado esfuerzos para minimizar este riesgo como la eliminación de algunas funciones en cabeza de la Delegatura para la Protección de la competencia, quien en antaño debía incluso presentar una propuesta de resolución a su jefe³⁶, sin embargo, el hecho de que una misma autoridad acuse, instruya y decida, sigue siendo violatorio del principio de imparcialidad dado el sesgo que se forma al estar expuesto a la actividad de investigación. Y es por lo anterior, que inclusive propuestas realizadas por doctrinantes³⁷ continúan siendo insuficientes para proteger el correcto ejercicio de este importante principio, puesto que lo que soluciona el problema no es crear más dependencias al interior de la

³⁶ Antes de la expedición del Decreto 092 del 2022, y en virtud del numeral 7 del Artículo 9 del Decreto 4886 del 2011, el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia debía elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio.

³⁷ El Doctor, Álvaro J, Rodríguez, 2022, plantea i) Crear una Dirección encargada de la instrucción de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal al interior de la Delegatura para la Protección de la competencia, cuyo Director sea independiente y designado por el Presidente, a través de un concurso público de méritos y vinculado a través del mecanismo de empleo de periodo fijo; ii) Asignarle al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia la función de decidir los asuntos relativos a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal, y que sea designado por el Presidente, a través de un concurso público de méritos y vinculado a través del mecanismo de empleo de periodo fijo; y iii) Asignarle al Superintendente de Industria y Comercio la función de resolver los recursos de apelación interpuestos contra la decisión del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Superintendencia de Industria y Comercio; la independencia institucional entre quien acusa y quien decide, tal y como lo abordaremos en la parte final de este estudio, se convierte en el camino idóneo para tal fin.

Aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en Chile

El Debido Proceso y el Principio de Imparcialidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno

El presente trabajo de investigación, parte de la idea de que en Colombia se debe proteger el principio de imparcialidad en el desarrollo de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en procura de la protección de la Libre Competencia en los mercados, en ese sentido, en la misma línea, analizaremos el principio de imparcialidad desde el derecho comparado – chileno- que por ser un método, en los términos de Mancera Cota, A. (2007), *“puede utilizarse para el desarrollo del derecho nacional e internacional por medio de la comparación”* (p. 213).

La comparación del principio de imparcialidad se abordará en el sistema jurídico del derecho romano – germánico, desarrollado del ius civile, respecto del cual Ramírez Santibáñez, A. M. E. (2010) ha considerado que *“el único modo de conocer el Derecho, es por medio del estudio de los textos legales”* (p. 13).

Por otro lado, ha sostenido Sirvent Gutiérrez, C. (2006) que *“el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”* (p. 1), bajo

esta línea su comparación guarda importancia en el marco de la presente investigación, por cuanto permitirá apreciar las diferencias, similitudes, defectos y aciertos sobre su aplicación entre el derecho colombiano y chileno.

En Chile, el Debido Proceso, ha sido reconocido constitucionalmente en la Constitución Política de 1980 a partir del término equivalente de "*racional y justo procedimiento*" (artículo 19 N° 3 inciso 5° C.Pol.) y no bajo la expresión taxativa del Debido Proceso. La presente disposición, que regula lo relativo al Debido Proceso, establece que "*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*", en relación con esta garantía constitucional Bordalí Salamanca, A. (2009) expuso que "*es ese, el Debido Proceso o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980*" (p 265 y 266).

De otro lado, si bien la constitución chilena reconoció ciertas garantías que forman parte del Debido Proceso, Bordalí Salamanca, A. (2009) ha sostenido que "*a esas garantías deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (artículo 5 C.Pol.). Entre esos derechos se encuentra el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, entre otros, según lo reconocen la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.) en su artículo 8 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP.) en su artículo 14*". (p. 266)

El Debido Proceso, al ser un derecho fundamental, tanto en el ordenamiento chileno como en Colombia, permite a las personas que tengan acceso a la justicia y ejerzan plenamente sus derechos. Respecto a este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional Chileno, en sentencia del 14 de junio de 2011, causa rol 1718-2010, ha señalado que:

El Debido Proceso, como siempre se ha entendido, exhibe tanto una faz adjetiva –referida a la racionalidad en el ordenamiento formal de las actuaciones- como una sustancial –atingente a la justicia de la decisión (...). Como ha señalado esta Magistratura, “el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: La publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (...)

Como complemento de lo expuesto, la Ley No.19.880 de 2003, mediante la cual se establecen las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado chileno, previó en los artículos 4 y siguientes los principios que rigen este tipo de procedimientos, entre otros el de la imparcialidad, así:

Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Atendiendo el concepto de imparcialidad, Cerda San Martín, R. (2009) ha recalcado las facetas objetiva y subjetiva de la imparcialidad en los siguientes términos:

c) La exigencia de un tribunal imparcial cubre dos facetas o aspectos.

Una faceta subjetiva, que se traduce en la condición de que el juez no tenga subjetivamente prejuicios personales o inclinaciones que lo guíen en la decisión del asunto. (...)

La imparcialidad objetiva, por su parte, surge de la confianza que deben inspirar los tribunales a las partes y a los ciudadanos en general en un Estado democrático. Por ello, el juez debe ofrecer garantías suficientes para que no haya dudas legítimas acerca de su condición de imparcial, debiendo determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos que pudieran suscitar dudas en ese sentido (p.172)

En esa misma línea, lo anterior guarda similitud con el concepto de imparcialidad desarrollado por la jurisprudencia colombiana, precisamente esta también ha realizado una útil distinción, de tal modo que en su aspecto subjetivo el juez no tenga vivencias o algún tipo de interés con el proceso que le tocará resolver, por el contrario, en su aspecto objetivo, que el juez sea un tercero ajeno del proceso, de tal forma que permita la toma de una decisión neutral, justa y sin existir de manera previa a su resolución, algún eventual contacto.

De conformidad con lo expuesto, surge el cuestionamiento de si a las personas en Chile se les respetan las garantías constitucionales que constituyen el derecho al Debido Proceso, entre estas el principio de imparcialidad. Sobre el particular, se destaca que el Estado chileno, en pro de asegurar un efectivo proceso legal - en sede de Libre Competencia, en noviembre de 2003, a través de la Ley 19.911 creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) para que conozca y juzgue los conflictos derivados de atentados en contra de la Libre Competencia.³⁸. Por consiguiente, a partir de esta nueva regulación se instauró un **sistema dual** compuesto por un órgano que juzga (el TDLC) y otro que acusa, la Fiscalía Nacional Económica (FNE), autoridades que se tratarán más adelante,

³⁸ Tomado de la página del TDLC de Chile: <https://centrocompetencia.com/tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia/>

protegiendo así el Debido Proceso y el principio de imparcialidad³⁹. Contrario a lo que sucede actualmente en Colombia, que como se ha expuesto existe una autoridad única que conoce de forma privativa los procedimientos administrativos sancionatorios en materia de Libre Competencia.

En palabras de Lizana, C. (2022), citando a (Christopher S. Yoo, Yong Huang, Thomas Fetzler y Shan Jiang (2021), sostuvo que la modificación:

recogió el debate generado en jurisdicciones comparadas, donde se ha señalado que aquellas agencias que combinan funciones de investigación y acusación con la de juzgamiento son “especialmente problemáticas, pues el gobierno [el Estado] sería, en efecto, el juez de su propio caso, afectando la imparcialidad e independencia del órgano que juzga. (p. 3).

En virtud de lo dicho, es menester precisar que para proteger la imparcialidad en el procedimiento administrativo sancionatorio bajo estudio, en Chile se fortaleció la independencia de la autoridad que investiga frente a la que acusa en pro de combatir la corrupción, fomentar la transparencia y la ética en los procesos que buscan sancionar las prácticas restrictivas de la Libre Competencia. Es así entonces que el principio de imparcialidad no ha sido un objetivo alcanzado desde el inicio, sino un proceso constante de vigilancia y mejora en la legislación chilena – 2003- para ser aplicable al procedimiento sancionador. En contrario a esto, en Colombia se tiene que una misma entidad -SIC- atiende las labores de investigación, acusación, instrucción y juzgamiento.

