Existencia de garantías procesales dentro del trámite administrativo sancionatorio adelantado por la SIC para la protección del Derecho de la Competencia en Colombia

Alexandra Alvarez Rincón
Katia Cabarcas Gaviria
Autoras

Estefanía Espinal Espinal
Asesora

Monografía de grado para optar por el título de abogado

Derecho
Departamento de Humanidad y Ciencias Sociales
Pontificia Universidad Javeriana Cali
2021

Resumen

El presente Trabajo de Grado tiene como finalidad el análisis jurídico del sistema interno que reviste el Derecho de Competencia en Colombia. Dicho tema se plantea con el fin de exponer la función de investigación y sanción adjudicada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en relación a las prácticas restrictivas de la competencia, pues, como se verá a lo largo del trabajo, dicho organismo ejerce funciones administrativas sancionatorias que, en ocasiones y por las razones que se expondrán en adelante, podrían estar presuntamente en contravención del debido proceso y la seguridad jurídica de los investigados. Para esto será de gran utilidad resaltar a modo de contexto la normativa vigente que regula el derecho de la Competencia en Colombia, las funciones adjudicadas a la SIC como única autoridad nacional competente para conocer sobre posibles prácticas que generen efectos negativos en el mercado, el respectivo procedimiento administrativo sancionatorio aplicable, la importancia del debido proceso y la seguridad jurídica en el margen interno investigativo y sancionatorio de la SIC, así como las experiencias internacionales en el tema, especialmente en las jurisdicciones de Europa y Estados Unidos.

Palabras claves: Debido proceso, seguridad jurídica, régimen administrativo sancionatorio, prácticas restrictivas de la competencia, autoridad de competencia.

Abstract

The purpose of this Degree Project is the legal analysis of the internal system of Competition Law in Colombia. This topic is raised in order to expose the function of investigation and sanction awarded to the Superintendence of Industry and Commerce (SIC) in relation to restrictive practices of competition, because, as will be seen throughout the work, this agency exercises administrative sanctioning functions that sometimes and for the reasons that will be discussed below, could be allegedly in violation of due process and legal certainty of those investigated. For this purpose, it will be very useful to highlight, by way of context, the current regulations governing competition law in Colombia, the functions assigned to the SIC as the only national authority competent to know about possible practices that generate negative effects on the market, the respective applicable administrative sanctioning procedure, the importance of due process and legal certainty in the internal investigative and sanctioning margin of the SIC, as well as international experiences on the subject, especially in the jurisdictions of Europe and the United States.

Keywords: due process, legal certainty, administrative sanctioning regime, restrictive competition practices, competition authority.

ÍNDICE

1. **Introducción**

2. **Planteamiento del problema**

3. **Objetivos**
   - 3.1. **Objetivo General**
   - 3.2. **Objetivos Específicos**

4. **Metodología**

5. **Marco Teórico**

6. **Capítulo I. Catálogo normativo de prácticas restrictivas de la competencia**

7. **Capítulo II. El modelo interno de la SIC en relación a la aplicación de las normas de competencia**
   - 7.1. **Competencia de la Superintendencia como autoridad única de competencia**
   - 7.2. **Trámite de los procesos administrativos sancionatorios en la SIC**

8. **Capítulo III. Retos del cumplimiento del debido proceso y la seguridad jurídica en el trámite de los procesos administrativos sancionatorios que adelanta la SIC**

9. **Capítulo IV. Experiencias internacionales: los modelos normativos de protección de la competencia en Estados Unidos y Europa**

10. **Conclusión**

11. **Referencias Bibliográficas**

Introducción

En Colombia, de conformidad a lo establecido por el artículo 333 de la Constitución Política, tanto el mercado como la iniciativa privada son libres, lo que quiere decir que cualquier agente es libre de entrar al mercado, ofrecer sus productos, desarrollar actividades de carácter económico y salir del mercado cuando lo deseen. Adicionalmente, los consumidores son libres de seleccionar el producto o servicio que mejor satisfaga sus necesidades, de calidad y económicas.

Sin embargo, la libre competencia se ve nublada en ciertas ocasiones cuando los agentes del mercado, de maneras directas o indirectas, restringen la libre competencia, ya sea mediante actos, acuerdos o abuso de la posición dominante. Esta situación resulta abiertamente perjudicial tanto para los demás competidores como para los consumidores.

Es por lo anterior que el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 en su artículo sexto reconoce de forma privativa la facultad de la SIC para conocer las investigaciones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, y, en consecuencia, tiene la atribución de imponer sanciones.

De manera que, la SIC, por mandato legal, es una entidad dedicada -entre varias otras funciones-, a la protección de la libre competencia en Colombia. Para ello, el legislador estipuló un procedimiento administrativo sancionatorio y, a lo largo del presente trabajo de grado, desarrollaremos las razones por las cuales consideramos está entredicho el cumplimiento de las garantías procesales del debido proceso y la seguridad jurídica para los agentes investigados. Todo lo anterior, basándonos en la normativa vigente, especialmente la Ley 1340 de 2009, la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)-.

Planteamiento del Problema

¿Se cumplen las garantías procesales esenciales del debido proceso y la seguridad jurídica para los agentes del mercado que son investigados y sancionados por, presuntamente, restringir la libre competencia, en el marco de las funciones investigativo-sancionatorias de la autoridad única de competencia en Colombia, la SIC?

Objetivos

Objetivo General

- Identificar si en Colombia se cumplen las garantías procesales del debido proceso y la seguridad jurídica para los agentes del mercado investigados y sancionados por la SIC, mediante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio vigente, para determinar la importancia del cabal cumplimiento de dichos principios procesales esenciales y protegidos.

Objetivos Específicos

- Exponer la evolución legislativa de las normas reguladoras de las prácticas restrictivas de la competencia, a través de un recuento histórico de las mismas, para dar cuenta del modelo normativo interno vigente.
- Analizar el modelo interno de aplicación de las normas reguladoras de la libre competencia en Colombia , por medio de un estudio del procedimiento , para así determinar si se protegen las garantías procesales de debido proceso y seguridad jurídica de los investigados en los proceso administrativo sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia.

- Identificar los retos del cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso y la seguridad jurídica en las investigaciones administrativas sancionatorias que lleva a cabo la SIC en los casos de prácticas restrictivas de la competencia, mediante el análisis de dichas garantías y su aplicación en el procedimiento, para así establecer la efectiva aplicación de los mismos en el trámite administrativo sancionatorio.
- Contrastar el modelo de aplicación pública del derecho de la competencia Colombiano frente a los modelos administrativos/sancionatorios de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea.

Metodología

El presente trabajo será desarrollado con base en el método inductivo cualitativo, toda vez que el problema que aquí se plantea, deberá ser resuelto de acuerdo a contextos estructurales y situacionales del sistema jurídico que regula las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia. Adicionalmente, se responderá mediante el método analítico, consistente en desglosar y descomponer un todo, en varios elementos, con el propósito de estudiar cada uno de ellos de manera minuciosa y, así, facilitar la obtención del resultado, conclusión y respuesta que se pretende plantear (Pita, S., & Pértegas, S., 2002).

Finalmente, es preciso anotar que, mediante el desarrollo del sistema normativo de derecho de la competencia; el sistema investigativo y sancionatorio en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio y el estudio de las experiencias internacionales de los sistemas jurídicos Europeo y Estadounidense, se pretende hacer uso de los métodos inductivo cualitativo y análitico previamente señalados, con el fin último de concluir si, efectivamente, el debido proceso y la seguridad jurídica son principios protegidos y esenciales para el cabal cumplimiento de las funciones investigativo-sancionatorias de la SIC.

Marco Teórico

El problema de investigación planteado, será respondido, principalmente, con base en los siguientes conceptos: debido proceso, seguridad jurídica, prácticas restrictivas de la competencia y procedimiento administrativo sancionatorio.

