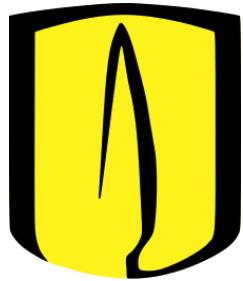


FACULTAD DE DERECHO

DE UNIVERSIDAD LOS ANDES



DELACIÓN Y PROCESOS DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA

TRABAJO DE GRADO PARA OBTAR EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

BRAULIO FELIPE PALACIOS LÓPEZ

DIRECTOR: CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

BOGOTÁ MAYO DE 2019

Delación y Colusión en Procesos de Licitación Pública

Braulio Felipe Palacios López¹

Sumario

Introducción - DELACIÓN Y PROCESOS DE LICITACIÓN PÚBLICA – ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia?

1. Régimen de colaboración en Colombia e incentivos 1.1. La delación pierde aplicabilidad en materia de libre competencia por la vigencia del artículo 410 A de la ley 599 de 2000. Se debe surtir una eliminación al artículo anterior, para incentivar al delator a desmantelar o descubrir carteles en el marco de licitación pública 1.2. Confidencialidad de la delación 1.3. Análisis del dilema de prisionero – 2.0. Acuerdos Restrictivos de la Competencia sus Multas y Sanciones 2.1. Procedimiento Administrativo Sancionatorio – 2.2. Diferencia entre los intereses de Personas y Empresas – 3.0. Programas de beneficios por Colaboración o Corporate Leniency Program 3.1 Caso Electrodos de Grafito 3.2 Cartel de la Lisina 3.3. Cartel Vitaminas 3.4. Caso Alstom y Siemens 3.5. Derecho Comparado en Europa 3.6. Cartel Tasa Tibor – 4. Conclusiones - Bibliografía

Abstract:

In this paper, I explain the conflict that exists between article 410 A of Law 599 of 2000 and article 14 of Law 1340 of 2009 with the following research question: ¿How the penal type affects the denunciation in administrative matters, for agreements restricting competition? Likewise, explain if the whistleblower loses applicability in matters of free competition due to the coexistence of two rules and if a modification to the previous article should be made to incentive the informer to dismantle or discover cartels within the framework of public bidding. Finally, I explain if the whistleblower loses applicability in matters of free competition due to the coexistence of these two norms and if a modification to the previous article should be made to encourage the whistleblower to dismantle or uncover cartels in the framework of public bidding. The crime of 410A discourages

¹ Abogado egresado de la Universidad Libre, con especialización en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. Ha cursado varios diplomados entre ellos, Paz a tiempo de la Universidad Santo Tomás, Configuración del poder político y procedimiento legislativo Colombiano de la Pontificia Universidad Javeriana. Conciliador en Derecho y curso avanzado en Derecho Parlamentario, procedimiento legislativo y técnico legislativo de la Universidad Libre. Su tesis de pregrado, titulada “Contratación Pública en la localidad de Teusaquillo frente a la población con edades entre 20 a 50 años” fue recomendada por el jurado, con la observación: “Excelente trabajo se recomienda continuar en maestría”. Magíster en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Fue juez de la Corte Constitucional de Colombia. Ha trabajado en la Secretaría Distrital de Salud, en la Procuraduría Distrital, en la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Actualmente trabaja como abogado en la delegación de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Datos de contacto: bf.palacios@uniandes.edu.co

the denunciation of natural persons in cases associated to article 47 numeral 9 of Decree 2153 of 1992. Therefore, 410A 599 of 2000 should be eliminated.

Resumen

En este trabajo voy explicar la tensión que existe entre el artículo 410 A de la ley 599 de 2000 y el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 con la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia? Así mismo, analizar el régimen de beneficios por colaboración que existen en Colombia, los incentivos y la confidencialidad para aquel que pretenda ser delator en un proceso de colusión en licitación pública. Por último, explicaré si la delación pierde aplicabilidad en materia de libre competencia por la coexistencia de estar dos normas y si se debe surtir una modificación al artículo anterior, para incentivar al delator a desmantelar o descubrir carteles en el marco de licitación pública. El delito de la 410A desincentiva la delación de personas naturales en casos asociados el artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992. Por lo anterior, hay que eliminar el 410A 599 de 2000.

Key words: Public tendering, free competition, collusion, agreements, leniency program, antitrust law, exoneration, sanctions, benefit, cartel.

Licitación pública, libre competencia, colusión, acuerdo, programa de clemencia, legislación antimonopolio, exoneración, sanciones, beneficio, cartel.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	5
Capítulo I	
1. Régimen de colaboración en Colombia e incentivos.....	7
1.1 Delación ¿es una incriminación?.....	13
1.2 Confidencialidad de la delación.....	17
1.3 Análisis del dilema de prisionero.....	19
Capítulo II	
2. Acuerdos Restrictivos de la Competencia sus Multas y Sanciones.....	23
2.1 Procedimiento Administrativo Sancionatorio.....	27
2.2 Diferencia entre los intereses de Personas y Empresas.....	29
Capítulo III	
3. Programas de beneficios por Colaboración o Corporate Leniency Program.....	31
Amnesty plus.....	32
3.1 Cartel de Electrodos de Grafito.....	33
3.2 Cartel de la Lisina.....	34
3.3 Cartel de Vitaminas.....	35
3.4 Caso Alstom y Siemens	36
3.5 Derecho Comparado.....	37
3.5.1 Cartel Tasa Libor.....	37
Capítulo IV	
4. Conclusión.....	40
Bibliografía.....	49,50,51,52

INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre la tensión que existe en la actualidad en el caso de Colombia entre la figura de la delación contenida en el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 y el artículo 410A de la ley 599 de 2000 el cual dispone la colusión en licitación pública como delito. Por lo tanto, en primer lugar, voy a describir los conceptos sobre la delación -o delación compensada- y la colusión y sus antecedentes. Así mismo, identificar cuáles son los beneficios por colaboración en materia de licitaciones públicas para las personas naturales y jurídicas. Es decir, si existe un incentivo o desincentivo al momento de delatar. En segundo lugar, debatir en el marco de los acuerdos restrictivos de la competencia la aplicación de la delación con la convicción de aportar al debate. En tercer lugar, voy a explicar los principales cambios realizados por la ley 1474 de 2011 artículo 27 a la ley 599 de 2000 numeral 410 A, para luego contrastarla con el artículo 6 y 14 de la ley 1340 de 2009. En esta tesis no vamos a analizar el caso del artículo 1 de ley 155 de 1959 y su tensión con el delito de celebración indebido de contratos.