³⁹ Ibidem

No obstante, pese a las últimas reformas propuestas por otros tratadistas⁴⁰, a nuestro juicio se sigue violentando el principio de imparcialidad, pues la SIC continúa siendo el mismo órgano que instruye y falla; por este motivo se hace necesario subsanar dicha situación, para ello en el presente trabajo se planteará una nueva propuesta tendiente a lograr un procedimiento administrativo sancionatorio en materia de prácticas restrictivas de la Libre Competencia en Colombia, integrado por dos entidades con atribuciones claramente diferenciadas.

El Procedimiento Administrativo Sancionatorio en materia de Libre Competencia en Chile.

Generalidades

En este apartado revisaremos las normas y prácticas legales relacionadas con el procedimiento administrativo sancionatorio chileno, en materia de Libre Competencia, y a partir de allí analizaremos las similitudes y diferencias que existen con el colombiano, para posteriormente identificar los elementos del ordenamiento jurídico chileno que puedan ser de utilidad en Colombia.

Sea lo primero indicar, que en Chile los procedimientos administrativos sancionadores están regulados de manera general, pero con carácter supletorio, mediante la Ley 19.880 del 2003, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los órganos de la administración de ese Estado. No

⁴⁰ El Doctor, Álvaro J, Rodríguez, 2022, proyectó una propuesta que a su criterio tendría la vocación de mitigar el riesgo de incurrir en vulneración al principio de imparcialidad objetiva en materia de Libre Competencia económica, a través de la creación de una nueva dependencia al interior de la Delegatura para la Protección de la Competencia, sin embargo tratándose de una dependencia dentro de la misma Delagatura, en nuestro criterio no se mitiga dicho riesgo, razón por la cual nos apartamos de la propuesta realizada por el Dr. Rodríguez para estos efectos.

obstante, existen regulaciones particulares y propias de ámbitos diferenciados en los cuales se aplica eventualmente un procedimiento administrativo sancionador (Chamorro Galdames, 2014).

Y es que, hasta antes de la expedición de ese cuerpo normativo, en Chile sólo existían leyes especiales que consagraban la potestad sancionatoria del Estado, sin un procedimiento determinado para su aplicación, esto acompañado de un intenso debate en torno al Derecho Administrativo Sancionador chileno, pues por un lado y tal como ocurre en Colombia, este se erige como una herramienta en cabeza de la Administración para garantizar los objetivos del interés público y por otro como una mera potestad unilateral que busca el cuidado de los derechos individuales, en el entendido de que este es un régimen de garantías que limita el poder de castigo en cabeza de la Administración (Cordero Vega, 2019). Lo cierto es que en palabras de este doctrinante:

La jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa elaboraron criterios sustantivos y materiales para la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, el legislador fue también, progresivamente regulando dicha potestad, reconociendo la aplicación de un conjunto de criterios que toda potestad sancionatoria en manos de la Administración debe cumplir, pero probablemente sobre la base de un relato distinto. A diferencia de la jurisprudencia, el legislador desde hace un poco más de una década ha visto en la potestad sancionatoria de la Administración uno de los elementos adicionales para garantizar el cumplimiento de las regulaciones que tratan de promover el bien público. (...), por eso la construcción normativa de la ley persigue dicho propósito antes que el énfasis en la simple restricción de la potestad para garantizar un derecho individual.

Por otra parte, como ya se ha enunciado, el procedimiento general contenido en la Ley 19.880 del 2003, es supletivo en relación con aquello que no esté dispuesto en normas especiales. Para el caso de la defensa de la Libre Competencia, en el año 2003 se publicó la Ley 19.911, a través de la cual se introdujeron modificaciones al Decreto Ley N° 211 de 1973 que fijó normas para la defensa de

la Libre Competencia. Esta última, estableció las funciones a cargo del Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), disposición que a continuación se transcribe:

Artículo 2: Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la Libre Competencia en los mercados.

Por ser de interés para el presente estudio, abordaremos a estas dos instituciones y sus funciones al interior del Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, del Decreto Ley N° 211, de 1973,

el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente sujeto a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Su función general es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia.

Este tribunal está integrado por un presidente quien es designado por el Presidente de la República, por cuatro profesionales universitarios, 2 designados por el Consejo del Banco Central y dos por el Presidente de la República. Además, el Tribunal tiene dos suplentes escogidos por el Consejo del Banco Central y por el Presidente de la República. La elección de los integrantes del Tribunal se realiza mediante concursos que deben fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias, establecidas, respectivamente mediante un auto de la Corte Suprema y un acuerdo del Consejo

del Banco Central⁴¹. Las anotadas características del proceso de elección de un cuerpo colegiado, en cabeza de dos instituciones (Presidente de la República y Consejo del Banco Central) para sancionar las prácticas restrictivas de la competencia, se esgrimen como una señal de independencia de sus integrantes. De conformidad con el numeral primero los artículos 18 y 19 del Decreto Ley N° 211 de 1973, el Tribunal debe conocer y fallar sobre las situaciones que pudieran constituir infracción a esa norma, tal como sigue:

Artículo 18: El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

- 1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;(...)

Artículo 19°.- El conocimiento y fallo de las causas a que se refiere el número 1) del artículo anterior, se someterá al procedimiento regulado en los artículos siguientes.

La Fiscalía Nacional Económica

En virtud de lo establecido en el artículo 21 del Decreto Ley N° 211 de 1973, la Fiscalía Nacional Económica es una institución autónoma y especializada en materia de competencia en Chile. Es independiente de todo organismo o servicio y se encuentra sometida a la vigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Es importante manifestar que esta institución está a cargo del Fiscal Nacional Económico, que es un funcionario que como lo indica la norma en comento, es nombrado por el Presidente de la República, a través de un concurso de méritos y

⁴¹ (Decreto Ley No211, DE 1973, por medio del cual se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley No211, de 1973 (Chile)., Artículo 6)

el periodo para el ejercicio en el cargo es de cuatro años, renovable por una sola vez.

Entre las funciones de la FNE se encuentran la investigación de conductas anticompetitivas, la promoción de la competencia y la libre elección en el mercado, el fomento del desarrollo económico y la protección de los derechos de los consumidores.

La FNE cuenta con una serie de herramientas para cumplir con su labor, tales como la capacidad de solicitar información a empresas y otros organismos públicos y la realización de inspecciones.

Es importante resaltar la salvedad a la que se refiere el inciso primero del artículo 39, respecto de la independencia con la que actúa el FNE en relación con las autoridades y los tribunales ante los cuales actúe:

Artículo 39º.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.(...)

Este mismo artículo se precisa que la Fiscalía Nacional Económica, tendrá entre otras, las siguientes funciones:

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto. (...)

b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus

funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, con informe fundado a esta misma;

c) Requerir del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando;

(...)

j) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito o por cualquier medio que garantice la fidelidad de la declaración, ratificada al término de la misma por quien la prestó, a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Quienes injustificadamente no comparezcan a declarar, habiendo sido previamente citados en conformidad a esta letra, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de una unidad tributaria mensual a una unidad tributaria anual, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 39 ter, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42;(...)

Etapas del Procedimiento Administrativo Chileno en Materia de Protección de la Libre Competencia.

Según lo dispuesto en el artículo 20 y siguientes del Decreto Ley N° 211 de 1973, en Chile el procedimiento administrativo sancionatorio por infracción a las normas de competencia sigue las siguientes etapas:

Inicio del Procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional económico o por demanda de algún particular presentada ante el TDLC, la que debe ponerse en conocimiento de la Fiscalía, a efectos de que esta adelante las funciones que son de su cargo. Es en esta etapa la FNE, debe instruir las investigaciones, para comprobar las infracciones a las normas de protección de la Libre Competencia. En su papel de parte representando el interés general de la colectividad del orden económico, debe formular los cargos al investigado, así como ejercer funciones de acusación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, o en caso de considerar lo pertinente desestimar motivando su actuación.