Respecto al debido proceso, además de ser un derecho de categoría constitucional y fundamental en la legislación colombiana, corresponde al conjunto de garantías mediante las cuales se propende por la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, con el fin de que se respeten sus derechos y se logre una correcta aplicación de la justicia.

Ahora bien, dentro del entramado de garantías del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho a la independencia e imparcialidad del juez; ambos se hacen efectivos cuando los servidores públicos que se encargan de la administración de justicia, están completamente desligados a la función ejecutiva y legislativa y, por ende, ejercen sus funciones de manera separada a cualquier tipo de influencias o prevenciones.

Adicionalmente, frente a la independencia e imparcialidad que supone el debido proceso, se ha determinado que ambas consisten en controlar todas aquellas circunstancias y móviles extraños a derecho y provenientes del sistema social, y del proceso, respectivamente (Aguiló, 2003).

En cuanto a la seguridad jurídica, esta corresponde a un principio en virtud del cual el individuo cuenta con la certeza necesaria de cuáles son las normas que regularán determinada situación jurídica y cuál podría ser el resultado de la misma, impidiendo así la arbitrariedad de los servidores públicos encargados de administrar justicia, principalmente. A su vez, González (s.f.) anota que el principio de seguridad jurídica denota una doble manifestación: la primera, es la certidumbre del derecho; y, la segunda, es la eliminación de la arbitrariedad.

En línea con lo anterior, la seguridad jurídica adquiere relevancia no sólo en el sentido de brindarle al ciudadano una garantía de la preexistencia de la normatividad y procedimiento, por medio de los cuales se regirá su situación jurídica en particular, sino también en el sentido de impedir la arbitrariedad y parcialidad de los órganos del Estado, tanto en el desarrollo de funciones normativas y legislativas como en la aplicación del derecho vigente al momento de la ocurrencia de la situación.

La SIC, por su parte, define las Prácticas Restrictivas de la Competencia en Concepto 58936 del 11 de mayo de 2015, como aquellas tendientes a limitar la libre competencia, mantener o determinar precios inequitativos, incluso aquellas prácticas que llegasen a afectar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de productos nacionales o extranjeros mediante acuerdos, convenios o cualquier otra práctica.

Las prácticas restrictivas se pueden evidenciar mediante actos, acuerdos y abuso de la posición dominante. Conforme al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por actos a las conductas que yo como agente del mercado hago en detrimento de la competencia, es decir, que tienen carácter unilateral y no requieren de un sujeto calificado en su comisión. Ejemplos de estos actos restrictivos de la competencia lo evidenciamos cuando se emiten piezas publicitarias engañosas que generan efectos negativos en el mercado, así como en las famosas ventas atadas; consistentes en obligar al consumidor a comprar dos o más productos distintos entre sí, y que no tienen relación. También, es posible apreciarlo en los casos de retaliación de precios.

Los acuerdos, incluidos por el legislador en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, involucran a dos o más participantes del mercado y no requieren de formalismos. Además, pueden ser de carácter expreso o tácito y pueden tener efectos adversos totales o parciales en la economía.

Ahora bien, algunos acuerdos no son *per se* sancionables, pues no llegan a restringir la competencia y cumplen con los siguientes requisitos: i) los competidores que son parte de él reúnen menos del 15% del mercado relevante; ii) produce mejoras en eficiencia; iii) las restricciones que genera son indispensables para alcanzar sus objetivos de mejoras en eficiencia; iv) procura un beneficio a los consumidores que compensa sus efectos restrictivos, y; v) no elimina la competencia (SIC, 2013).

Por su parte, el abuso de la posición dominante, se encuentra ligado a la concentración de propiedad privada y, por ende, de mercados en ciertas empresas que resultan siendo dominantes en determinados sectores económicos y que, eventualmente, pueden generar desigualdades de tipo económico y social frente a los demás competidores o consumidores (Miranda, 1993).

Sobre estas prácticas restrictivas de la Competencia podemos ver reflejada la potestad sancionadora del Estado, entendida como "la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente la realización de sus cometidos*"* (Consejo de Estado, 2008).

Finalmente, respecto al procedimiento administrativo sancionatorio, tenemos que, bajo la justificación de la protección del orden social general, el Estado está llamado al cumplimiento de actividades de planeación, vigilancia, inspección y control de distintos sectores económicos, intervención de la economía, redistribución del ingreso, la prestación efectiva de los servicios públicos, etc. En este sentido, la potestad sancionatoria de la administración encuentra su fundamento en el cumplimiento efectivo de los fines estatales, y su ejecución no se limita solamente a la administración como tal, sino que también deberán llevarla a cabo todas aquellas entidades que ejercen funciones administrativas y, por tanto,

actúan como autoridades; por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio (Consejo de Estado, 2013).

Ahora bien, antes de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), cada régimen administrativo sancionatorio se encontraba regulado en multiplicidad de procedimientos especiales distintos, no obstante, gracias a la entrada en vigencia de la mencionada ley, se organizó un procedimiento administrativo sancionatorio en el Capítulo III del CPACA, siendo estos el eje y fundamento básico para el ejercicio de la facultad administrativa sancionatoria.

En definitiva, se ordenó que la interpretación y aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio se hiciera de acuerdo a los principios de la administración pública contemplados en la Carta Magna, en los primeros artículos del CPACA y en las leyes especiales, con el propósito de garantizar y dar la certeza al administrado de que las actuaciones, investigaciones y sanciones que se impongan en razón a dicho procedimiento administrativo, serían siempre con base en los principios propios de la administración y de Constitución Nacional, como norma rectora.

Los conceptos previamente desarrollados serán clave para abordar el problema jurídico planteado, toda vez que facilitarán el entendimiento de las falencias del sistema investigativo y sancionatorio que maneja la Superintendencia de Industria y Comercio para combatir las prácticas restrictivas de la competencia.

Capítulo I. Catálogo Normativo de Prácticas Restrictivas de la Competencia en Colombia

En el presente capítulo nos centraremos en exponer cómo era el panorama colombiano en temas de protección a la actividad económica en general, partiendo desde las primeras regulaciones legislativas que funcionaron como cimientos para la expedición de la Ley 155 de 1959, continuando con la apertura económica vivida en el país en los años noventa, que abrió paso a la creación de una normativa más robusta que garantizará la

protección de la libre competencia en Colombia, así como dio atribuciones a la SIC, consolidándose como autoridad única en competencia en el país.

Antes de 1991 el panorama en Colombia, frente a temas de protección a la libertad de competencia, no era tan claro. Entre finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se estaba llevando a cabo un proceso de transformación social y de industrialización; cada vez eran más los trabajadores que se apartaban de las ideas tradicionalistas conservadoras y se adentraban en un mundo de liberalización tendiente a mejorar las condiciones económicas y sociales de la población. Es por ello que desde 1936, durante el gobierno de Alfonso López Pumarejo, se establecieron bases para futuras reformas económicas, esto incluyó la protección constitucional a la propiedad privada y la ampliación de los poderes estatales en pro de garantizar el bienestar y los derechos individuales.[1] Posterior a esto, se siguieron presentando reformas constitucionales que propendían ampliar la capacidad del gobierno para regular temas económicos como la de 1945:

Artículo 4 de la Reforma a la Constitución Política de 1945: El Estado puede intervenir por mandato de la ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho (…)

Hasta este punto, solo existían nociones sobre la protección de la libre competencia y la economía en general, pero no existían leyes concretas encaminadas directamente a castigar actos o conductas que violentaran el mercado ni una autoridad única que se encargara de investigar y sancionar. Fue hasta el año de 1959 que, con base en el artículo 32 de la carta magna de 1886, se estableció la posibilidad del Estado de intervenir directamente en la economía.

[1] Véase, Una nueva visión sobre los orígenes del derecho de la competencia colombiano. Andrés Palacio Lleras, Juan David Gutiérrez Rodríguez (2015).