Ahora bien, vamos a describir casos de empresas que decidieron delatar, casos relevantes en acuerdos restrictivos de la competencia tales como, el cartel de la lisina, vitaminas, electrodos de grafito y el cartel en licitación pública de trenes de alta velocidad y la fabricación de estos, este último conocido internacionalmente como el caso Alstom y Siemens. Adicionalmente, es el que más se ajusta en esta investigación. Lo anterior para analizar la aplicación de los programas de beneficios por colaboración en Colombia en el marco de la protección al régimen de libre competencia y para aportar al debate el cuál se centra en diseñar el mejor modelo de lucha contra los carteles y si se puede otorgar incentivos ya previstos en otras legislaciones como la exoneración de la sanción penal y de la multa dependiendo de la información que aporte el delator.

Además, cuestionar si vale o no la pena revelar información a cambio de una amnistía, que deja en muchos casos un escenario desfavorable al delator en vista de las múltiples consecuencias que trae ser delator. Ya que no se garantiza la absoluta confidencialidad.

Finalmente, voy a terminar con una conclusión sobre la tensión que existe en la actualidad en el caso de Colombia entre la figura de la delación contenida en el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 y el artículo 410 A de la ley 599 de 2000. En consecuencia, voy a explicar porque el delito del 410 A desincentiva la delación de personas naturales en casos asociados al

artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, explicar en mi opinión que se debe hacer con el artículo 410 A de la ley 599 de 2000. Por otro lado, si debiera haber una norma penal ésta debería ser una causal de exoneración de responsabilidad penal. Es decir, inmunidad penal.

Así mismo, sobre los aciertos o desaciertos de la aplicación de la delación en Colombia juntos con los retos que tiene esta figura para conseguir ampliar su uso en el país y la reforma que sigue pendiente para cambiar de estrategia y lograr descubrir más carteles.

Para citar este artículo / To cite this article

Braulio Felipe Palacios López, Delación y procesos de Colusión en Licitación Pública, Maestría en Derecho Privado, Universidad de los Andes, (2019).

Fecha de aceptación: 4 de junio de 2019

Capítulo I

Con la finalidad de precisar al lector detalladamente los asuntos de este capítulo procedo a realizar una ilustración. Voy a mencionar los beneficios por colaboración en Colombia para los delatores en el marco régimen de libre competencia y la colusión en los procesos de licitación pública. Así mismo, se hace mención a los actuales incentivos y consecuencias que en efecto van a tener las personas tanto naturales como jurídicas al realizar una práctica restrictiva de la competencia, como lo es la colusión en licitación pública. Por ello, se señala brevemente el dilema del prisionero para entender cómo puede aplicarse la figura de la delación.

1. RÉGIMEN DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EN COLOMBIA, SUS INCENTIVOS

La delación es un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización (González, 2006, pág. 1). Es decir, a cambio de informar la existencia de un cartel y aceptar su participación en el mismo, ante la autoridad de competencia, así como aportar pruebas e información sobre su funcionamiento, duración y participantes, etc². Además, cuyos resultados extraordinariamente exitosos han inspirado a otras jurisdicciones³.

En Colombia se debe continuar incentivando el programa de delación, también conocido como régimen de clemencia o programa de beneficios por colaboración. Dicha figura, fue incorporada por la ley 1340 de 2009⁴ (artículo 14⁵) y su Decreto Reglamentario 1523 de 2015⁶. En este sentido, el programa de beneficios por colaboración es la herramienta más valiosa con la que cuenta actualmente el ordenamiento jurídico nacional para crear incentivos a los cartelistas para detener conductas anticompetitivas y restablecer así el ejercicio de la libre competencia económica.

² Resolución N° 43218 de 2016, página 21.

³ Según International Competition Network (ICN) The leniency policies of competition enforcement agencies member jurisdictions, as of April 2006: Austria, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, República Checa, Unión Europea, Finlandia, Francia, Alemania, Hungría, Irlanda, Israel, Japón, Korea, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Polonia, Romania, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos.

⁴ Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

⁵ Artículo 14. Beneficios por colaboración con la autoridad.

⁶ Por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y se modifica el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, sobre beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia.

Por otro lado, la figura de la delación se puede considerar “novedosa” dado que fue importada del derecho anglosajón⁷ y europeo⁸ por sus excelentes resultados. No obstante, como toda importación legal su implementación ha traído consigo desventajas de cara a su aplicación, como ha sucedido con otras figuras del Derecho de la Competencia, puesto que no responden a la realidad y a las necesidades del sistema legal nacional.

De hecho, cabe recordar que para parte de la doctrina la delación se asimila al Principio de Oportunidad del Derecho Penal, donde quien presta ayuda al ente investigativo tiene un premio, es decir, que en la delación del Derecho de la Competencia se compensa a quien colabora con la justicia entregando información y pruebas relevantes para desmantelamiento del Cartel, lográndose así beneficios frente a la sanción administrativa (Riquert, 2011, pág. 79).

Cabe señalar que, los efectos derivados de la aplicación del principio de oportunidad quedan en suspenso hasta que se cumpla con el compromiso de declarar, y, si el testigo no lo hace antes de que finalice el juicio, se revocará el beneficio. No obstante, si el imputado incumple el compromiso de servir como testigo, en ese momento, tal y como está redactada la norma, ya la Fiscalía había acordado previamente con el procesado la aplicación del principio de oportunidad y acudido ante el juez de control de garantías para su revisión, pero, aunque no se le puede conceder la inmunidad, dado que no declaró, sucede que ya es acreedor de la extinción de la pena (Forero, 2013, p. 174).

En síntesis, se interrumpe el proceso, hasta que el imputado o testigo cumpla con su compromiso de declarar. Es más, la norma, en vez de decir ‘suspenso’, debió decir ‘interrupción’. Si hay un compromiso por parte del imputado y/o acusado se debe interrumpir el proceso y, una vez rinda su declaración en juicio, el ente acusador debe renunciar a la persecución penal⁹.

En este sentido, la práctica jurídica anglosajona parte de la premisa de que la eficiencia de un sistema no se ve reflejada necesariamente por la cantidad de condenas intramurales, por eso, es bueno precisarlo, la aplicación de figuras como la inmunidad de los testigos y las negociaciones de culpabilidad cobran tanta importancia¹⁰.

⁷ Corporate Leniency Policy de 1978 y 1993.

⁸ Comunidad Europea normatividad para el Primer Programa de Delación 1996.

⁹ La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. Navarro, A. 2015. p.29. Recuperado de: <file:///C:/Users/bpala/Downloads/519-Texto%20del%20artículo-2153-1-10-20161102.pdf>

¹⁰ La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. Navarro, A. 2015. p.3 Recuperado de: <file:///C:/Users/bpala/Downloads/519-Texto%20del%20artículo-2153-1-10-20161102.pdf>

De otro lado, aparece la figura de la inmunidad que, dentro del marco de la oportunidad, permite hacer más eficiente el sistema penal y lograr su descongestión (Espitia, 2010, p. 143). Cabe señalar que, el procesado es eximido de responsabilidad penal, si se le aplica una inmunidad total, se constituye prácticamente en una modalidad de justicia premial (Manco, 2014).