Notificación del requerimiento o de la demanda. Del requerimiento o de la demanda, así como de la resolución de apertura, se entregará copia al investigado, con lo cual se surtirá la notificación personal, momento desde el cual el interesado podrá ejercer su derecho de defensa. Cabe aclarar que a decisión del Tribunal, las partes podrán conciliar, siempre que no atente contra la Libre Competencia.

Periodo probatorio. Serán practicadas por parte del Tribunal las pruebas que sean aptas para establecer los hechos debatidos que hayan sido aportadas por la FNE, por el investigado o inclusive decretadas de oficio por el TDLC. El Tribunal tiene el deber de valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Alegatos de conclusión. Una vez haya transcurrido el periodo probatorio, el Tribunal fijará fecha para la vista del expediente y escuchar los alegatos de las partes cuando así alguna de ellas lo solicite.

Sentencia. La sentencia definitiva que resuelva el asunto, debe estar debidamente fundada, y para ello el Tribunal motivará enunciando los hechos, fundamentos de derecho y las precisiones económicas, con base en los cuales toma la decisión respectiva, en caso de haber salvamento de voto lo dejara expreso en el documento.

A continuación, se presentará un comparativo entre los sistemas jurídicos colombiano y chileno que recopila los aspectos trascendentales que han sido

objeto de análisis en el presente capítulo, particularmente están relacionados con el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de protección a la Libre Competencia. En este podrá evidenciarse que en Colombia como en Chile los conceptos de Debido Proceso y Principio de Imparcialidad guardan gran similitud, situación que no ocurre con la autoridad que conoce del procedimiento y las etapas de este.

Comparación sistema jurídico Colombiano y Chileno en Materia de Libre Competencia				
Elemento general	Elemento particular	Colombia	Chile	Conclusión de la comparación
Procedimiento administrativo sancionatorio en materia de libre competencia	Debido proceso	Es un derecho fundamental, consagrado en la Constitución Política, aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.	Es un Derecho fundamental, consagrado en la Constitución Política, como una garantía a todas las personas.	En Colombia, la expresión "Debido Proceso" es expresa, mientras que en Chile, su denominación es Derecho a un proceso que se tramite en legal forma y que adicional a ello sea racional y justo. No obstante, en ambos sistemas jurídicos, refiere a la garantía que debe predicarse del sujeto pasivo, en el curso de los procesos judiciales y administrativos que se adelanten en su contra.
	Principio de imparcialidad	Es un elemento esencial del debido proceso, que debe garantizarse al interior del procedimiento administrativo sancionatorio, en virtud del cual, el funcionario que conozca de este, obre de forma neutral, tanto ante el sujeto pasivo, como ante la causa que atienda	Es un principio Constitucional, que procura que la administración obre con objetividad, y que para el efecto respete el principio de probidad, al momento de dar curso a las etapas del procedimiento, y en la etapa de emitir la respectiva decisión.	En ambos ordenamientos jurídicos, el Principio de imparcialidad, es de obligatoria observancia para todas las autoridades en el marco de un procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza y en tal virtud, estos deberán actuar sin tener ninguna clase de motivación subjetiva.
	Autoridad que conoce del procedimiento	La Superintendencia de Industria y Comercio, es la autoridad designada para conocer de forma privativa del PAS, en materia de protección a la libre competencia y en tal virtud, investiga, instruye, valora las pruebas y decide sobre la procedencia de imponer o no una sanción	Opera un Sistema Dual, conformado por dos entidades, por un lado la Fiscalía Nacional Económica, que se encarga de investigar y acusar; y por el otro el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que con base en la acusación, practica las pruebas y define la existencia de mérito para imponer o no una sanción.	Existen diferencias marcadas en cuanto a la autoridad que conoce de los procedimientos administrativos sancionatorios, pues, mientras que en Colombia, existe una autoridad única, encargada de dirigir todas sus etapas, en Chile se tienen dos entidades con funciones diferenciadas, mientras que una investiga y acusa, la otra practica las pruebas y juzga.
	Etapas del PAS	En Colombia existe un procedimiento netamente administrativo, como manifestación del Ius Puniendi estatal, que comprende unas actuaciones previas, continúa con una fase de instrucción y culmina con la fase de resolución. Todas estas dirigidas por la SIC.	En Chile existe un procedimiento administrativo sancionatorio, con un tinte jurisdiccional, que consta de etapas de investigación instrucción y acusación a cargo de la FNE quien funge en calidad de Parte dentro del procedimiento; y etapas de valoración de pruebas y emisión de sentencia a cargo del TDLC.	Las facultades del Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia, así como las que están en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio, se concentran en una sola institución que tiene plenos poderes para, conocer de todas las etapas del mencionado procedimiento, contrario a esto el sistema dual Chileno, supone una separación de las funciones en cabeza de ambas entidades, mientras que una participa activamente en la recolección de las pruebas y acusación, la otra se encarga de valorarlas y emitir sentencia.

Fuente: Elaboración propia

Como resultado de la comparación de los dos sistemas jurídicos (Colombia y Chile), particularmente el procedimiento administrativo sancionatorio y las funciones que a ese respecto han sido asignadas a las autoridades correspondientes en cada país, es evidente que en Colombia existen falencias respecto de la garantía al Principio de Imparcialidad, como quiera que las

facultades del Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia, así como las que están en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio, se concentran en una sola institución que tiene plenos poderes para conocer todas las etapas del mencionado procedimiento.

La falencia identificada en Colombia se encuentra ya superada en el ordenamiento jurídico chileno con la creación del TDLC y la asignación de funciones a la FNE, configurando así un sistema dual con funciones diferenciadas, dado que la segunda investiga y acusa mediante la presentación de requerimientos relacionados con actos contrarios a la Libre Competencia ante el TDLC, y este a su vez es el encargado de juzgar y sancionar, una vez ha practicado las pruebas al interior del procedimiento administrativo sancionatorio. De esta manera, existe una cercanía a la garantía efectiva del principio de imparcialidad sin el cual no podría hablarse de Debido Proceso.

Así las cosas, plantearemos la adopción de estos elementos en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Resultado del Método de Comparación

El método comparatista resulta ser una herramienta útil para conocer los sistemas jurídicos de otros países, y las formas en cómo estos son desarrollados en sus lugares de origen, para posteriormente identificar qué puede extraerse de estos para finalmente aplicarse en nuestro propio sistema jurídico.

Eso es lo que se ha realizado en este trabajo de investigación, precisando desde ya que el Sistema Jurídico chileno, en materia de Libre Competencia, fue escogido para servir de referencia a la hora de proponer modificaciones al colombiano; en consideración de las razones que a continuación se exponen, la primera está relacionada con que lo que es hoy América Latina, que recibió del colonizador europeo continental meridional su derecho, quienes a su vez lo habían recibido muchos años atrás por sus conquistadores y colonizadores de ascendencia romana. Así pues, tanto en Colombia como en Chile, existe una cultura jurídica romano-germánica que conserva intacta su estructura y extensión (Reyes Villamizar, 2014).

En virtud del origen del derecho colombiano y chileno y su aplicación actual, según vimos en esta investigación, ambos cuentan con un sistema jurídico tendiente a proteger la Libre Competencia en los mercados, y para tal efecto, se ha dispuesto de entidades relacionadas con el poder ejecutivo de estos países que se apalancan en procedimientos administrativos sancionatorios, que deben observar el Debido Proceso y en consecuencia al principio de imparcialidad, consideramos que estos dos sistemas jurídicos son comparables en sí mismos. Ahora bien, tras un estudio juicioso, encontramos que el Sistema Jurídico chileno guardaba consonancia con nuestro objeto de investigación, ya que está ajustado a la solución que desde un inicio nos planteamos desarrollar. Lo cierto es que este ha sido de gran utilidad para aterrizar nuestros planteamientos, apoyados en elementos jurídicos que vienen funcionando en ese país desde hace más de 20 años.