La Ley 155 de 1959 fue presentada en el gobierno de Alberto Lleras Camargo. El país venía de sufrir una dictadura militar y los colombianos necesitaban un cambio estructural en el ámbito político, económico y social. Por esta razón, el nuevo mandatario pretendió lograr la unidad nacional y la credibilidad en las instituciones, además de mejorar las relaciones diplomáticas y fomentar políticas liberales.

El ponente de esta ley fue Hernando Agudelo Villa, quien en aquel entonces era ministro de Hacienda y Crédito Público. Para Villa, resultaba necesario la creación de una normativa que regulara los temas de competencia en el país, como consecuencia de la industrialización y el crecimiento económico; además, era un aspecto vital para mejorar la relación de Colombia con países que ya manejaban un régimen de protección a la competencia y que resultaban ser aliados de Colombia en su camino por la modernización.

El régimen de libre competencia en ese entonces tenía por finalidad sancionar las prácticas que llegasen a afectar a los consumidores, en donde se denotase abuso de la posición dominante y se creasen concentraciones del poder en el mercado. Sin embargo, aunque se contó con esa ley, lo cierto es que no se tenían los cimientos constitucionales ni normativos para hacerla efectiva con propiedad (Miranda , 2011).

Ahora bien, con la creación de una nueva Constitución, en la década de los noventa, fue instaurada la apertura económica en el país, debido a exigencias del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y, por ende, se dio un cambio estructural en la economía y la política económica del país, reemplazándose el modelo económico proteccionista por un modelo económico promotor de la industria y la expansión del aparato productivo (Nájar, 2006).

En otras palabras la actividad económica fue, finalmente, elevada a rango constitucional a partir de la implementación del modelo neoliberal en Colombia, el cual pretendía reducir la incidencia del Estado y de la actividad administrativa en la iniciativa privada, impulsando la transnacionalización económica, las privatizaciones, el libre mercado,

la propiedad privada, la libre actividad económica y la libre competencia (Cruz, 2010), aunque, determinando un límite normativo para garantizar la protección del interés general de los colombianos.

La regulación sobre la libre competencia encuentra sus cimientos constitucionales en los siguientes artículos de la Carta Magna de 1991:

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (...)

Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. (…)

Así pues, habiéndose elevado a rango constitucional la libre competencia y el libre mercado, y adoptándose un modelo económico neoliberal, fue introducida al sistema jurídico colombiano una estructura moderna del Derecho de la Competencia, consistente en mantener la prohibición general, establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como la norma residual -que deberá ser aplicada cuando la conducta investigada no se encuentre dentro del listado de las prácticas restrictivas de la competencia- y que, igualmente, está acompañada de un catálogo taxativo de prácticas anticompetitivas como las que se encuentran en los artículos 48, 49 y 50 del Decreto 2153 de 1992 (Miranda, 2011).

En este orden de ideas, teniendo un régimen general con una prohibición bastante amplia encaminada a sancionar las prácticas que afecten el mercado y a los consumidores, resultaba necesario establecer una autoridad única en esta materia que se encargara de investigar las conductas y aplicar la normativa cuando, con base a las pruebas recolectadas, se lograse demostrar la ocurrencia o amenaza de existencia de un acto o acuerdo encaminado a

afectar la libre competencia el mercado y a los consumidores. Para evitar que particulares, haciendo uso de su libertad de asociación y competencia de forma negativa, afectasen el bienestar general de los participantes del mercado, esto es, tanto consumidores como demás competidores, era preciso que existiera un organismo de carácter estatal encaminado a la vigilancia de las actividades de mercado. En nuestro país esta tarea se le asignó a la SIC y así consta en la Ley 1340 de 2009:

Artículo 6. 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.

Capítulo II. El Modelo Interno de la SIC en Relación a la Aplicación de las Normas de Competencia

En este capítulo vamos a detallar el funcionamiento interno de la SIC respecto a la Delegatura de Competencia, esto es, cómo funciona el proceso de investigación de las conductas restrictivas de la competencia, siendo la SIC la única autoridad con la facultad para imponer sanciones de tipo administrativo en este ámbito.

Antes de entrar en ese tema puntual, es pertinente señalar que la Superintendencia tiene varias delegaturas: la Delegatura de propiedad industrial, la de protección al consumidor, para la protección de datos personales, para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal, y la que nos interesa para efectos del presente trabajo, la Delegatura para la Protección y Promoción de la Competencia.

La Delegación de Promoción y Protección de la Competencia surge por la necesidad imperante de protección a la actividad empresarial para que ésta no se vea afectada por conductas monopolísticas o cartelistas. Su función es la de investigar y corregir las prácticas restrictivas, autorizar o denegar integraciones empresariales y emitir conceptos de abogacía de la competencia (SIC, s.f).

Por esta razón, algunos autores le atribuyen a la SIC funciones de policía judicial o administrativa. La SIC es un órgano de control y vigilancia que tiene la labor de indagar e iniciar una investigación de carácter administrativo sancionatorio cuando denote prácticas restrictivas a la libre competencia en el mercado. Esta función sancionatoria constituye un ejemplo de regulación *ex post* mediante la cual el Estado, en su función de dirección general de la economía, sanciona, reprime y castiga comportamientos que directa o indirectamente afectan al mercado y sus competidores.

Competencia de la Superintendencia como Autoridad Única de Competencia

En consideración a que una de las funciones de la SIC es la de investigar y sancionar prácticas restrictivas de la competencia, es necesario anotar que dicha labor es cuestionada por autores como Miranda (2018), quien señala que, en materia de competencia, la aplicación pública[2] no es garantista en la medida que no existe imparcialidad con el gobierno. Así mismo, considera que la SIC no es un ente especializado únicamente en sancionar prácticas restrictivas, pues como se mencionó, también investiga sobre otros aspectos y, por tanto, se trata de una situación de descentralización que podría restarle unidad y eficiencia a la entidad.

Por otra parte, autores como Baquero y Solano (2016) consideran que el problema no es la autoridad de competencia. Para ellos, la atención se debe focalizar en fortalecer el sistema de aplicación público, porque es el único que garantiza el interés general sobre el particular.

---

[2] Es pertinente mencionar que históricamente existen dos modelos de aplicación de las normas de Competencia. El modelo público, al cual se refiere Miranda, el cual es aplicado en países de tradición continental-europea, en el que entidades de tipo administrativo (nacional o local) propenden proteger el interés general, imponiendo sanciones por prácticas restrictivas en el mercado y prohibiendo conductas anticompetitivas. Y el modelo privado de origen estadounidense, en el que se protege el interés individual, y en el que los particulares acuden ante los jueces en busca de la declaratoria de nulidad de la práctica antitrust o la responsabilidad civil de los infractores.

De manera que, según los autores en cuestión, es pertinente dotar a la autoridad de competencia con recursos económicos que puedan ser destinados a mejorar el funcionamiento de la institución, además de fortalecer los programas de delación y aterrizar el debate sobre la necesidad de imposición no sólo de sanciones pecuniarias sino también de tipo penal a las conductas restrictivas de la competencia de los agentes. Incluso, la misma Ley 1340 de 2009, atribuyó el concepto de abogacía de la competencia como tarea de la SIC, el cual consiste en un trabajo mancomunado con el gobierno en el que se proteja a los consumidores y al mercado mismo y se armonicen las políticas de competencia en el país en asuntos regulatorios (Restrepo, 2012, p.61).

Así pues, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, estableció que la SIC será la autoridad administrativa competente, de forma privativa, para conocer de todas las investigaciones, sancionar, imponer multas y vigilar el cumplimiento de la normatividad en materia de protección a la competencia. Además, de conformidad al artículo 30 de la misma ley, el Gobierno Nacional adecuó toda la estructura y funcionamiento de la SIC de tal manera que ésta última fuese establecida como autoridad única de competencia.