En Colombia, el control de la inmunidad bajo el marco del principio de oportunidad se encuentra en cabeza de un juez de control de garantías, mientras que en los Estados Unidos de América la inmunidad la otorga un tribunal que no funge como tribunal de garantías sino como un control formal¹¹.

Por su parte, el Juez de Control de Garantías aplicará el Principio de Oportunidad en los casos en que se cumpla con alguna de las causales establecidas en el artículo 324 de la ley 906 de 2004, una vez el investigado acuda a la Fiscalía General de la Nación con la solicitud de que se le aplique dicho principio y el Fiscal traslade esa petición al Juez de Garantías para que este realice el control de legalidad pertinente¹².

Lo anterior para señalar que el problema surge cuando se presenta aplicar tanto los Beneficios por Colaboración como el Principio de Oportunidad a una misma conducta que configure tanto un delito como una vulneración a la libre competencia, en vista que ambas autoridades tienen total independencia y deciden independientemente a quien le otorgan los beneficios conforme a lo que está consagrado en la ley en cada régimen. En principio, afectaría a la Colusión en Licitación Pública, materia de nuestra investigación. (Luque, 2018, pág. 7)

En síntesis, es lo siguiente: si en contra de una persona se abre una investigación por presunta participación en Colusión en Licitación Pública, el investigado cuenta con la posibilidad de acogerse al programa de Delación de la SIC. Según la ley, si esta persona confiesa su participación, delata a los demás miembros del cartel y colabora eficazmente durante toda la investigación con la autoridad, se le podrán otorgar beneficios de hasta el 100% de perdón de la multa.

Así mismo, el juez de control de garantías aplicará el principio de oportunidad en los casos en que se cumpla con alguna de las causales establecidas en la ley artículo 324 de la ley 906 de 2004¹³ una vez el investigado acuda a la Fiscalía General de la Nación con la solicitud

¹¹ Ibídem p 32.

¹² Análisis del problema de superposición entre los beneficios por colaboración y el principio de oportunidad en las conductas anticompetitivas que también constituyen una conducta penal. P.7 (Luque, 2018)

¹³ Código de Procedimiento Penal.

que se le aplique dicho principio y el fiscal traslade esa petición al Juez de Garantías para que este realice el control de legalidad pertinente.

No obstante, en el caso en el que una persona cumpla con los requisitos para obtener los beneficios de la SIC, pero no para el principio de oportunidad, el delator va a dudar de colaborar con la autoridad de competencia. Debido a que, va a ser llamado por la Fiscalía para un juicio. Sin perjuicio, de terminar en la cárcel (Luque, 2018, pág. 8). Llegados a este punto, es importante señalar que las normas que regular el Principio de Oportunidad se encuentra consagrado en el artículo 330, de la ley 906 de 2004¹⁴.

Por un lado, la ventaja del programa de delación es disminuir los costos administrativos y transaccionales dentro de los procesos, utilizando medidas más eficientes y eficaces, para detener conductas anticompetitivas como la colusión en licitaciones públicas y proteger el derecho colectivo de rango constitucional, la economía nacional, los derechos de los consumidores y el buen funcionamiento de los mercados¹⁵.

Por otro lado, podemos decir que, sin un programa de delación, desde la psíquis del cartel será más beneficioso atenerse a una investigación de la SIC y esperar a ver si la autoridad por su cuenta logra reunir las pruebas en su contra, a delatar la conducta¹⁶.

En efecto, se puede concluir que el programa de beneficios por colaboración o régimen de clemencia¹⁷ es la opción más efectiva con la que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) contra las infracciones a la libre competencia.

Justamente, la figura de delación en materia de competencia prácticamente el antecedente más lejano fue en Estados Unidos en el año 1978 cuando intentó aplicar la figura. Después en 1993 estableció un programa de amnistía o de delación compensada, con el fin de favorecer la denuncia de carteles y ayudar su investigación. A su vez la Unión Europea lo hizo en 1996 (Gómez, 2009, pág. 14).

¹⁴ La ley 906 de 2004 en materia de principio de oportunidad, fue reformada por la ley 1312 de 2009 Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia. Gobierno Nacional expide nuevas reglas para incentivar la delación en la lucha contra la cartelización empresarial. [En línea]. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/noticias/gobierno-nacional-expide-nuevas-reglas-para-incentivar-la-delacion-en-la-lucha-contra-la-cartelizacion-empresarial>

¹⁶ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William E. Kovacic, "The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels

¹⁷ Hans – Wilhelm Krüger, The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis, Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics, (2001). Recuperado de: <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.p.p. 3-6>.

Según Juliana Gómez el ahorro de los recursos y el tiempo son los argumentos para destacar en la aplicación de la figura de la delación. En razón a que evita un desgaste para la autoridad que investiga y manda un mensaje claro de prevención para evitar la cartelización. La mayoría de autores coinciden en que la finalidad es obtener beneficios. Entre estos: (i) Desestabilización de cárteles existentes, (ii) Disuasión de formación de nuevos cárteles, y (iii) Reducción de costos del proceso persecutorio (Gómez, 2009, págs. 23,24). En mi concepto el más importante es el primero, porque sin poder desmantelar el cartel, continúan los perjuicios en la economía de mercado y sus efectos nocivos a los consumidores.

Uno de los casos exitosos en los cuales el uso de dicha figura fue fundamental para lograr que la SIC lograra sancionar de manera efectiva a empresas que incurrieron en este tipo de prácticas fue mediante la Resolución No. 43218 de 2016, resolución que sancionaba el comúnmente denominado “cartel de los pañales”. En este caso, mediante la Resolución No. 47965 del 4 de agosto de 2014, la delegatura para la protección de la competencia de la SIC abrió la investigación y formuló pliego de cargos contra Colombiana Kimberly Papel S.A. (en adelante “Kimberly”), Productos Familia S.A. (en adelante “Familia”), Tecnoquímicas S.A. (en adelante “TQ”), Tecnosur S.A.S. y Drypers Andina S.A., con el fin de establecer si en el mercado de producción, distribución y comercialización de pañales para bebe en Colombia se configuraron prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia¹⁸.