Tal como se pasa a exponer, varios tratadistas han reconocido el buen funcionamiento del sistema jurídico chileno, siendo esta la segunda razón por la que fue escogido para integrarse al desarrollo del presente trabajo de investigación.

El Procedimiento Administrativo Sancionador dual en Chile tiene una división de funciones que han sido asignadas a la FNE y al TDLC en la aplicación del Derecho de la Competencia, el primero encargado de acusar y el segundo de fallar los procedimientos administrativos sancionatorios en los que se resuelvan situaciones que impliquen atentados a la Libre Competencia, siendo esta la manera en que consideramos que se protege de manera idónea el principio de imparcialidad en favor del investigado.

Dada la estructura institucional vigente en Chile, introducida por la Ley 19.911 del año 2003, en palabras de González González, S. (2020), citando a (Witker J. 2006, P 17 y ss) la modificación:

atendido a la urgente necesidad de renovar la legislación antimonopolios tanto en su aspecto sustantivo como adjetivo. Especialmente el cambio en ésta última arista constituyó una de las mayores innovaciones en materia económica en la historia de Chile, debido a que marcó la transición desde el antiguo Sistema de las Comisiones, a un Sistema Judicial o al de una Judicialización de los conflictos monopólicos, estableciendo un plan de colaboración y fortalecimiento de las relaciones entre el órgano investigativo y el órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional. (p16)

En línea con lo anterior, el autor González González, S. (2020), respecto al diseño institucional de la Libre Competencia en Chile ha resaltado que:

a su vez el hecho de que en nuestro país sea un tribunal de justicia (tribunal sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excelentísima Corte Suprema) el que conoce de los atentados a la Libre Competencia en primera instancia (...) no sólo permite una mayor celeridad en los procesos sino que otorga garantías mucho mayores de un racional y justo procedimiento y de independencia e **imparcialidad**. (p. 30)

Derivado de este sistema jurídico dual expuesto, que vela por promover y defender la Libre Competencia en los mercados en Chile, el cual tuvo la capacidad de renovarse, mantiene sus pilares en instituciones sólidas para desarrollar las funciones que le han sido asignadas a cada autoridad. Al respecto, Reuters

Puntotex, T. (2011) sostiene que es dable:

concluir que, en términos generales, los estándares relativos a los límites y exigencias funcionales y procedimentales que se han ido estableciendo para el ejercicio de las facultades extrajurisdiccionales del TDLC, tanto por la propia jurisprudencia del organismo como por la doctrina, son suficientes para considerar acertada y exitosa la delegación que se hizo en un tribunal de facultades regulatorias en materias económicas (p. 65).

Respecto al sistema chileno de defensa de la Libre Competencia, Irrarrázabal

Philippi, F. (2017) destaca que este se ha ido consolidando en la medida que pasó a ser de:

un alto estándar técnico en las decisiones, que se refleja no sólo en la separación de funciones entre el TDLC y la FNE, sino también en la existencia de un tribunal especializado, del alto profesionalismo que ha alcanzado el staff de la agencia y las mayores atribuciones que se le han otorgado para cumplir su labor de promoción y defensa (p. 8).

En virtud de lo enunciado, naturalmente el TDLC permite legitimar su rol sobre la base del desinterés, desinterés que se estaría presentando tanto respecto de los intervinientes del proceso como del objeto procesal en discusión para una correcta sustanciación; es así como de esta forma, al momento de resolverse alguna situación por parte del TDLC, éste adopta su decisión sin presentar algún contacto

o posición tomada previamente frente a la controversia originada en la FNE, protegiendo no solo el Debido Proceso, sino el principio de imparcialidad.⁴²

Otra de las bondades que trae este proceso dual, es que introduce el tema de la segunda instancia, debido a que la Corte Suprema conoce los recursos que pueden surgir en contra de las sentencias definitivas y resoluciones de término que dicte el TDLC. Como señala Irarrázabal Philippi, F. (2017), la Corte Suprema *“opera como otro contrapeso, logrando posicionar a la joven rama de la Libre Competencia en el contexto jurídico nacional.”* (p. 4).

Por otro lado, referimos que previo a la reforma del Decreto Ley N° 211 de 1973, sostiene Bernedo, P. (2013) que:

había una cierta confusión en los ámbitos de trabajo y de atribuciones de las comisiones y del fiscal, donde este último debía acusar (prosecutor) y, al mismo tiempo, debía entregar todo el apoyo necesario a las comisiones para juzgar, y sentarse en la misma mesa que los juzgadores. Por ello, prefirió delegar la facultad que tenía para alegar ante la Comisión Resolutiva en otros abogados de la Fiscalía (p. 162).

Así entonces, surgió la gran oportunidad para mejorar el sistema chileno y adoptar la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, reforma que se solemnizó por medio de la Ley 19.911 de 2003, permitiendo erradicar problemáticas al no tener ya una entidad que combinara funciones de investigación y acusación, y salvaguardando la imparcialidad e independencia de la autoridad encargada de juzgar. Problemática que hoy persiste en el sistema

⁴² En este caso, es como en Chile se garantiza el principio de imparcialidad de que trata el artículo 11 de la Ley No.19.880 de 2003. Principio que, a partir de la presente investigación, en jurisdicción colombiana se propende por proteger.

jurídico colombiano, ya que contrario a lo manifestado, la SIC ejerce funciones de investigación y juzgamiento.

En tanto el Ministro de Economía, Jorge Rodríguez Grossi, *“aseguró que ahora Chile cuenta con un buen sistema de defensa de la Libre Competencia, con instituciones fuertes para aplicar la normativa de la manera lo más técnica posible”* (Bernedo, P.2013, p 166 y 167). Es así, que esta división de funciones permite una mayor eficiencia en la aplicación del Derecho de la Competencia, ya que cada institución cuenta con los recursos y conocimientos necesarios para cumplir con su función específica y además respeta el cumplimiento del principio de imparcialidad.

A partir del estudio realizado y los pronunciamientos enunciados, destacamos que el procedimiento administrativo sancionador vigente en Chile compuesto por dos entidades: (i) la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y (ii) el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), han resultado un modelo idóneo, no sólo porque se ha encargado de defender la Libre Competencia en los mercados, proteger los derechos de los consumidores, sino proteger el Debido Proceso y el Principio de Imparcialidad.

Es así que este proceso administrativo dual ha resultado ser una herramienta efectiva para proteger el principio de imparcialidad en Chile, por lo que proponemos traerlo al sistema jurídico colombiano creando organismos reguladores independientes para lograr salvaguardar el principio de imparcialidad e incrementar la confianza de los ciudadanos en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia.

Por lo anterior, en el presente trabajo, propondremos que nuestro sistema jurídico colombiano contemple un procedimiento administrativo sancionatorio dual a partir de la creación de una institución adicional, contribuyendo así en el fortalecimiento del proceso vigente en materia de competencia y garantizando la protección del principio de imparcialidad al investigado.

Propuesta de Diseño Institucional para Proteger el Principio de Imparcialidad en Materia de la Libre Competencia

El objetivo de este apartado será revisar si el objeto de comparación puede importarse al sistema jurídico colombiano en materia de protección a la Libre Competencia, para posteriormente proponer la forma en cómo se implementarían esos elementos en Colombia.