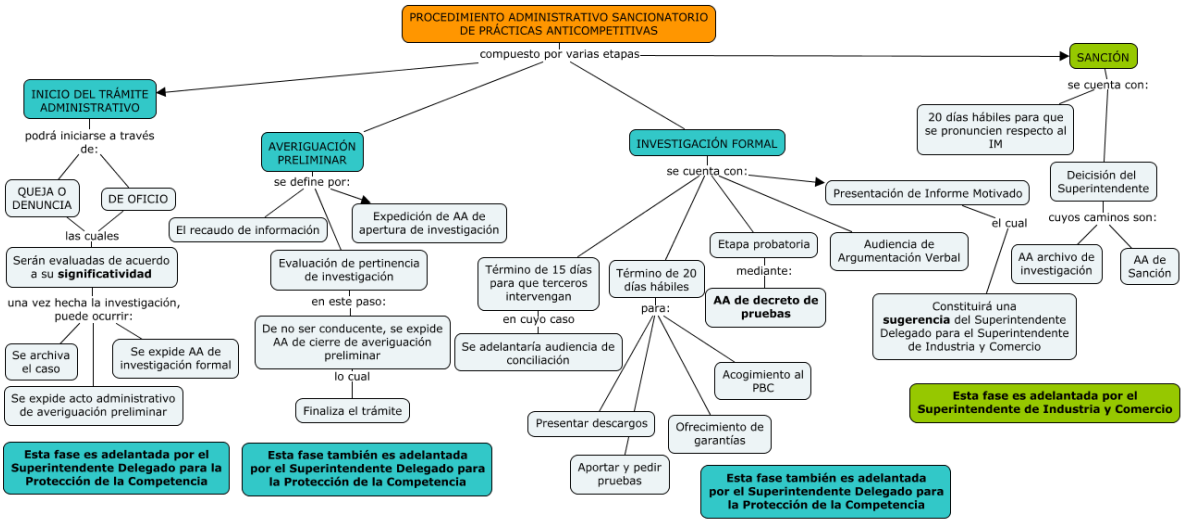
Pues bien, aunque se trata de una función atribuida legalmente por el legislador a la entidad en mención, ésta no brinda seguridad jurídica ni garantiza el cumplimiento del debido proceso, por las razones y lo que desarrollaremos a continuación.

Trámite de los Procesos Administrativos Sancionatorios en la SIC

La SIC ha establecido un trámite interno, acorde al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), el cual inicia con una queja, también llamada denuncia y que, posteriormente, se desarrolla en tres momentos o etapas, a saber: una primera etapa de averiguación preliminar, la etapa de investigación formal y, finalmente, la etapa correspondiente a la decisión de sanción. Las dos primeras

etapas, en cabeza de la Delegatura de Protección y Promoción de la Competencia, y la tercera etapa, en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio.

El procedimiento sancionatorio de las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia lo encontramos en la Ley 1340 de 2009 a partir del Título IV- y en el CPACA-a partir de su Capítulo III, del Título III-. Así pues, para los fines pertinentes, lo podemos desarrollar de la siguiente forma:



Del cuadro anterior[3] y conforme al artículo 47 del CPACA, identificamos que el inicio de la investigación administrativa puede darse de oficio o a solicitud de un tercero por medio de una queja también llamada denuncia, tal como se dijo con anterioridad. Es decir, el procedimiento administrativo sancionatorio puede iniciarlo la misma SIC o cualquier persona, natural o jurídica. Esta queja o denuncia deberá encontrarse dirigida a la Delegatura para la Protección y Promoción de la Competencia y deberá identificar plenamente a la parte denunciada, contener el objeto de la solicitud, los hechos plenamente narrados y las presuntas conductas anticompetitivas (SIC, s.f); sin embargo, en la realidad no existe exigencia de acatar un formalismo determinado como requisito para recibir una queja por parte de la autoridad, es decir, la entidad puede iniciar el trámite investigativo incluso por un simple

[3] AA: Acto administrativo.

comentario que levante sospechas sobre la comisión de ilícitos que afecten la competencia. Esto, en razón de la función atribuída mediante la abogacía de la competencia, pues la tarea de la SIC es proteger el mercado colombiano, por ende, debe estar al tanto de cualquier movimiento dentro del mismo que resulte inusual y meritorio de iniciar la averiguación preliminar.

Una vez presentada la queja, si la entidad administrativa la encuentra significativa para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, puede proceder con el acto administrativo de apertura de la investigación preliminar o puede iniciar la investigación formal. Esto a discreción de la SIC, si considera que tiene indicios conducentes y pertinentes respecto de la comisión del acto o acuerdo anticompetitivo.

Ahora bien, es importante precisar que una queja es significativa cuando afecta el mercado relevante, cuando los agentes implicados representan poderío en el mercado, cuando se logra determinar la legalidad o ilegalidad de la conducta y si con su comisión genera o no beneficio para los consumidores. De ser la situación contraria, se procede al respectivo archivo del caso.

Adicionalmente, es importante poner de presente que, si bien la SIC en la etapa de investigación preliminar puede realizar visitas administrativas con la finalidad de recaudar la información que considere pertinente, y que le ayude a despejar cualquier duda siquiera razonable sobre la presunta conducta anticompetitiva que se está cometiendo, estas visitas se pueden presentar desde el inicio del trámite, es decir, desde que se presentó la queja. Sin embargo, la diferencia entre las visitas administrativas en el periodo de queja, el periodo de investigación preliminar y la investigación formal, radica en que con la queja y la averiguación preliminar, la SIC no informa la razón de ser de dicha visita, sino que puede incluso afirmar que es de rutina. Mientras que, en la averiguación formal, la entidad

investigada ya tiene conocimiento que se encuentra inmerso en un proceso adelantado por la entidad y que puede culminar o no con una formulación de cargos.

Además de las visitas admsinitrativas, la SIC puede solicitar y recaudar información a los presuntos infractores y de los competidores del mercado en general, así como tomar declaraciones, con el fin de determinar si existe realmente una violación a las disposiciones del régimen del derecho de la competencia. Adicionalmente, el Superintendente de Industria y Comercio, podrá decretar medidas cautelares, conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009.

Esta amplia facultad para realizar visitas administrativas y llevar a cabo demás actividades que permitan esclarecer el mérito de apertura de investigación, es criticada por autores como Miranda (2018), pues afirma que deberían ser autorizadas por un juez de control de garantías. La OCDE se ha pronunciado al respecto, así:

La SIC posee dos importantes herramientas de investigación, el poder para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar. Estas herramientas no están sujetas a revisión judicial. La nueva ley 1340 de 2009 no resuelve este problema (OCDE, 2009, p.9).

Ahora bien, con la resolución de apertura y formulación del pliego de cargos inicia la segunda etapa, correspondiente a la investigación formal, en donde la autoridad hace una individualización de las personas, naturales y jurídicas que serán objeto de investigación, la conducta, el mercado relevante presuntamente afectado y, una vez notificado el acto, el investigado cuenta con un término de veinte (20) días hábiles para aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la investigación. También, dicho plazo de veinte días, permitirá al implicado en la actuación administrativa presentar su ofrecimiento de garantías -de conformidad al artículo 16 de la Ley 1340- o manifestar su acogimiento al

Programa de Beneficios por Colaboración, dispuesto por el legislador en el artículo 14 de la Ley 1340, y desarrollado y reglamentado por el Decreto 2896 de 2010.

Acto seguido, inicia la fase probatoria -incluida dentro de dicha etapa de investigación formal- y, posteriormente, se celebra audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en la cual la SIC fijará el objeto de litigio y los implicados presentarán sus argumentos de defensa de forma verbal. La inasistencia a esta audiencia no constituye indicio alguno de responsabilidad.

Una vez surtida esta audiencia y presentados los alegatos de conclusión por parte de el o los investigados, el Superintendente Delegado presentará al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado, de acuerdo a las pruebas, de si existió o no una conducta restrictiva. Es decir, este informe es una recomendación motivada de sancionar o archivar la investigación.

Así pues, el Superintendente de Industria y Comercio podrá o no acogerse a la recomendación del informe motivado del Superintendente Delegado, estableciendo una sanción pecuniaria con el fin de que cese la práctica restrictiva.