En línea con lo anterior, este caso reveló un riesgo gigantesco para la delación: que las conductas trasnacionales pueden ser investigadas por organizaciones internacionales donde no hay inmunidad. Por ejemplo, la CAN¹⁹. Se trata del pronunciamiento que, en primera instancia, hizo la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) el pasado 20 de marzo, ante una solicitud que realizó en 2016 la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de la República del Ecuador (SCPM) en el sentido de que habría una posible práctica anticompetitiva en este caso, con efecto real en uno o más países miembros. En el segundo semestre de 2016, la SCPM hizo dos intentos ante la SGCAN para la apertura de investigaciones: el primero, en papel higiénico contra Kimberly Clark, Familia Sancela y CMPC –empresa chilena de papel– por supuestas prácticas anticompetitivas, pero esta fue declarada inadmisible por el organismo regional. Sin embargo, la entidad de vigilancia ecuatoriana presentó una nueva solicitud que se refería a una práctica restrictiva en relación con ese mercado, que incluye las filiales de Kimberly

¹⁸ Resolución No. 43218 de 2016, páginas 164- 170

¹⁹ Comunidad Andina. Es una organización internacional que cuenta con diversos órganos e instituciones que integran el Sistema Andino de Integración (SAI). Recuperado de: <http://www.comunidadandina.org/>

y Familia en Colombia y Ecuador, y además del papel higiénico involucra una gama de papeles suaves²⁰.

Del mismo modo, durante el trámite de la averiguación preliminar, Kimberly y Familia se acogieron a dicho programa de beneficios por colaboración, confesando su participación en las conductas restrictivas de la competencia, reconociendo su responsabilidad, aportando pruebas relevantes para la actuación administrativa y suscribiendo Convenios de Colaboración con el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de conformidad con lo previsto en el Decreto 2896 de 2010²¹, razón por la cual, finalmente se sancionó efectivamente a TQ y a Familia concediéndole a este último una exoneración del pago del 50% de la multa impuesta por haber dado cumplimiento a los requisitos del Programa de Beneficios por Colaboración, en su condición de segundo delator de conformidad con el Decreto 2896 de 2010²².

De la misma manera, debido a que la ventaja en este punto es lograr los resultados esperados mediante el programa de beneficios por colaboración, en este sentido en la delación la recompensa o compensación por delatar debe ser real y debe traer un beneficio superior para el cartelista, es decir, el costo-beneficio para el delator debe ser mayor que él de continuar en la conducta anticompetitiva.

Puesto que dentro de las ventajas del programa de delación se encuentran los beneficios económicos por el respeto a la libre competencia que, redundan en mejores condiciones para los consumidores, en cuanto a precios, calidad, estándares de tecnología y funcionalidad de productos y servicios²³.

Con el paso del tiempo, el programa de beneficios por colaboración o régimen de clemencia ha conseguido el respaldo internacional de más de 100 jurisdicciones internacionales, los cuales lo han implementado con resultados favorables para la libre competencia en el mercado²⁴.

²⁰ Se abre nuevo capítulo del cartel del papel higiénico a nivel internacional. Recuperado de: <https://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/sanciones-para-el-cartel-del-papel-higienico-por-sgcan/256765>

²¹ Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009

²² Ibídem. Páginas 134 -150

²³ Resolución N° 43218 de 2016, página 21.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia. Gobierno Nacional expide nuevas reglas para incentivar la delación en la lucha contra la cartelización empresarial. [En línea]. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/noticias/gobierno-nacional-expide-nuevas-reglas-para-incentivar-la-delacion-en-la-lucha-contra-la-cartelizacion-empresarial>, página 22.

Así mismo, la ventaja desde el punto de vista del incentivo disuasorio debe interpretarse como el “dilema del prisionero”, es decir, el temor de los cartelistas a ser descubiertos ante la autoridad competente por otro miembro anticipadamente, lo anterior para obtener los beneficios primero, lo que trae como resultado un rechazo a la cartelización empresarial por el miedo a ser delatado²⁵.

1.1. LA DELACIÓN: ¿ES UNA AUTOINCRIMINACIÓN?

Con respecto a la autoincriminación hay una preocupación importante, y es que en el instante que se acepte la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 de Decreto de 2153 de 1992²⁶, se verá involucrado en una investigación penal, la cual desincentiva la figura de la delación y su eficacia. En primer lugar, es importante resaltar que la sanción constituida en la ley de competencia como en el derecho penal recae en el delator.

Por lo tanto, al confesar la conducta va traer un evento adverso. Es decir, en el evento de un acuerdo en una licitación pública, el incentivo que genera la Ley 1340 de 2009 es la delación. En principio, la intención del legislador era disuadir al potencial infractor de la norma (Bocanegra, 2014, págs. 253,254). Es importante mencionar que la colusión en una licitación privada también se presenta, pero no hablaremos de ella porque no es de nuestra investigación. Existen organizaciones que se dedican en sus eventos exclusivamente a hablar de ese tema como la International Competition Network (ICN)²⁷.

Por el contrario, pienso que el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011²⁸ lo que hizo fue restarle valor. Me explico en el siguiente ejemplo: si un empresario realiza una colusión en un proceso de licitación pública y posteriormente de ejecutar el acuerdo decide delatar, antes de la expedición de la ley 1474 de 2011 solo se comprometería a la sanción administrativa por parte de la SIC, pero como decide delatar, el artículo 14 de la Ley 1340 admitía, siempre y cuando se cumplieran los requisitos allí señalados, que la SIC se abstuviera de imponerle la multa hasta en su totalidad.

²⁵ Ibídem, página 22.

²⁶ Por el cual se reestructura a Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <https://www.ani.gov.co/decreto-ley-2153-de-1992>

²⁷ International Competition Network (ICN) es una organización internacional dedicada a fomentar el debate de temas actuales relacionados con el derecho de la competencia, promoviendo el intercambio entre autoridades de competencia y agentes no gubernamentales del mundo entero. Recuperado de: <https://centrocedec.org/icn-2/>

²⁸ Estatuto Anticorrupción. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Hoy, con la expedición de la ley 1474 -que tipificó el delito de colusión en licitación pública-, se exoneran de la sanción administrativa pero no de la sanción penal²⁹.

En consecuencia, la forma de enfrentar a los carteles, a grandes rasgos, radica en provocar a uno de los integrantes del cártel a acudir a las autoridades y confesar su conducta y de esta manera delatar a sus coautores para que ellos respondan. Con base en lo anterior, los programas de delación son vistos como una herramienta eficaz y efectiva para sacar a la luz acuerdos secretos que puedan pasar desapercibidos o por el contrario, para probar la existencia de acuerdos que aunque no pasan desapercibidos, existen casos en los que desgastan el aparato investigativo de las autoridades (Gómez, 2009, pág. 22).