Como quedó expuesto líneas atrás, resulta ser una medida idónea para proteger el Principio de Imparcialidad dentro de las investigaciones administrativas sancionatorias, el sistema dual que opera en Chile, esto es la asignación de funciones diferenciadas a la Fiscalía Nacional Económica que investiga y acusa mediante la presentación de requerimientos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, órgano que a su vez practica las pruebas y define sobre la existencia del mérito suficiente para imponer una sanción a quien haya transgredido las normas sobre la Libre Competencia.

Así las cosas, en este apartado se propondrá su implementación en Colombia, revisando a lo sumo dos aspectos clave, para tal efecto, en un primer lugar, el

diseño institucional y las funciones que deberían tener los órganos en materia de protección a la Libre Competencia, y en segundo lugar, hablaremos del procedimiento administrativo sancionatorio en esta materia y los cambios que este debería tener.

Instituciones en Materia de Protección de la Libre Competencia en Colombia (Propuesta)

Sea lo primero indicar que en Chile el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los términos del artículo 7 de la Ley 19.911 del 2003, es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. No obstante, esto no quiere decir que estén supeditados al poder judicial, pues en los términos de Cordella, 2014, los tribunales especiales en Chile han sido creados para la revisión de actos administrativos de carácter sectorial y se encuentran fuera del poder judicial. Así pues, al hablar del TDLC, nos referimos a un organismo independiente que no depende de un poder público específico⁴³. No obstante, no debe perderse de vista que el poder ejecutivo tiene incidencia en el nombramiento de los integrantes del tribunal, de conformidad con la norma en comento.

Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica, según quedó establecido en el artículo 21 del Decreto Ley N° 211 de 1973, es independiente a todo organismo o

⁴³ De conformidad con el Artículo 113 de la Constitución Política Colombiana y Artículos 24, 54 y 76 de la Constitución Política Chilena en estos países son tres los poderes, a saber el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

servicio y se relacionará con el Supremo Gobierno a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de Chile.

Lo anterior nos permite concluir que pese a la independencia que se pregona de estas entidades, ambas tienen incidencia del ejecutivo, en el TDLC se evidencia en el nombramiento de sus integrantes y en la FNE por su relacionamiento con ese poder a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

De esta manera, se tiene al poder ejecutivo como respuesta al primer interrogante a resolver dentro del diseño institucional, esto es la ubicación de los dos organismos que bajo la propuesta presentada en el presente trabajo de investigación, deberían proteger la Libre Competencia del mercado en Colombia. De suyo, si hablamos del ejercicio del *Ius Puniendi* estatal, resulta lógico que los organismos que intervengan en el procedimiento tendiente a ejercerlo dependan de esta rama del poder público, particularmente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia.

Es importante indicar que en los términos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en Colombia, *“el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es un organismo del sector central de la administración pública nacional, pertenece a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, en el sector central”*. En consideración a su objeto orientado al *“desarrollo económico y social del país, en materia de competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria”*, resulta idóneo que entidades adscritas a este ejecuten las actividades encaminadas a proteger la Libre Competencia en el mercado colombiano.

Así las cosas, la propuesta que se tiene como resultado de la presente investigación, se centra en crear dentro del diseño institucional colombiano un organismo denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ente imparcial que debe resolver los asuntos sometidos a su consideración, particularmente, practicar las pruebas y fallar las investigaciones sobre prácticas restrictivas a la competencia, mientras que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará siendo la encargada de realizar las investigaciones, recopilar las pruebas, acusar y actuar como parte dentro del procedimiento representando el interés general de la colectividad en el orden económico⁴⁴. En consecuencia, se le retiran a esta entidad las funciones relacionadas con la valoración de las pruebas y la emisión de la resolución contentiva del fallo respectivo.

Del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Bajo las consideraciones expuestas, se propone que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sea una entidad independiente e imparcial adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que haga parte del sector descentralizado por servicios, de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, en los términos del artículo 4 del Decreto 210 de 2003. Cuya función será la de dar aplicación a las normas de protección a la Libre Competencia, y para esto, deberá conocer a solicitud del Despacho del Superintendente de

⁴⁴ Se han tomado algunas de las expresiones contenidas en las normas chilenas (Ley 19.911 del 2003 y Decreto Ley N° 211 de 1973), para complementar la propuesta de modificación al sistema que en esta materia existe en Colombia.

Industria y Comercio del procedimiento administrativo sancionatorio que se adelante en esta materia, ante la ocurrencia de situaciones que pudieren constituir infracciones a tales normas, en ese sentido deberá practicar las pruebas que se integren al expediente y con base en la valoración de estas, determinar si existen o no méritos suficientes para imponer una sanción al investigado.

Integración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El artículo 25 del Decreto 4886 del 2011, introdujo en Colombia la figura del Consejo Asesor, órgano auxiliar de carácter consultivo, cuyas opiniones no obligan al Superintendente de Industria y Comercio. Su función principal es la de asesorar a este funcionario, cuando este lo convoque y consulte en ejercicio de sus funciones y particularmente para la imposición de multas relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, ya abordadas en este trabajo. La forma de convocar, la no obligatoriedad de sus recomendaciones al momento de tomar una decisión, suponen que su función es meramente consultiva y poco aporta a proteger de forma idónea el principio de imparcialidad del investigado. No obstante lo anterior, los avances en la organización de este Consejo Asesor, podrían servir de base para la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para tal efecto se propone que el primero se suprima y que los recursos presupuestales, administrativos y demás sean dirigidos todos al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de esta manera podrían mitigarse impactos de carácter presupuestal y administrativo, dándole mayor viabilidad a la propuesta contenida en el presente trabajo de investigación.

Así las cosas, el Tribunal tendrá el mismo número de consejeros que actualmente existe en el Consejo Asesor, esto es, 5 expertos en materias jurídicas y económicas de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República, de una terna que sea presentada por el Ministro de Comercio Industria y Turismo, así:

a) Un abogado, que presidirá el Tribunal, y que será designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes obtenidos por el concurso de

méritos a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Estas personas, deben tener una destacada actividad profesional y académica especializada en materias de Libre Competencia o en Derecho Comercial o Económico y deben acreditar a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de Libre Competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos profesionales con postgrados en ciencias económicas. Estos serán designados por el Presidente de la República de una nómina de doce postulantes (3 por cada cargo), obtenidos por el concurso de méritos a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Estas personas, deben tener una destacada actividad profesional y académica especializada en materias de Libre Competencia o en Derecho Comercial o Económico y deben acreditar por lo menos 10 años de ejercicio profesional.

El Tribunal tendrá cuatro suplentes, dos de los cuales deberán ser abogados y dos profesionales con postgrados en ciencias económicas, que serán elegidos por el Presidente de la República de las ternas que le hayan sido presentadas para la elección de los principales.

Funciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en

Colombia. Se propone que las funciones relacionadas con la decisión de las investigaciones que se adelanten por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, y que actualmente están en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio, en virtud de los numerales 7, 8, 9, 11, 12 y 19 del artículo 3 del Decreto 4886 del 2011, modificado por el Decreto 092 del 2022⁴⁵, sean adscritas al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. De esta forma, las funciones de valorar las pruebas y emitir la resolución a través de la cual se decide sobre la existencia de mérito para sancionar, estarían en cabeza de esta nueva entidad.

⁴⁵ 7. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

9. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar o notificar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)

19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

(...)"

De la Superintendencia de Industria y Comercio en Materia de Libre Competencia en Colombia

No podría desconocerse en forma alguna, el esfuerzo y trabajo que ha venido desarrollando la Superintendencia de Industria y Comercio en las investigaciones administrativas que se adelantan por prácticas restrictivas de la competencia, pues se reitera, el enfoque del presente asunto, es la protección del principio de imparcialidad que debe asegurarse al investigado, dado el sesgo que puede generarse por el conocimiento privativo de una sola entidad, de todas las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio. Así pues, la propuesta contempla que en cabeza del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Libre Competencia continúen las funciones relacionadas con el inicio e instrucción de las investigaciones por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia y por actos de competencia desleal (estos últimos, sólo si pueden tener efectos extensivos al mercado).