Finalmente, se encuentra la etapa de decisión, en donde los investigados cuentan con un término de veinte días para pronunciarse respecto al informe motivado, mencionado previamente y, de acuerdo al nombre de la etapa, el Superintendente de Industria y Comercio toma la decisión final, sobre si existe o no mérito para sancionar administrativamente la conducta presuntamente anticompetitiva del agente investigado.

De darse el caso en el cual el Superintendente de Industria y Comercio considere procedente la sanción administrativa -de hecho, independiente de la decisión o determinación que éste tome-, estará obligado a convocar a un Consejo Asesor, el cual debe estar conformado por cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República (de conformidad con el Decreto

4886 de 2011), sin embargo, dicho concepto no cuenta con fuerza vinculante para el Superintendente, de manera que, podrá apartarse de lo establecido por el Consejo Asesor y, por último, proceder a expedir el acto administrativo que impone la sanción al agente del mercado inmerso en conductas restrictivas de la competencia o decidir no sancionar.

Sin embargo, en la mayoría de los casos existe una misma línea decisoria, pues la SIC termina acogiéndose a lo estipulado en el informe motivado. Esta situación la podemos evidenciar en algunos de los casos con amplia recordación, tales como el "*Cartel de los Pañales"* o el "*Cartel de los Cuadernos"*, en los que varias empresas colombianas notoriamente conocidas fijaban los precios de venta en el mercado y formas de comercialización de los productos, respectivamente en la Resolución 43218 de 2016 -considerando cuarto-, por medio de la cual se imponen sanciones por infracción al régimen de competencia. Allí se exponen las recomendaciones del Superintendente Delegado para sancionar a Kimberly, Familia y Tecnoquímicas por incurrir en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este orden de ideas, podemos denotar en dicha Resolución, que el Superintendente de Industria y Comercio simplemente se acoge a lo descrito en el informe motivado para emitir la respectiva sanción.

Contra la resolución de decisión final, procede única y exclusivamente, el recurso de reposición, con base en lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 74 del CPACA.

En este sentido, si bien es cierto que la decisión final respecto de si existe o no una sanción administrativa la toma el Superintendente de Industria y Comercio, siendo el jefe directo del Delegado (quien, recordemos, está a la cabeza del grupo investigador de las conductas), es una decisión tomada en conjunto por la misma institución. Por tanto, esta situación podría resultar violatoria del debido proceso y podría llegar a afectar la seguridad

jurídica de los investigados, pues podría no dar cuenta de garantías respecto de la imparcialidad de la decisión adoptada.

Capítulo III. Retos del Cumplimiento del Debido Proceso y la Seguridad Jurídica en el Trámite de los Procesos Administrativos Sancionatorios que Adelanta la SIC

El debido proceso y la seguridad jurídica son considerados pilares fundamentales dentro de las actuaciones tanto administrativas como judiciales y, para efectos del presente trabajo de grado, presentaremos los retos del cumplimiento de dichas garantías procesales en las investigaciones administrativas sancionatorias que lleva a cabo la SIC en los casos de prácticas restrictivas de la competencia. Así pues, es menester poner de presente, en primer lugar, qué entendemos por debido proceso y seguridad jurídica de conformidad a la problemática que aquí se aborda.

El debido proceso consiste en el cúmulo de garantías y prerrogativas previamente estipuladas por el legislador, por medio de las cuales se busca la protección y el cumplimiento de los derechos de aquellos que se encuentren incursos en actuaciones judiciales o administrativas, para así lograr una correcta aplicación de la justicia. La Corte Constitucional, en Sentencia C-341 de 2014, a través del magistrado ponente Mauricio González Cuervo, expresó que el debido proceso trae consigo ciertas garantías, que deben ser cumplidas a cabalidad por quien haga las veces de administrador de justicia. Estas son: i) el derecho a la jurisdicción, que incluye el derecho de acceso a los jueces y autoridades administrativas, a la obtención de decisiones motivadas, a la impugnación y cumplimiento del fallo; ii) el derecho al juez natural, siendo este el funcionario que tenga la capacidad legal para fungir como tal; iii) el derecho a la defensa; iv) el derecho a un juicio público; v) el derecho a la independencia del juez, que implica que el funcionario esté separado de las funciones que son propias de la rama ejecutiva y legislativa; y el que nos compete vi) el derecho a la imparcialidad del juez o funcionario.

Así mismo, el debido proceso se desarrolla como una serie de principios estructuradores de la actuación administrativa, que propenden por garantizar la efectividad de los derechos de los administrados. Dichos principios son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, publicidad, contradicción e imparcialidad; estos fueron consagrados por el legislador tanto en el artículo tercero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como en el artículo 209 de la Constitución Política (Bechara, 2015, pp.92-100).

Por otro lado, respecto a la garantía procesal de la seguridad jurídica, tenemos que ésta se constituye de una doble manifestación: la de brindar certeza a los administrados respecto del derecho que les será aplicado, las normas, el procedimiento y la decisión de los casos; y la de eliminar la arbitrariedad y parcialidad de las actuaciones de los funcionarios administradores de justicia. (González, s.f.) Al respecto de la segunda manifestación consistente en el control del funcionario público con relación a los móviles e influencias extraños a derecho, nos permitimos afirmar, que es ahí en donde convergen y se encuentran de manera inequívoca -y con el mismo propósito- las garantías procesales del debido proceso y la seguridad jurídica.

Es decir, entendiendo que uno de los principios estructuradores de la función administrativa y del debido proceso en general es el principio de imparcialidad, siendo éste a su vez la segunda manifestación del principio de seguridad jurídica, se hace preciso anotar que ambas garantías procesales se fundamentan y tienen su razón de ser en brindarle al administrado, investigado y/o implicado, la certeza de que el funcionario administrador de justicia, llámese Superintendente o juez, actuará de manera independiente e imparcial, no sólo respecto a los móviles externos al proceso, sino también a los móviles internos, dentro de los cuales podemos encontrar las influencias que se presentan al interior de los órganos o entidades públicas al no estar completamente separados los funcionarios que conozcan,

investiguen y decidan en un proceso, sino que por el contrario, su nombramiento, actuación y demás dependa de la actuación e influencia del otro (Aguiló, 2009, pp.29-33).

En este orden de ideas, independiente será el funcionario que aplique el derecho, por las razones que éste le suministra y nunca de acuerdo a los móviles internos o externos del proceso (Aguiló, 2009, p.30). Ahora, nos corresponde analizar si los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio delegados para dirimir las controversias presentadas en razón a conductas anticompetitivas son independientes e imparciales y, por ende, si sus actuaciones, funciones y actividades, garantizan el cumplimiento del debido proceso y la seguridad jurídica de los agentes del mercado incursos en dichos trámites.

Para empezar, Miranda (2018) se ha manifestado al respecto, apuntando que actualmente son dos los funcionarios encargados de realizar la investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia, siendo estos: el Superintendente Delegado de la Delegatura para la Protección de la Competencia y el Superintendente de Industria y Comercio, respectivamente. Adicionalmente, el Superintendente Delegado, conforme al Decreto 4886 de 2011 se le adjudicaron como funciones i) realizar las averiguaciones preliminares sobre prácticas restrictivas de la Competencia; ii) presentar el informe motivado al Superintendente respecto de si ha habido o no una infracción; iii) elaborar los proyectos de resolución de la investigación siguiendo los lineamientos planteados por el Superintendente de Industria y Comercio. Es por esto que Miranda (2018, pp 12) afirma que, entre los ente que investigan y sancionan, no existe independencia e imparcialidad, toda vez que el funcionario encargado de aperturar el proceso de investigación, es el mismo que participa en la elaboración de la decisión y, además, es nombrado y designado previamente por el funcionario que firma y emite la orden de sanción al agente del mercado infractor de las normas de competencia colombianas.