Luego de la coyuntura relacionada con el “carrusel o cartel en la contratación” en Colombia y específicamente en Bogotá, surgió una iniciativa legislativa con el fin de proteger los procesos contractuales, en particular las licitaciones públicas. A la vez, en la SIC se creó un grupo anticolusión para perseguir a los carteles en la contratación pública (Archila, 2012, pág. 1).

Como ya se ha dicho anteriormente, la delación ha sido un programa de incentivos y beneficios para el delator. Sin embargo, estos incentivos desaparecieron con expedición de la ley 1474 de 2011, artículo 27, que modificó el artículo 410 de la Ley 599 de 2000³⁰, e incorporó el artículo 410 A, que convierte la política de delación prevista en la Ley 1340 de 2009³¹, en una política de desincentivos y un escenario infortunado para el delator. Lo anterior, porque existe responsabilidad con otras áreas, por ejemplo, el derecho administrativo, constitucional, civil, entre otros (Matallana Camacho, 2015, págs. 70, 71).

En vista que la finalidad del programa de delación es romper la ley del silencio que rige entre los miembros de un cártel, los programas de delación son admitidos como alternativa para remediar las prácticas colusorias, tema de nuestra investigación. Lo que sucede es que, en el ordenamiento jurídico colombiano, los que optan por denunciar la conducta en la que incurrieron, para exonerarse de la multa o la rebaja de la misma, quedan sujetos a una responsabilidad penal, que lo llevaría a estar en la cárcel, y, por lo tanto, en un análisis costo-beneficio, claramente es un desincentivo en los casos de colusión en licitaciones públicas.

²⁹ Revista de derecho, universidad del norte, 42, página 255. Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85132008010>

³⁰ Código Penal. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388>

³¹ Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38168>

En cambio, en Brasil, la mayoría de los casos de cártel resueltos en los últimos años, además de las multas, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (en adelante, CADE) ha estado ordenando principalmente la publicación de la decisión en un importante periódico. En cuatro casos, además de dicha sanción, el CADE prohibió el que el infractor participe en la contratación pública procedimientos y obtención de fondos de las finanzas públicas institucionales durante 5 años.

En casos más recientes, el CADE ha recomendado a las autoridades fiscales que impidieran que el infractor obtuviera beneficios fiscales, y ordenó la inclusión del nombre del infractor en la lista de consumidores brasileños. Por último, en un único asunto resuelto en el año 2014 en relación con la presunta conducta del cártel, el CADE tomó uno asunto aún más agresivo, y adoptó un enfoque estructural para lograr una disuasión óptima. Además de los casos descritos anteriormente, hay más de 100 investigaciones de cárteles en curso pendientes antes del CADE, incluyendo casos como TFT-LCD, CRT, vidrio, transitarios o embarcadores aéreos, DRAM, ODD, subterráneos cables, cables submarinos, polímeros, sal y silicato, la mayoría de ellos iniciados a través de solicitudes de clemencia³².

En efecto, podemos decir que, por virtud del artículo 410 A de la ley 599 de 2000 se definieron desincentivos que daban una alta probabilidad de que, a menos que se firme un acuerdo de colaboración con la fiscalía, los delatores en materia de competencia irían a la cárcel. Dicho riesgo lo podemos ilustrar en el siguiente ejemplo: dos empresarios deciden coludir, en consecuencia, ¿Cuáles son las razones por la cuales se puede presentar el supuesto de la delación (artículo 14 de la Ley 1340 de 2009)? La respuesta en principio puede ser que uno de los dos haya incumplido el acuerdo, un tercero se haya enterado, y esté dispuesto a colaborar con la justicia, o simplemente que la autoridad, bien sea la SIC o la Fiscalía, lo haya detectado. Entonces, en cualquiera de esas situaciones es evidente que las condiciones iniciales del acuerdo cambian, ya que el delator debe afrontar un riesgo adicional: la probabilidad de que con la información la autoridad, lo sancione, con lo cual las reglas del acuerdo cambian y los

³² Challenges Ahead of Leniency Programmes:

The Brazilian Experience. Journal of European Competition Law & Practice Advance Access published February 2, 2015. Recuperado de: file:///C:/Users/Escritorio/Downloads/20150203131310_challenges-ahead-of-leniency-programmes--the-brazilian-experience---journal-of-european-competition-law-e-practice---oxford-university-press---amp---fe(4).pdf (Martinez. A. 2015, página, 2)

participantes del mismo van a pelear por quién va a ser el primero en delatar y hacerse al beneficio otorgado por la ley³³.

Así, en el caso hipotético que el empresario (E_1) decide delatar, el resultado de su comportamiento será que obtendrá una rebaja (r) en la sanción penal, y si es el primero, se librará de la totalidad de la sanción administrativa (ma_2), mientras que si el empresario 2 (E_2) decide también colaborar y delatar, por ser el segundo únicamente obtendría un descuento parcial en la sanción administrativa (ma_1) y se ganaría toda la sanción penal. Si uno de los dos decide colaborar y el otro no, el primero obtendría una rebaja (r) en la sanción penal y se librará de la totalidad de la sanción administrativa (ma_2), mientras que el que no decide no delatar recibiría una sanción administrativa total (ma_2) y una sanción penal completa (sp).

En contraste, si ninguno de los dos decide delatar, aunque la autoridad ya haya detectado el acuerdo, cada uno de ellos recibirá la totalidad de la sanción administrativa por parte de la SIC (ma_2) y la totalidad de la sanción penal (sp)³⁴. Mi postura es por mantener la sanción administrativa de las multas y modificar la sanción penal.

Por ejemplo, en Estados Unidos se encuentra el “Corporate Leniency Policy”(en inglés)³⁵ en el cual se previó una amnistía automática frente a cargos penales para el delator que se presente ante la autoridad e informa la actividad ilícita en la que se encuentra envuelto. Eso sí cumpliendo estrictamente los requisitos, entre estos: (i) Que la División Antimonopolios no haya recibido información sobre actividades ilegales allegadas por otra fuente, (ii) Que se tomen las acciones necesarias para terminar la conducta luego de tener conocimiento de la misma, (iii) Que se informe detalladamente la situación y se comprometa a colaborar con la División Antimonopolios durante toda la investigación, (iv) La confesión del comportamiento, (v) Que se hagan restituciones a los terceros que han sufrido daños etc.³⁶ Posteriormente, la Comisión Europea de Competencia introdujo el programa de delación en 1996 por medio de la comunicación 96/C 207/04³⁷. De la misma manera, en Centro América y Latino América, entre estos, Brasil, Chile, México y Colombia. No obstante, en el caso de Estados Unidos el derecho de

³³ Para Matallana Camacho, la libre concurrencia es una garantía dentro de la licitación que permite que todas las personas que reúnan los requisitos exigidos, tanto en la ley como en el pliego de condiciones, puedan ofrecer los bienes y servicios que la administración requiera para el cumplimiento de sus fines; se busca la presentación del mayor número de oferentes e impedir que haya colusión entre los participantes (Matallana Camacho, 2013, página, 582).