De esta manera se propone modificar los siguientes numerales del artículo 9 del Decreto 4886 del 2011, modificado por el Decreto 092 del 2022, dejando expresas las funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, así:

El numeral 4 quedaría así: Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la Libre Competencia, así como instruir las investigaciones que con ese propósito se inicien.

El numeral 5 quedaría así: Presentar al Superintendente de Industria y Comercio, una vez culminada la averiguación preliminar e instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia o competencia desleal.

El numeral 6 quedaría así: Una vez el Superintendente de Industria y Comercio, emita resolución que avale la investigación adelantada y la recomendación que en ese sentido haya emitido el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, este debe emitir resolución de acusación que hará las veces de escrito de acusación; mismo que se presentará ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El Superintendente Delgado para la Protección de la Competencia, representará al Superintendente de Industria y Comercio, cuando este así lo defina, en su calidad de parte y representando el interés general de la colectividad en el orden económico, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

Se agrega el numeral 19, que quedaría del siguiente tenor: Requerir del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que decrete medidas cautelares, ordene la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal; y que decida sobre la terminación del procedimiento administrativo sancionatorio en estas materias, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes para suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.

Por su parte y una vez retiradas las facultades que correspondan al Superintendente de Industria y Comercio, y que en virtud de lo manifestado se

adscriban al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se propone modificar los siguientes numerales del artículo 3 del Decreto 4886 del 2011, modificado por el Decreto 092 del 2022:

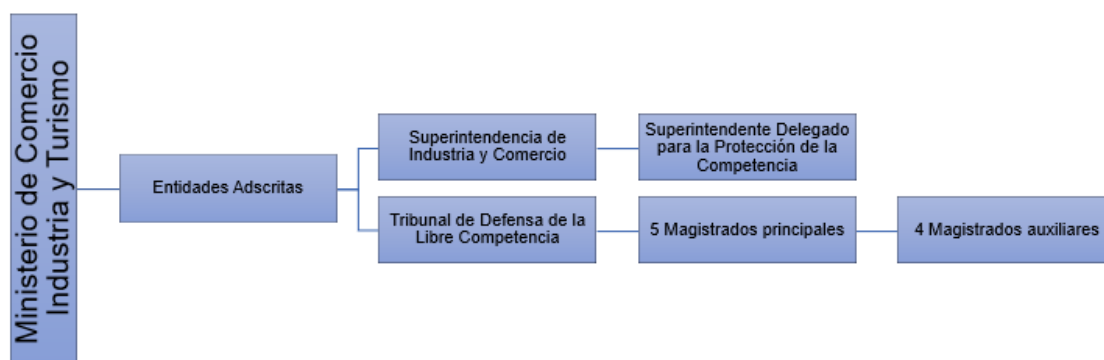
El numeral 6, quedaría así: Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

El numeral 7 quedaría así: Decidir a través de resolución sobre la existencia de mérito para acusar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a un investigado, por prácticas restrictivas de Libre Competencia, con base en el informe motivado que en ese sentido presente el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

El numeral 8 quedaría así: Actuar como parte en el procedimiento administrativo sancionatorio que se adelante ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad. El Superintendente de Industria y Comercio, podrá delegar esta facultad al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

Con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendría a su cargo las actividades de investigación y recolección de elementos probatorios necesarios para determinar sobre el mérito suficiente para acusar, al posible infractor, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien se encargaría de valorar las

pruebas y emitir resolución, a través de la cual resuelva sobre la investigación; de esta forma y en los términos del artículo 4 del Decreto 210 del 2003, modificado por el Decreto 2700 de 2008 el Sector Administrativo, de Comercio, Industria y Turismo, en lo relacionado con la protección de la Libre Competencia estaría integrado por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo y dos entidades adscritas, tal y como se presenta en la siguiente gráfica.



Fuente: elaboración propia

Procedimiento Administrativo Sancionatorio en Materia de Protección de la Libre Competencia en Colombia (propuesta)

En consideración de la intervención de una nueva autoridad y la propuesta de asignación de funciones, esbozada en precedencia, resulta necesario realizar algunas modificaciones al procedimiento administrativo sancionatorio por violación a las normas que protegen la Libre Competencia en los mercados de Colombia.

En este apartado, tomaremos como base la estructura planteada en el capítulo anterior y que está regulada por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto 019 del 2012, para de esta manera precisar las modificaciones que en cada etapa se requieren, así:

- **Fase de Actuaciones previas (Averiguación preliminar e Investigación):** Cuyo objetivo será el de recopilar los elementos de prueba para determinar si existen méritos para acusar. El supuesto infractor podrá también procurar desvirtuar, en esta etapa, el mérito para que se le acuse formalmente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Conocimiento de la posible infracción: La Delegatura para la Protección de la Competencia, tramitará la primera etapa del procedimiento, que inicia de oficio o como resultado de una denuncia o queja presentada por un tercero. En este primer momento la autoridad debe identificar la procedibilidad de la averiguación preliminar en consideración de la existencia de una posible infracción a las normas de la competencia.

Averiguación preliminar: Surtido lo anterior la Delegatura para la Protección de la Competencia adelantará averiguaciones preliminares y para tal efecto, puede utilizar sus facultades para realizar inspecciones y solicitar información a las empresas involucradas, así como a terceros. Con base en esa información recolectada determina si existe o no mérito para dar inicio a una investigación formal.

Notificación personal al investigado sobre el inicio de la investigación: Una vez se ha definido que existen méritos para iniciar una investigación formal, la Delegatura para la Protección de la Competencia dicta resolución a través de la cual ordena la apertura de

la investigación, formula pliego de cargos contra el sujeto que haya cometido conductas anticompetitivas y lo notifica personalmente a efectos de que ejerza su derecho de defensa.

Pronunciamiento y aporte de pruebas por parte del Investigado: El investigado podrá pronunciarse sobre el pliego de cargos y si lo estima conveniente, solicitar o aportar las pruebas que pretendan desvirtuar el mérito para acusarlo ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Informe motivado y resolución que decide sobre la investigación:

Con base en la evidencia recolectada, el Delegado para la Protección de la Competencia, elaborará informe motivado, que presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el cual recomendará o no, presentar acusación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Después de analizado el informe, así como el expediente del caso, el Superintendente de Industria y Comercio emitirá resolución en la cual decide sobre la procedencia de la acusación e indicará también si designa al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, para que lo represente ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En caso de decidir que existe mérito para acusar, se enviará la resolución de acusación, que hará las veces de escrito de acusación, en compañía el expediente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- **Fase de valoración de las pruebas**

Notificación de la resolución de acusación y de apertura: Una vez el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, reciba copia de la resolución de acusación, así como del expediente, emitirá resolución de apertura. Estos documentos serán notificados personalmente al acusado, para que si a bien lo tiene ejerza su derecho de defensa y aporte formalmente las pruebas que pretenda hacer valer.

Periodo probatorio: Serán practicadas por parte del Tribunal las pruebas que sean aptas para establecer los hechos debatidos que hayan sido aportadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el investigado o inclusive decretadas de oficio por el TDLC. El Tribunal tiene el deber de valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

- **Fase resolutive**

Alegatos de conclusión: Vencido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará y ordenará fijar fecha y hora para oír alegatos de las partes.

Resolución: Una vez oídos los alegatos, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, emitirá resolución, mediante la cual decide sobre la investigación, esto es la imposición de una sanción administrativa o el archivo de la actuación. En este pronunciamiento el Tribunal deberá motivar su decisión indicando los hechos y los fundamentos de derecho

que haya tenido en cuenta y se precisará los salvamentos de voto si los hubiere.

Se propone de igual forma que en contra de esta resolución proceda el recurso de reposición ante el mismo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y apelación ante el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 del CPACA.