Esta inconformidad respecto de las decisiones adoptadas en los distintos informes motivados presentados por el Superintendente Delegado y que, posteriormente, y en la misma línea argumentativa sigue el Superintendente de Industria y Comercio, se puede evidenciar en los comunicados presentados por GRUPO ARGOS y ASOCAÑAS cuando se dio apertura a los procesos de investigación en los que se encontraban involucrados por presuntas prácticas restrictivas de la Competencia, los famosos carteles del cemento y el azúcar. En dichos pronunciamientos oficiales los investigados cuestionan los informes motivados, asegurando que en estos no se tuvo en cuenta material probatorio determinante para demostrar su inocencia; y, a pesar de estas acusaciones dirigidas al informe motivado del Superintendente Delegado, fueron sancionados a pagar grandes sumas de dinero.

Sin embargo, la problemática que nos planteamos no es la de determinar si existió o no culpabilidad por parte de estos agentes del mercado, sino por el contrario, cuestionarnos si realmente se garantiza un correcto procedimiento investigativo-sancionatorio. De hecho, en el caso del "Cartel del Cemento" que involucró a Grupo Argos, CEMEX, y HOLCIM , mediante No. 81391 del 11 de diciembre de 2017, el Superintendente de Industria y Comercio adoptó la recomendación del Superintendente Delegado y, por concepto unánime del Consejo Asesor de Competencia, decidieron imponer la respectiva sanción. Es lógico, entonces, que siendo la misma entidad seguirán la misma línea argumentativa y las mismas pruebas como sustento para tomar una decisión. Además, a esta situación se le anexa que de acuerdo al artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio <u>también</u> será competente para conocer y decidir los recursos de reposición que sean interpuestos contra los actos que aquél expida. Veamos:

Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

"34. Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que sean interpuestos contra los actos que expida, así como los de apelación que se interpongan contra los actos administrativos expedidos en primera instancia por los Superintendentes Delegados".

Así mismo, vale aclarar que la oportunidad y presentación de dicho recurso de reposición se regirá por lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-. De la misma manera, de conformidad al artículo 74 del mismo texto normativo, se estableció que, contra las decisiones que sean proferidas por superintendentes, no procederá recurso de apelación.

En este sentido, no se hace posible predicar una independencia -en lo absoluto- por parte de las dependencias que intervienen dentro del trámite administrativo de protección de la competencia que adelanta la SIC. A esta situación se le anexa que el Presidente de la República es el encargado de elegir al Superintendente de Industria y Comercio, y este a su vez designa al Delegado para la Protección de la Competencia, ambos en cargos de libre nombramiento y remoción.[4]

Lo anterior, nos lleva a la ineludible conclusión de que los funcionarios y/o entes que investigan y sancionan prácticas restrictivas de la competencia, no garantizan ni con su actuar ni con el listado de sus funciones, el cumplimiento de los principios del debido proceso y la seguridad jurídica, dentro del trámite administrativo para la protección de la competencia, toda vez que cada uno de los momentos del trámite administrativo sancionatorio de prácticas anticompetitivas, se encuentra supeditado a la actuación, decisión e injerencia de funcionarios que no son ajenos a la actuación del otro.

[4] Los empleados de libre nombramiento y remoción no gozan de las mismas garantías de los del régimen de carrera, y pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública. (Concepto 039731 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública)

De manera que, todo lo desarrollado en el presente capítulo, cobra relevancia en el sentido que la independencia e imparcialidad del Superintendente Delegado de la Delegatura para la Protección de la Competencia y el Superintendente de Industria y Comercio son elementos claves e imprescindibles para efectos del cumplimiento de las garantías procesales de la seguridad jurídica y el debido proceso, no sólo por tratarse de algunas de las manifestaciones de tales principios, sino también por estar prescritos en rango constitucional y por estar contenidos dentro de las garantías que prescribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10, al establecer que toda persona deberá ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial.

Respecto a este último punto, se ha pronunciado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, OCDE, de la cual Colombia es miembro formal desde el año 2020, en las recomendaciones del Consejo sobre políticas regulatorias (OCDE, 2012, pp 16), donde establece que las autoridades reguladoras como la SIC deben mantener un registro con detalle de todos los objetivos e instrumentos utilizados en pro de su función administrativa. También, menciona la necesidad de mantener la independencia con el gobierno, las autoridades reguladoras deben garantizar imparcialidad en las decisiones ya que estas pueden tener impactos económicos significativos.

Otro pronunciamiento que resulta relevante traer a colación es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al caso Petro Urrego vs Colombia; la controversia que culminó declarando la responsabilidad internacional del Estado Colombiano por violentar los derechos políticos del entonces alcalde de la ciudad de Bogotá centró su fundamento en la importancia de respetar las garantías judiciales en los procesos administrativos sancionatorios, pues a Petro Urrego se le sancionó con la destitución como Alcalde y la inhabilidad para ejercer cargos públicos, situación que resulta violatoria del debido proceso en la medida que esta sanción sólo podía ser aplicable por un juez competente

como resultado de un proceso penal previo y no por una autoridad administrativa como lo es la Procuraduría General de la República. En el artículo 8.1 del Pacto de San José se hace hincapié en la importancia de que las facultades investigadoras y sancionadoras en los procesos administrativos recaigan en distintas instancias o dependencias.

Artículo 8: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Capítulo IV. Experiencias Internacionales: Los Modelos Normativos de Protección de la Competencia de Estados Unidos y Europa

En el presente capítulo procederemos a analizar los dos modelos normativos pioneros en temas de sanción a las prácticas anticompetitivas a nivel mundial, estos son: el modelo Estadounidense y el modelo Europeo. Dichos sistemas constituyen las bases para la creación del procedimiento administrativo sancionatorio a las prácticas restrictivas de la Competencia en varios países de Latinoamérica, entre esos Colombia.

Para algunos autores existe, pues, evidencia que desde la Edad Media es posible identificar normas tendientes a evitar monopolios. Sin embargo, no se puede pregonar el inicio de un marco regulatorio encaminado a la protección del mercado y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia en dicha época, pues estas ideas sólo eran nociones carentes de fundamentación jurídica. Doctrinantes como Edgar Coke afirman que “hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey Eduardo III” (Miranda, 2002, p.147).

Lo anterior sirvió como fundamento para identificar que existían comportamientos por parte de algunos competidores en el mercado que debían ser sancionados, pero lo cierto es que las primeras normas en pro a la protección de la libre competencia surgieron en el Siglo XIX, cuando en Estados Unidos se establece el derecho *antitrust* mediante la Ley Sherman, como consecuencia de los estragos que acarreó la Guerra Civil de 1861 y que, a su vez, produjo la creación de varios carteles. Por ende y en pro de evitar la afectación de los consumidores y proteger el interés general, en 1980 el Congreso estadounidense aprueba el proyecto de Ley presentado por el senador Jhon Sherman.

La Ley Sherman trajo consigo prohibiciones de tipo general. Esta situación resultó ser contraproducente pues, si bien es cierto que por una parte abarcaba gran cantidad de prácticas que *per se* (con la simple realización de la conducta) podían ser sancionadas, por otra parte le concedía amplias facultades a los Tribunales al ser ellos los encargados de aplicarlas, generando que en algunos casos como United States v E.C Knight CO., los jueces fuesen permisivos con ciertas empresas hasta el punto de aceptar monopolios. En otras palabras, con algunas empresas fueron estrictos disminuyendo su eficiencia económica mientras a otras le concedieron poderío. En Colombia sucedió algo similar con la Ley 155 pues la misma estableció una prohibición general. Posteriormente, y para evitar arbitrariedades, fue complementada por un compendio normativo estipulado mediante Decreto 2153, el cual contiene conductas anticompetitivas de manera taxativa.