³⁴ Tesis: Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia. Páginas 70-74.

³⁵ Los ordenamientos jurídicos y los doctrinantes traducen diferente el término “Leniency”. A lo largo del texto emplearé la palabra delación, clemencia o amnistía como términos sinónimos.

³⁶ Sección A Corporate Leniency Notice, Department of justice. Recuperado de: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. EE.UU.1993

³⁷ 1996 Comunicado de la Comisión sobre: non-imposition or reduction of fines in cartel cases Oficial Journal C 207, 18.07.1996 p.4-6 Recuperado de: http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html

la competencia en materia de carteles es un delito, no una infracción administrativa (Gómez, 2009, pág. 14 y 15).

En forma opuesta, los autores Motta & Polo, 2003 señalan que otorgar amnistía puede inducir a la cartelización en vez de disuadirla (Motta & Polo, 2003, pág. 5). Sin embargo, al no otorgar amnistía, se deja el cartel en la sociedad. Por consiguiente, puedo deducir que el daño es invaluable.

Finalmente, hago especial énfasis en decir, que el éxito del programa de delación, se encuentra, en que sea más favorable para el delator, después de analizar las ventajas y desventajas que contempla el ordenamiento jurídico colombiano, denunciar y revelar la información secreta de las conductas anticompetitivas, que continuar en el cártel.

1.2. CONFIDENCIALIDAD DE LA DELACIÓN

Para hablar de este punto veamos el caso Kimberly en Ecuador: el 20 de octubre de 2016, la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante, SGCAN) recibió una comunicación de la Superintendencia Ecuatoriana de Control de Poder de Mercado (en adelante, SCPM) solicitando la apertura de una investigación contra Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., y Kimberly Clark del Ecuador S.A. por haber presuntamente coludido para fijar el precio del papel higiénico en la región. El SCPM se enteró de este supuesto cártel porque Kimberly Clark decidió confesar que era parte de un cártel regional y proporcionó pruebas de su existencia en Colombia, Perú y Ecuador. Kimberly Clark esperaba que, como consecuencia de su solicitud de clemencia, la multa fuera condonada o reducida en todos esos países, pero nunca previó que el SCPM entregaría la información y sus declaraciones a la SGCAN³⁸.

La mayoría de los carteles se detectan a causa de las confesiones, y puede ser una característica clave que los incentivos para los informantes deben estar correctamente alineados: las empresas se lo pensarán dos veces antes de considerar la clemencia si, al hacerlo, se exponen a más sanciones. Para asegurarse de que los incentivos estén debidamente regulados en la ley, la mayoría de los países exigen que las agencias de competencia que admiten a un solicitante de clemencia, mantengan la debida confidencialidad y secreto³⁹.

³⁸ Competition News: An Ecuadorian Court Declared a Declassification Ordered by the Superintendency for Market Power Control Illegal. Recuperado de: <https://www.pbplaw.com/en/derecho-de-competencia-tribunal-ecuatoriano-declaro-illegal-la-desclasificacion-realizada-por-la-scpm/>

³⁹ Ibídem. p.1 PBP Equipo de competencia

Sin embargo, en un régimen relativamente nuevo que ha recibido pocas confesiones en Ecuador, el equilibrio entre la confidencialidad y la obligación de dar aviso de cualquier ilegalidad a otras autoridades todavía se está desarrollando⁴⁰.

Uno de los elementos determinantes para que el éxito es la confidencialidad. En vista de que el cartelista necesita protección y discrecionalidad para la efectividad del programa⁴¹. Pese a que en teoría se firma un acuerdo de colaboración con la SIC en cuanto a la confidencialidad, todavía existe mucho por hacer. Específicamente la garantía al delator y su reserva. Dicho de otro modo, se requiere mayor seguridad de sus datos y la divulgación de los mismos. Particularmente, en Colombia el delator se enfrentaría a la jurisdicción de competencia, a la jurisdicción civil y penal, entre otras, esto aumenta el grado de confidencialidad (Serrano-Pinilla, 2011, pág. 12).

Al mismo tiempo, la exoneración de las multas que pudiera otorgar la Superintendencia de Industria y Comercio en algunos casos es poco atractiva para el delator en contraste con las eventuales indemnizaciones civiles frente a terceros debido a la delación⁴².

Actualmente, falta de cooperación entre la jurisdicción de competencia y la jurisdicción penal. Frente a este punto, es menester indicar que gran causa del arrepentimiento del delator en el programa de beneficios por colaboración se da por las probables consecuencias penales.

Llegados a este punto, con fundamento en las experiencias, la delación presenta una incapacidad en el tema de pruebas por los sistemas tradicionales, por el hecho de la imposibilidad de detectar y constituir material probatorio suficiente para sancionar a los carteles.

Un ejemplo, es el delator, Orlando Barrios Giraldo⁴³ porque incumplió todos los deberes en su calidad de delator, en la medida en que no acudió a las citaciones para presentar su declaración, ni colaboró durante el trámite de la investigación, sino que se retractó de su declaración rendida en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración.

⁴⁰ Ibidem p.1

⁴¹ Secretariat of Economic Laws de Competition Division Brazil's Leniency Program. Febrero 2008. Recuperado de: <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B557F1C6C-D5DA-48FB-9FCE-2CE68C6D5330%7D%ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A/7D>

⁴² Laura Roldán castellanos, problemas en la regulación del programa de beneficios por colaboración en Colombia y posibles soluciones al respecto. [en línea]. Recuperado de: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/8233297/9.+roldan-253-299.pdf/953e8f7f-2453-451a-a121-1e6228d9ab0d>

⁴³ Resolución 19890 de 2017, página 17. Declaración del delator arrepentido.

Así que, mediante comunicación del 22 de octubre de 2015 se retractó de su declaración rendida en el marco del programa, como consecuencia de una denuncia penal presentada en su contra por otro investigado. Es decir, el delator se arrepintió por probables consecuencias penales (Santodomingo & Sánchez, 2017, págs. 80,81).

En el caso Colombiano, podemos decir que, dadas las condiciones de la estructura económica, este tiene tendencia a la cartelización. Esta conducta se enmarca en el género de prácticas comerciales restrictivas (Gómez, 2009, pág. 20).

1.3. ANÁLISIS DEL DILEMA DE PRISIONERO

Con este análisis se busca ensayar las estrategias competitivas, supone la existencia de un número plural de participantes en el mercado, en las que las decisiones individuales van encaminadas a las expectativas de los otros individuos que forma el cartel. La posibilidad de tomar una decisión idéntica se remonta al conocido dilema del prisionero. Es decir, es la situación con la que se ilustra en materia de economía la llamada “teoría del juego” (Zingales, 2008, págs. 8,12).