CONCLUSIONES

La presente investigación empleó el diseño cualitativo de la investigación - acción, y los marcos referenciales descriptivo, crítico y prescriptivo, pues buscamos comprender la problemática, asociada al desconocimiento del Principio de Imparcialidad en desarrollo de las investigaciones administrativas sancionatorias que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, por violación a la Libre Competencia en Colombia, a partir de allí y con apoyo del método comparatista, proponer mecanismos que ayuden a proteger el mencionado principio.

De esta manera se concluye que este trabajo ha logrado cumplir con su objetivo principal, que era analizar el fenómeno de la protección a los derechos de la Libre Competencia desde una perspectiva garantista al Principio de Imparcialidad dentro de las investigaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio. A lo largo de este trabajo de investigación, se ha profundizado en el estudio y análisis de diferentes aspectos relacionados con la imparcialidad dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia en Colombia, lo que ha permitido obtener una visión más amplia y detallada de este tema.

En una primera parte se han examinado los conceptos asociados a la economía, particularmente los elementos que constituyen la microeconomía, de un lado la demanda en cabeza de los consumidores, y por otro la oferta en cabeza de los

agentes del mercado. Se revisaron las prácticas restrictivas de la Libre Competencia y la relevancia del Derecho de la Competencia, pues este protege la capacidad adquisitiva de los consumidores y la distribución equitativa del dinero en favor de los competidores, lo que en su conjunto constituye el interés general del mercado colombiano.

Se precisó también que el Estado se encuentra facultado para inspeccionar, vigilar y controlar la actividad que desarrollen los actores de la sociedad. Lo anterior supone que la administración puede exigir de estos la obediencia sobre determinadas disposiciones que hubieran sido establecidas con el ánimo de preservar el interés público; así mismo y en eventos de incumplimiento, puede disponer del *ius puniendi* estatal para imponer sanciones administrativas en contra de quien adelante acciones u omisiones de carácter antijurídico. De allí, el origen del procedimiento administrativo sancionatorio, como hoy lo conocemos.

Es así que podemos concluir que el Derecho de la Competencia guarda especial relevancia, pues promueve la protección al consumidor, el estímulo a la innovación, el fomento al crecimiento económico y previene la concentración de poder en uno o en pocos competidores.

De otro lado, se realizó la comparación de los sistemas jurídicos colombiano y chileno, analizando en profundidad el Debido Proceso, el Principio de Imparcialidad, las facultades de las autoridades encargadas de adelantar el

Procedimiento Administrativo Sancionatorio por infracción a las normas de Libre Competencia y las etapas de este; con lo que fue posible concluir que con el conocimiento privativo del procedimiento que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio y su conocimiento de todas las etapas, se puede presentar un sesgo que afecte la imparcialidad de esta autoridad a la hora de imponer o no una sanción.

Como vimos, actualmente la Superintendencia de Industria y Comercio, conoce de todas las etapas del PAS, pues en un primer momento, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, se encarga de identificar y conocer de las infracciones a la libre competencia en los mercados, y en ese sentido cuenta con facultades para adelantar averiguaciones previas y con base en estas decidir si existe mérito suficiente para iniciar la investigaciones administrativas. En esta etapa el Superintendente Delgado para la protección de la Competencia, practica las pruebas que este mismo ha recolectado en sus visitas, requerimientos y demás al investigado, así como las que este aporte. En igual sentido valora la actuación que el investigado tenga al interior del procedimiento, tan es así que su comportamiento puede constituirse en una causal de atenuación o agravación de la sanción.

Como se precisó en el desarrollo del trabajo, los funcionarios que adelantan estas investigaciones, pueden emitir un juicio creado desde su percepción al recordar los eventos asociados a la investigación y a la cercanía con el investigado, esto es

el contacto anterior del juzgador con el caso puesto a su consideración; así como cuando predice lo que va a suceder, al momento de estructurar el caso y su acusación, pues define un sentido del fallo y se enfoca en defender su posición. Esto último se convierte en una atadura, que compromete su recto entendimiento desde lo fáctico y lo jurídico. Y es que, el lector podrá preguntarse a sí mismo: si en un asunto, cualquiera que sea ¿se fallaría en su propia contra?

Su respuesta, muy seguramente negativa, podría ser similar a lo que le pasa al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y a su jefe, el Superintendente de Industria y Comercio quien recibe por parte de aquel un informe motivado que en últimas resulta ser la proyección de la resolución que sanciona, por lo que en nuestro concepto ambos podrían actuar en bloque como una sola entidad violando el Principio de Imparcialidad.

Vale la pena puntualizar que, pese a que el Superintendente Delgado para la Protección de la Competencia, no es quien falla, lo cierto es que la norma lo faculta para entregar al Superintendente de Industria y Comercio, en calidad de superior jerárquico y en tal sentido su jefe, un informe motivado, con base en el cual este último falla. Claro es que el informe motivado que sirve de insumo al Superintendente de Industria y Comercio, contiene los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que a juicio de su subordinado, deben ser tenidos en cuenta a la hora de fallar. El ejercicio hermenéutico, de la norma y del transcurrir del PAS en la materia abordada, nos ha llevado a concluir que el Principio de Imparcialidad

podría verse vulnerado, en contra del investigado y en consecuencia su derecho al Debido Proceso.

Como se abordó en precedencia, el Debido Proceso no se configura por sí solo con el respeto a un conjunto de reglas, sino que conlleva además que a través del ejercicio de la autoridad respectiva, se asegure un proceso justo en donde se respete el derecho al debido proceso y en ese sentido, el Principio de Imparcialidad, puesto que el ejercicio del *Ius Puniendi* estatal no puede implicar violación alguna del derecho al Debido Proceso del investigado.

Bajo las anteriores consideraciones, en el desarrollo de esta tesis se ha puesto en evidencia que la autoridad involucrada en la aplicación de la ley, enfrenta un desafío asociado al sesgo que se puede presentar al momento de conocer de las investigaciones administrativas sancionatorias en materia de Libre Competencia y que su tratamiento adecuado es fundamental para garantizar los derechos de los competidores del mercado implicados en tales procedimientos.

A partir de la falencia identificada, y apalancados en lo que viene sucediendo en esta materia en el sistema jurídico chileno, se identificaron similitudes y diferencias con el nuestro, por lo que se planteó una propuesta que se centró en crear dentro del diseño institucional colombiano, un organismo denominado Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, ente imparcial que debe resolver los asuntos sometidos a su consideración, particularmente practicar las pruebas y fallar las

investigaciones sobre prácticas restrictivas de la libre competencia, mientras que la Superintendencia de Industria y Comercio continuaría siendo la encargada de realizar las investigaciones, recopilar las pruebas, acusar y actuar como parte dentro del procedimiento representando el interés general de la colectividad en el orden económico. Así pues, se le retiran a esta entidad las funciones relacionadas con la valoración de las pruebas y la emisión de la resolución contentiva del fallo respectivo.

Esta propuesta se erige como un mecanismo que ayudará a proteger el Principio de Imparcialidad, en favor del investigado al interior del Procedimiento Administrativo Sancionatorio, por prácticas restrictivas de la competencia, pues separar las actividades de investigación y sanción, en entidades distintas, independientes, sin relación jerárquica o de dependencia laboral, minimizará en importante medida las posibilidades de que una misma institución permeada por la cercanía a las pruebas y al investigado, falle en condiciones de parcialidad.

Bajo las anteriores consideraciones, este trabajo de investigación ha aportado a la generación de nuevas ideas, apalancadas en el proceso comparativo de los sistemas jurídicos colombiano y chileno, constituyéndose en un mecanismo idóneo para reformar nuestro diseño institucional en materia de autoridades y etapas del PAS, que en últimas permita proteger el Principio de Imparcialidad en favor del investigado. Se espera que los resultados obtenidos en esta investigación sirvan de insumo al Gobierno Nacional para iniciar las acciones correctivas encaminadas

a proteger el Debido Proceso y el mencionado Principio de Imparcialidad al interior del PAS.