En Estados Unidos, después de 1972, la situación cambió, pues la forma de aplicar el derecho de la competencia con base a la regla *per se*, es decir, con la mera comisión del acto o acuerdo disminuyendo la carga probatoria para sancionar prácticas restrictivas, se transforma, para comenzar a aplicar el criterio de la eficiencia según el cual las Cortes aceptan ciertas conductas por parte de los agentes siempre y cuando generen eficiencia en el mercado, en pro del bienestar del consumidor. En Colombia y dada la gran apertura

económica que representó nuevos retos para el mercado se transformó el Derecho de la Competencia de manera que actualmente no se sanciona al infractor solo por la comisión del acto, sino que la autoridad única de Competencia se apersona de la situación identificando varios factores como el objeto de la conducta, mercado relevante, calidad de los infractores, posibles beneficios que acarrea la comisión del hecho, entre otros, para así tomar la determinación sobre si hay o no sanción.

Ahora bien, respecto del trámite sancionatorio por violación al régimen de Competencia, en Estados Unidos existen dos autoridades especializadas y de carácter público encargadas de ello: Ministerio de Justicia -dirigido por el Fiscal General Federal- y la Federal Trade Commission (en adelante, FTC), esta es una agencia colegiada, bipartidista, conformada por cinco comisionados elegidos por el Presidente y confirmados por el senado, estos deben cumplir con el requisito de pertenecer a distintos partidos políticos. Entre estas autoridades no existe jerarquización alguna y complementan sus labores en temas de prácticas restrictivas y competencia desleal.

El Ministerio de Justicia cuenta con la facultad de acudir directamente ante los Tribunales Federales cuando detecte la comisión de ilícitos que afecten la competencia (monopolización, colusiones, entre otras). La FTC debe realizar un juicio administrativo antes de acudir a los Tribunales. Este juicio administrativo inicia por indicios razonables de la comisión de la conducta, ya sea de oficio o a solicitud de un tercero. Posteriormente, la FTC emite un pliego de cargos; por su parte, la parte interesada puede oponerse a estos cargos, y ante esta situación un juez administrativo de la FTC puede realizar una visita oral, la decisión de este juez es apelable ante los cinco comisionados de la FTC.

Si se encuentra al implicado culpable, se ordenará dentro de los sesenta días siguientes que cese la conducta anticompetitiva, este fallo sancionador podrá ser apelable ante los Tribunales Federales. Como podemos observar, en el presente trámite son varias las

instituciones que convergen, realizando un trabajo mancomunado al momento de aplicar el proceso investigativo y sancionatorio por prácticas restrictivas. Tanto el Ministerio de Justicia como la FTC tienen la potestad de iniciar el trámite, pero la imposición de la multa y del cese de las actividades está en cabeza de los Tribunales Federales. Esta situación, como lo vimos anteriormente, no ocurre en Colombia donde es la misma entidad quien tiene todas las facultades para sancionar a los agentes del mercado.

Ahora bien, es menester para los fines del presente trabajo, exponer el modelo anticompetitivo Europeo, el cual cuenta con cimientos del derecho público -o *public enforcement*-, consistente en la facultad y competencia que tienen las autoridades administrativas y organismos de derecho público para actuar de oficio o a petición de un tercero, en pro de garantizar el cumplimiento del respeto al orden público económico. En este orden de ideas, los defensores del modelo público, afirman que se trata de un sistema que responde eficiente y efectivamente a la protección del interés económico general, toda vez que no condiciona la intervención de la autoridad administrativa encargada de la protección de la competencia a la existencia y daño material de los intereses de los agentes del mercado, sino que basta la mera sospecha, indicio o necesidad de prevención, para que aquella adelante el trámite administrativo sancionatorio correspondiente (Ortiz y Solano, 2016, p.314).

El derecho de la competencia tuvo cabida en la Unión Europea desde el momento en que se firmó el Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, por cuanto constituyó la Comunidad Económica Europea con el fin de poner el foco en la integración económica Europea y -por supuesto-, fomentar la liberación comercial a través de la regulación de la libre competencia y el respeto de una economía de mercado abierta (Miranda-Londoño & Gutiérrez-Rodríguez, 2006, pp.299-303).

Posteriormente, a partir de la expedición del Reglamento número 1 del 2003 del Consejo de la Comunidad Europea, se desarrolla un modelo normativo de protección de la

competencia moderno, que es desarrollado con el propósito de armonizar las normas sustantivas de la libre competencia, derogar el sistema de notificaciones, descentralizar la aplicación de la normativa de derecho de la competencia y expedir guías para garantizar la seguridad jurídica en materia de competencia (Miranda y Gutiérrez, 2006, pp.308-309).

Entonces, de manera específica, el modelo europeo o público confió a autoridades de carácter administrativo la aplicación de la normatividad correspondiente a la materia de Derecho de la Competencia, la vigilancia del mercado, el mantenimiento del orden público económico, la imposición de sanciones pecuniarias a todos aquellos agentes del mercado que incurrieran en prácticas restrictivas de la competencia y la toma de decisiones priorizando el interés general económico sobre el interés privado o particular de los agentes infractores de la ley (Ortiz y Solano, 2016, p.322).

Así mismo, es pertinente anotar que, actualmente y de acuerdo a los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la entidad competente para investigar y sancionar conductas restrictivas de la competencia en la Unión Europea, es la Dirección General de Competencia, a través del Comisario de Competencia. Ésta, pues, tiene la obligación de propender por el cumplimiento y respeto de las leyes europeas de competencia.

No obstante, a partir de la expedición del Reglamento CE N° 1 del 2003 y la Directiva UE 2019/1 *"encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior"*, la Comisión Europea de Competencia trabaja de manera conjunta y paralela a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) y a los Tribunales Nacionales de los Estados miembro de la Unión Europea, con el propósito de garantizar a los agentes del mercado implicados en conductas anticompetitivas: uniformidad,

independencia y garantía de aplicación eficaz de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En este sentido, de conformidad al artículo 35 del Reglamento CE N° 1 del 2003, los Estados miembro de la Unión Europea, cuentan con la libertad y facultad de designar las autoridades públicas competentes para velar por el cumplimiento de la normatividad de competencia. Es decir, si bien queda al arbitrio de cada Estado la designación de una autoridad única de Competencia, o de una autoridad administrativa para las actividades de investigación y una autoridad judicial para la imposición de multas y sanciones, la actuación y el desarrollo de las funciones de las autoridades Europeas Nacionales de Competencia, deberá armonizarse con las disposiciones normativas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en la misma línea, propender por la independencia, imparcialidad y seguridad jurídica para con los implicados, tal como lo indican la Directiva y el Reglamento aquí mencionados.

Así pues, nos permitimos apuntar que, tanto el modelo Estadounidense como el modelo Europeo, influyeron en la estructuración y constitución de la normatividad vigente en términos de protección a la competencia en Colombia, ya que el trámite y procedimiento sancionatorio colombiano es adelantado por una entidad pública -SIC-. Podemos afirmar, también, que la aplicación pública de derecho de la Competencia ha sido empleada en distintos países, con la finalidad de velar por el bienestar general y la eficiencia del mercado que redunda en provecho para los consumidores, y de garantizar a los agentes investigados por la comisión de conductas restrictivas de la competencia, la independencia, neutralidad, imparcialidad y seguridad jurídica necesaria para surtir de manera efectiva y eficaz el trámite correspondiente a sus legislaciones.

Conclusión

A lo largo del presente trabajo nos adentramos en el marco de protección a la libertad de Competencia en Colombia, primero realizando una breve síntesis de la normativa interna, para así establecer el marco jurídico que posteriormente sería objeto de análisis. Nuestro objetivo principal se centró en resaltar las violaciones al debido proceso y a la seguridad jurídica que afectan a todos aquellos inmiscuidos dentro de un trámite administrativo sancionatorio, por la falta de garantías, independencia e imparcialidad de quien investiga y sanciona. Resultaba pues, pertinente, identificar las funciones y las atribuciones de la única autoridad nacional con potestad sancionadora, la SIC, en cabeza de la Delegatura para la Protección y Promoción de la Competencia, pues este organismo realiza el trámite administrativo sancionatorio que, como se vio a en el desarrollo de este texto, no otorga garantías amplias y suficientes a los agentes del mercado implicados en la presunta comisión de ilícitos anticompetitivos, pues es el mismo ente quien se encarga de iniciar el procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, concluimos que el posicionamiento del régimen de protección a la libre competencia y el libre mercado, permitió en una parte significativa, el establecimiento de la SIC como autoridad única de competencia, tal como lo consagró el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

Pese lo anterior, logramos denotar que no obstante a la intención del legislador de disponer de una autoridad que abarcara a cabalidad las funciones investigativas y sancionatorias de las prácticas restrictivas de la competencia, dicha facultad resulta siendo poco beneficiosa e incluso violatoria de garantías procesales, tales como el debido proceso y la seguridad jurídica, en su manifestación de la imparcialidad e independencia de los servidores públicos que participan del proceso.