Lo anterior, resulta pertinente abordar una explicación breve sobre en qué consiste la teoría de juegos, y su maximización de resultados. Se basa en el enfrentamiento de las decisiones de los miembros de cartel. Entonces, cada uno deberá tener una estrategia dominante, eso sí, sin lugar a equivocarse⁴⁴. Así que, cada jugador perseguirá su propio interés individual, pero teniendo en cuenta lo que está en juego, decidirá en no permitirse el riesgo de cooperar a menos que esté seguro de que el otro hará lo mismo⁴⁵.

El típico ejemplo es el siguiente: dos presos que han cometido un delito son interrogados en la cárcel por las autoridades. Existen suficientes pruebas para condenar a ambos sospechosos por un delito menor, pero les gustaría condenarlos por un delito mayor, para el cual necesitan más pruebas.

⁴⁴ Es un estímulo para apartarse del acuerdo hecho en el cartel. Se puede volver en una competencia por ser el primer delator.

⁴⁵ See Sprattling, “Making companies an offer they shouldn’t refuse, The Antitrust Division’s Corporate Leniency Policy-An Update”, speech delivered at Washington DC, before Bar Association of the District of Columbia’s 35th Annual Symposium on “Associations and Antitrust” (February 16, 1999), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2247.htm>.”

Por esta razón, tratarán de obtener una confesión de cada uno de los sospechosos, prometiendo una sanción menor para él que confiese primero. Quedando con dos opciones: En primer lugar, cooperar con las autoridades y finalmente, la no cooperación con las autoridades.

Aunque confesar es una estrategia débilmente dominante para ambos jugadores, lo que hace que el par de estrategias (confesar, confesar) sea un equilibrio de Nash⁴⁶, todavía hay un segundo equilibrio en el juego: (no confesar, no confesar). Así, en ausencia de cualquier filtración de información, la cooperación entre las dos partes puede hacer que ambas jueguen a "no confesar" y garantizar un mejor resultado⁴⁷.

Sin embargo, las cosas son tan simples como se describe en esta situación hipotética, los miembros del cártel por lo general carecen de certeza sobre la incriminación de la información que no se difunde, ya que esto podría obtenerse no sólo por el hecho de que el otro miembro engañe a la otra persona o a la empresa.

En consecuencia, como mejor estrategia para cada jugador, será confesar. Además, se da la aplicación real de los estímulos para confesar su culpabilidad. En cambio, existe el escenario cuando ambos jugadores deciden NO confesar, ya que no existe ningún atractivo como, por ejemplo, la reducción de las sanciones imponibles cuando las partes deciden confesar. (Zingales, 2008, págs. 5,6).

No obstante, en la lucha contra los cárteles muchos académicos y autoridades de la competencia describen la decisión de solicitar clemencia en el contexto del dilema del prisionero en el que los miembros del cártel emiten repetidos juicios sobre la rentabilidad de permanecer en un acuerdo de cártel en contra de hacer trampa en el acuerdo o de acercarse a la autoridad de competencia. El hecho de que la inmunidad sólo está disponible para la primera empresa reveladora se dice que desencadena una "carrera" hacia la autoridad de la competencia, quebrantando la confianza que sostiene el acuerdo colusorio.

Como consecuencia de ello, los cárteles activos se desestabilizan y los futuros se disuadan. Dentro de este paradigma económico de disuasión, los miembros del cartel se supone que son empresas que actúan como actores racionales. Las realidades de la clemencia son

⁴⁶El equilibrio de Nash se entiende como una situación en donde los individuos o jugadores no tienen ningún incentivo a cambiar su estrategia tomando en cuenta la estrategia de sus oponentes. Recuperado de: <https://economipedia.com/definiciones/equilibrio-de-nash.html>

⁴⁷ Gordon J. Klein es un académico de la Universidad de Münster, en Alemania. Se especializa en Teoría de Juegos, Microeconomía, y Organización Industrial. Página 2 – Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence. Klein, Gordon.

menos claras. Contrariamente a la suposición predominante sobre la elección racional, los cárteles a menudo se ven afectados por las caídas del mercado y la imprevisibilidad de las multas corporativas hace un cálculo preciso de la sanción.

También es importante señalar que los cárteles no se organizan normalmente en un nivel institucional dentro de la empresa. Muchas infracciones son cometidas por un número reducido de personas de empleados deshonestos o dentro de una subsidiaria con objetivos que no necesariamente se alinean con las de su superior.

La evidencia empírica disponible plantea interrogantes sobre la medida en que la clemencia está logrando desestabilizar el funcionamiento de los cárteles existentes y lograr la disuasión. Se sugiere que la mayoría de los casos de cártel descubiertos por la delación, al menos en el caso del Unión Europea dejaron de funcionar antes de que se notificaran.

Además, la decisión de solicitar la clemencia implica una consideración de múltiples factores y riesgos que pueden significar que no es apropiado caracterizar la solicitud de clemencia para la autoridad de defensa de la competencia como una simple "carrera" para entrar en primer lugar con el fin de garantizar la inmunidad de las multas (incluso cuando los niveles han aumentado significativamente en los últimos años).

Si bien la delación es probable que las políticas de defensa de la competencia sigan siendo fundamentales para la aplicación de la legislación sobre cárteles, las autoridades de defensa de la competencia deberían reorientar su atención en mayor medida que en la actualidad hacia el aumento de su capacidad para descubrir cárteles a través de sus propios esfuerzos de investigación⁴⁸.

Finalmente, la literatura teórica existente sobre las políticas de delación, que permite vislumbrar las incertidumbres y complejidades que se aplican a la clemencia en la práctica. Es difícil predecir, ex ante, la proporción de empresas capaces de equilibrar los beneficios esperados de unirse a un cártel con la probabilidad de sanción y probabilidad de detección, ya que estos dos últimos factores pueden ser difíciles de detectar. También es un tanto engañoso describir el proceso de indulgencia como una "carrera" hacia la autoridad de competencia.

⁴⁸ Leniency Theory and Complex Realities. Recuperado de:
<http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8235397/CCP+Working+Paper+14-8.pdf/3a273397-457c-4109-8920-d79c6709774b>

Antes de tomar la decisión de dirigirse a la autoridad de defensa de la competencia, la empresa debe llevar a cabo su propia investigación interna frente a la creciente alza de métodos sofisticados empleados por individuos que intentan ocultar sus actividades de cártel.