Referencias Bibliográficas

- Agudelo Ramírez, M. (2005). El debido Proceso, 89 y 92.
- Alarcón Peña, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas, 114 - 116.
- Alfaro águila-Real, J. (2006). El abuso de la posición de dominio.
- Álvarez Londoño L.F. (2008). Últimas tendencias en derecho de la competencia en América Latina, 256.
- Bernedo, P. (2013). 162, 166 y 167.
- Bordalí Salamanca, A. (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno, 265 y 266.
- Bustos Romero, M. F. (2015). El abuso de Posición de Dominio en el régimen jurídico español. Revista CES Derecho, 6(1), 111–122.
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000100009&lng=en&nrm=iso&tlng=es
- Cárdenas Mejía, J. P. (1999). “Justicia contractual”, en Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín . Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario, 322.
- Cardozo Roa, C. C. (2019). EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS QUE PROTEGE. Universidad Católica de Colombia.
- Cerda San Martín, R. (2009). Reconocimiento jurisprudencial de la imparcialidad del tribunal como indispensable componente del debido proceso penal, 172.
- Chamorro Galdames, J. A. (2014). EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- Coloma, G. (2003). Defensa de la competencia.
- Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Coltavira S.A. Sentencia del 9 de octubre de 2003; Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Marco Antonio Velilla, Sucesores de José de Jesús Restrepo & Cia. S.A. – Casa Luker y otros, 19 de noviembre de 2009; Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, 16 de julio de 2015.
- Constitución Política de Colombia [Const]. (1991).
- Cordella, E. C. (2014). Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. Revista de Derecho, 27(1), 151–167. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502014000100007>
- Cordero Vega, L. (2019). EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LOS SECTORES DE REFERENCIA EN EL SISTEMA INSTITUCIONAL CHILENO.
- Decreto 1653 de 1960 “Por el cual se crea la Superintendencia de Regulación Económica y se fijan sus funciones,” (1960).

- Decreto 2613 de 2022, por el cual se fija el salario mínimo mensual legal, (December 28, 2022).
- Decreto 2974 de 1968 “Por el cual se reorganiza el Ministerio de Fomento y se dictan otras disposiciones.” (1968).
- Decreto 3236 de 1962 “Por medio del cual se reglamentan las disposiciones antimonopolistas consagradas por la Ley 155 de 1959.” (1962).
- Decreto 3307 de 1963 “Por el cual se toman medidas sobre monopolios y precios,” (1963).
- Decreto 4886 de 2011 “Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.” (2010).
- Decreto Ley N°211, DE 1973, por medio del cual se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N°211, de 1973 (Chile).
- Decreto Nacional 019 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública., (2012).
- González González, S. (2020). Una mirada al diseño institucional de la libre competencia en Chile: ¿Ha sido eficiente el diseño Institucional el Tribunal de defensa de la Libre Competencia y de la Fiscalía nacional Económica en la protección de la libre competencia en Chile?, 16 y 30.
- Irrazábal Philippi, F. (2017). El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia, 8.
- Irrazábal Philippi, F. (2017). Cuenta Pública de la Fiscalía Nacional Económica, del período 2015 – 2016, 4.
- Keat, P. G., & Young, P. K. Y. (2004). Economía De Empresa (S. A. de C. V. Pearson Educación de México, Ed.; 4th ed.). Pearson Educación de México, S.A. de C.V. www.pearsoneducacion.net
- Laverde Álvarez, J. M. (2016). Manual de procedimiento administrativo sancionatorio (1st ed.). Legis Editores S.A.
- Ley 155 de 1959 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas,” (1959).
- Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, (2009).
- Lizana, C. (2022). Investigaciones de la fiscalía nacional económica y debido proceso, 3.
- Mancera Cota, A. (2007). Consideraciones durante el proceso comparativo, 213.
- McConnell, C. R., & Brue Satanley L. (2008). Economics: Principles, Problems, and Políticas (17th ed.). McGraw-Hill Education. www.mhhe.com
- Miranda Londoño, A. (1998). Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados. Revista Universidad Externado. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/1699/1526>
- Miranda Londoño, A. (2011). Origen y evolución del Derecho de la Competencia en Colombia: La Ley 155 de 1959 y su legado. Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), 6.

- Miranda Londoño, A. (2017). La Regla de la razón y la Regla Per se en el Derecho Colombiano. *Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, 57(1), 310–4715.
- Mendoza Bautista, J. S. y Gelvez Duran, J. M. (2022). Análisis de la vulneración a la tutela judicial efectiva por la influencia de criterios externos –sesgos Cognitivos- en la decisión judicial, 1 y 12.
- Olarte, F. J. R., & Quinayá, L. F. R. (2019). Estudio interdisciplinario sobre los Sistemas de Valoración y Estándares Probatorios en el derecho procesal colombiano. *DIXI*, 21(30), 1–49. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2019.02.01>
- Ortiz Baquero, I. S., & Solano Osorio, D. A. (2022). *Estudios de Derecho de la Competencia* (Ingrid Soraya Ortiz Baquero, Ed.; 1st ed.). Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/75e514b5-49b9-4a4c-a56b-ee0469d03424/content>
- Ossa Bocanegra, C. E. (2014). *Fundamentos de la aplicación pública del Derecho de la Competencia en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Páez, A. (2021). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales, 3.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2006). Implicaciones Epistemológicas de la actividad jurisdiccional (Una búsqueda racional en la aplicación del derecho) (CD), 15.
- Ramírez Santibañez, A. M. E. (2010). La enseñanza del derecho en el sistema romano germánico y en el common law, 13.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*, 20.
- Reuters Puntotex, T. (2011). La libre competencia en el Chile del Bicentenario, 65.
- Reyes Villamizar, F. (2014). *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (n.d.). Preguntas frecuentes Régimen de Protección de la Competencia https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.pdf. https://www.sic.gov.co/Sites/Default/Files/Files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.Pdf. Retrieved March 8, 2023, from https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Preguntas_frecuentes_Regimen_de_Proteccion_de_la_Competencia.pdf
- Sentencia C-172/14, (2014).
- Sentencia C-506 de 2002, (2002).
- Sentencia C-1270 de 2000, (2000).
- Sentencia C-034/14, (2014).
- Sentencia CIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, del 6 de febrero de 2001 (2001), 47.
- Sirvent Gutiérrez, C. (2006). *Sistemas jurídicos Contemporáneos*, 1.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2022). DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y

- COMERCIO. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/Descripcion-de-La-Estructura-Organica-de-La-SIC.Pdf>.
- Resoluciones 13514 (2000), 25420 (2002), 8310 (2003), 33141 (2011), 71794 (2011) y 54830 (2012).
- Resolución 4839, por la cual se ordena el cierre de una investigación, (February 15, 2013).
https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION_4839_DE_15_DE_FEBRERO_DE_2013_CIERRE_FABRICA_DE_LICORES_DE_ANTIOQUIA.pdf
- Resolución No. 76724 -Por la cual se impone una sanción a CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. por contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, (2014).
https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RELATORIA_RESOLUCION_76724_DE_16_DE_DICIEMBRE_DE_2014_SANCION_CASYP.pdf
- Torrado, E. (2010). EL RÉGIMEN SANCIONATORIO Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA EN LA LEY 1340 DE 2009. Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes, (43). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033192003>
- Uribe Piedrahíta, A. (2006). ¿LOS ACUERDOS HORIZONTALES DE PRECIOS EN COLOMBIA SE RESUELVEN POR LA REGLA PER SE?: EL CASO DE LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA Y LOS RETOS DEL CONSEJO DE ESTADO 1. Pontificia Universidad Javeriana.
- Valenzuela, J. (2012). Teoría general de las economías de mercado. Banco Central de Venezuela.
- Velandia, M. (2011). Derecho de la Competencia y del consumo (2nd ed.). Universidad Externado de Colombia.