Lo anterior, es posible concluirlo, por cuanto se puso de presente que, si bien las distintas etapas del proceso administrativo sancionatorio que adelanta la SIC en el marco de

prácticas anticompetitivas se encuentran en cabeza de funcionarios distintos -el Superintendente Delegado y el Superintendente de Industria y Comercio, respectivamente-, al ser servidores públicos que hacen parte de una misma entidad, que media entre ellos una relación de subordinación y sus actuaciones depender de las actuaciones del otro, realmente no es posible encontrar una independencia e imparcialidad, de cada uno, respecto al otro.

Adicionalmente, lo anterior también es posible afirmarlo, toda vez que logramos denotar que el funcionario encargado de aperturar el proceso de investigación -Superintendente Delegado-, es el mismo que participa en la elaboración de la decisión y, además, es nombrado y designado previamente por el funcionario que firma y emite la orden de sanción al agente del mercado infractor de las normas de competencia colombianas -Superintendente de Industria y Comercio-. Es decir, no es correcto afirmar que existe una relación independiente e imparcial entre los funcionarios que participan del procedimiento administrativo sancionatorio de prácticas restrictivas de la competencia, por cuanto uno es nombrado y designado por el otro, y prácticamente que su trabajo es en conjunto y dependen el uno del otro.

En este sentido, no resulta siendo un procedimiento garantista del debido proceso y la seguridad jurídica, toda vez que dicha potestad se encuentre en cabeza de un mismo organismo. Esto, debido a que la decisión final termina siendo la misma que, tal como desarrollamos en el presente trabajo, recomienda el Superintendente Delegado al Superintendente de Industria y Comercio.

Ahora bien, respecto a nuestra intención de mencionar distintos modelos normativos en el extranjero, ello fue con el propósito de poder concluir que el problema radica en la poca independencia e imparcialidad con la que cuentan los servidores a cargo del procedimiento administrativo sancionatorio de prácticas anticompetitivas en Colombia, ya que -a pesar de ser público y contar con muchos elementos inspirados en las legislaciones

europea y norteamericana-, las entidades que aplican el derecho de la Competencia en dichas legislaciones son distintas y cuentan con un sistema estructurado de tal manera que se cumplan las garantías procesales aquí mencionadas.

En definitiva, concluimos que el procedimiento administrativo sancionatorio de las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia carece de las garantías reales que protejan el debido proceso y den seguridad jurídica, por cuanto, en la realización de las etapas correspondientes al trámite investigativo-sancionatorio estudiado, no se evidencia el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad como manifestaciones de las garantías mencionadas, al tratarse de una misma entidad la que adelanta la actuación administrativa y la que sanciona; y, además, al tratarse de una relación entre dos funcionarios que no dan cuenta de una relación de subordinación y desligamiento, por cuanto el nombramiento del uno -Superintendente Delegado- depende del criterio y arbitrio del otro -Superintendente de Industria y Comercio-.

Referencias

Aguiló Regla, J. (2003). *De nuevo sobre 'Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'.* Jueces para la democracia, nº 46, marzo.

Aguiló Regla, J. (2009). *Imparcialidad y concepciones del derecho.* jurid. Manizales (Colombia), 6(2): 27 - 44.

ARGOS. (2017.) *Posición oficial- Informe Motivado presentado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.* https://argos.co/posicion-oficial-informe-motivado-presentado-por-el-superintendente-delegado-para-la-proteccion-de-la-competencia/

Bechara Llanos, A. Z. (2015). *El debido proceso: una construcción principialista en la justicia administrativa.* En Justicia, 28, 88-104. http://dx.doi.org/10.17081/just.20.28.1040

Comisión Federal de Comercio. (s,f). *Acerca de la FTC.* https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc/lo-que-hacemos

Concepto 039731 de 2020, Departamento Administrativo de la Función Pública.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente. 17.009.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto C.E. 2159 de 2013, Radicado No. 11001-03-06-000-2013-00392-00.

Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 2006. M.P Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2014. M.P Mauricio González Cuervo.

Cruz, L. (2010). *La Constitución Política de 1991 y la apertura económica.*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión, XVIII(1),269-280.[fecha de Consulta 18 de Junio de 2021]. ISSN: 0121-6805. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90920479015

Fornells, J. (2004). *Derecho de Competencia en Estados Unidos.* Boletín económico de ICE No. 2802

González, E. (s, f). *El principio de seguridad jurídica.* Universidad de Salamanca.

Leguizamón, W. (2002). *Derecho económico. Fundamentos.* Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.

Miranda Londoño, A (2002). *Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica.* CEDEC III, colección Seminarios 10, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas.

Miranda Londoño, A (2009). *Antitrust merger policy in Colombia*. CEDEC. https://centrocedec.files.wordpress.com/2019/07/merger-policy.pdf

Miranda Londoño, A. (1998). *El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

Miranda Londoño, A. (1997). *El régimen general de la Libre Competencia.* Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.

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.

Miranda Londoño, A. & Gutiérrez Rodríguez, J. (2006). *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: Los beneficios del monopolio VS. Los beneficios de la competencia.* Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 269-400.

Nájar Martínez, A. (2006). *Apertura económica en Colombia y el sector externo (1990-2004).* Apuntes del CENES. I Semestre.

OECD. (2012). *Recommendation of the council on regulatory policy and governance.* https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/2012-recommendation.htm

OCDE. (2009). *Derecho y política de la competencia en Colombia.* https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf

Ortiz-Baquero, Ingrid S. & Solano-Osorio, Diego A. (2016). *Análisis comparativo de los sistemas de aplicación privada y pública de las normas de libre competencia en los países integrantes de la Comunidad Andina*, 133 *Vniversitas*, 191-226. http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.acsa

Ortiz-Baquero, Ingrid S. Solano-Osorio, Diego A. (2016). *La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes*. 132 Vniversitas, 311-348. http://dx.doi.org/10.11144/ Javeriana.vj132.apnl

Parlamento Europeo y Consejo. (2019). Directiva UE 2019/1.

Pita Fernández, S. & Pértegas Díaz, S. (2002). *Investigación cuantitativa y cualitativa.* Unidad de Epidemiología Clínica y Bioestadística. Complexo Hospitalario Universitario de A Coruña (España). CAD ATEN PRIMARIA; 9: 76-78.

Ramírez Torrado, M., & Hernández Meza, N. (2018). *Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la SIC en materia de competencia.* Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.° 41, julio-diciembre de 2018, pp. 317-350.

Reglamento (CE) N° 1 del 2003, Consejo Europeo.

de la Calle Restrepo, J. (2012). Abogacía de la competencia: La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio. *Con-Texto*, (36), 59-78. Recuperado a partir de https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3132

Superintendencia de Industria y Comercio. (s,f). *Por cartelización empresarial en el mercado de cemento, Superintendencia sanciona a ARGOS, CEMEX y HOLCIM.* https://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-el-mercado-del-cemento-superindustria-sanciona-a-argos-cemex-y-holcim

Superintendencia de Industria y Comercio. (2015). *Resolución de sanción 80847 del 07 de octubre de 2015.* http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_80847_2015.htm

Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). *Resolución de sanción 43218 del 28 de junio de 2016.* https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/Resolucion_43218_2016.pdf