La solicitud de clemencia está llena de incertidumbres y peligros que el ejecutivo de la empresa el consejo debe equilibrarse con el incentivo de presentarse a tiempo para recibir inmunidad o un descuento significativo en las multas⁴⁹.

⁴⁹ Ibídem. P. 19

Capítulo II

2. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA SUS MULTAS Y SANCIONES

En este capítulo para dar respuesta a nuestro problema de investigación que planteamos así: ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia? mencionaremos los principales cambios realizados por la ley 1474 de 2011 artículo 27 a la ley 599 de 2000 numeral 410 A, para luego contrastarla con el artículo 6 de la ley 1340 de 2009 con la intención de hacer una ponderación armónica y balanceada de estas disposiciones. Posteriormente, voy a mencionar la responsabilidad que tiene el delator en la normatividad. Dicho análisis consta de una revisión a la delación y procesos de licitación pública en Colombia y aspectos jurídicos que va afrontar el delator en otras materias, para responder a la hipótesis planteada en esta investigación. Por último, haré un análisis del modelo de sanción que existe en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, la pregunta de investigación está dirigida a determinar ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia?

Para responder a este interrogante a continuación realizaré una descripción de la inconveniencia de la figura de la delación en el marco de licitación pública. Según el doctor Pablo Márquez el costo de la delación es mayor al beneficio⁵⁰ En resumen, esta es una conclusión a nuestro interrogante. Ya que la delación vista como una transacción, en la que el Estado le compra a un particular el caso. Es decir, la exoneración termina siendo el análisis costo-beneficio por parte del Estado en cuanto a la dificultad para detectar las prácticas restrictivas de la competencia, sin que incluyera o tuviera a su disposición el principio de oportunidad⁵¹ que en materia penal ha resultado ser efectivo cuando lo hechos y la pruebas por quien participa en el programa resultan siendo ciertas⁵².

Por otra parte, la expedición de la ley 1474 de 2011 que promulgó el Estatuto Anticorrupción con el fin de castigar y sancionar penalmente a los participantes de prácticas

⁵⁰ Ibídem. Ver: 34:08 a 34:15 minutos

⁵¹ La posibilidad de renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/PrincipiodeOportunidad.pdf>

⁵² Intervención del doctor Carlos Pablo Márquez Escobar. Ver: 1:57 a 2:39 minutos de su participación durante el Foro Delación en Colombia: Primeras experiencias en la Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=U1856Dd6ijU>

colusorias, elevó a categoría de delito la conducta de coludirse en una licitación pública como se aprecia en el siguiente texto: "El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años"⁵³. Aquí es necesario hacer una precisión: desde el punto de vista del derecho penal, cuando se trate de personas jurídicas, la pena principal es atribuible al representante legal. (Bocanegra, 2014, pág. 242). Es decir, el representante legal (persona natural) es el que iría a la cárcel.

En consecuencia, se tensionó la política de delación o programas de beneficios por colaboración prevista en la ley 1340 de 2009. Puesto que se criminalizó una conducta que tiene que ver con múltiples reproches normativos y que ya venía siendo sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Esto es, los acuerdos restrictivos de la competencia previstos en el Decreto 2153 de 1992 revestía estas prohibiciones⁵⁴.

Así mismo, la sanción establecida en la normatividad colombiana sin pretenderlo, desincentivó la delación. Debido a que convertir esta conducta en delito, al delator lo lleva a la cárcel.

Por otro lado, en la ley 1340 de 2009 en su artículo sexto establece: "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"⁵⁵.

Como lo he señalado líneas atrás, la colusión en licitación pública puede ser investigada y sancionada vía administrativa, por violación a la libre competencia (Decreto 2153 de 1992), vía jurisdiccional (Ley 1474 de 2011), acción penal y civil responsabilidad por competencia desleal, vía contenciosa administrativa, de nulidad y restablecimiento del derecho, sin perjuicio de una

⁵³Se encuentra en la ley 1474 de 2011 Artículo 27. Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Igualmente en Ley 599 de 2000 Artículo 410A, Acuerdos Restrictivos de la Competencia. Recuperado de:

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley147412072011.pdf>

⁵⁴ Tratamiento de la colusión en la contratación pública: una visión del caso colombiano p.235

⁵⁵ Ley 1340 de 2009 artículo 6. Autoridad nacional de protección de la competencia. Recuperado de:
http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html#6

investigación fiscal, la vías constitucionales e incluso la disciplinaria (Bocanegra, 2014, pág. 240). Un escenario sin duda, inconveniente y desfavorable al delator.

Frente a las normas de competencia, el numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 consagra lo siguiente: se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) “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”⁵⁶.

Adicionalmente, el doctor Felipe Serrano-Pinilla señala lo siguiente: hay que tener en cuenta que la infracción puede generarse tanto por objeto como por efecto, esto es, sancionables tanto la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar el proceso de licitación o adjudicación como el efecto producido, tanto en el mercado como en el desarrollo del proceso contractual, con el acuerdo. Con lo cual la competencia por el mercado se ve afectada por la adjudicación final del contrato, no a la empresa más eficiente, sino a la que, a través del acuerdo, ha fijado las mismas empresas (Serrano-Pinilla, 2011, pág. 150).

En materia administrativa, y de conformidad con el artículo 6 de la 1340 de 2009, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio detecte o tenga información de la ocurrencia de una práctica contraria a los postulados de la libre competencia, realizará un procedimiento administrativo sancionador incluyendo multas⁵⁷. Esto es, la consecuencia a la violación de las disposiciones que protegen el régimen de libre competencia.

Aunque hay ventajas por revelar información a cambio de premios o incentivos lo cierto es que la delación nunca ha sido bien vista. Por el contrario, ha sido asociada con las características más ruines y mezquinas del ser humano, no ha sido recibida bien ni por la sociedad ni por el ser humano⁵⁸.

El propósito se los programas de beneficios por colaboración se pensaron como un instrumento a través del cual la SIC concediera beneficios a las personas naturales o jurídicas que realizara prácticas infractoras al régimen de libre competencia, como son la colusión en

⁵⁶ Decreto 2153 de 1992 Recuperado de:

http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

⁵⁷ DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.06> p.241

⁵⁸ Según Ortiz-Pradillo 2015 “El difícil encaje del delator en el proceso penal” Diario la Ley, núm. 5860, de 12 de junio de 2015, pp. 1-10.

licitaciones públicas. Los beneficios se ciñen de acuerdo a las siguientes reglas: En primer lugar, los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le será impuesta. En segundo lugar, el instigador o promotor de la conducta no podrá recibir beneficios. En tercer lugar, la SIC establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará, en función de calidad y utilidad de la información que se aporte (eficiencia de la colaboración, la oportunidad de la colaboración)⁵⁹.

Es importante recordar que el régimen de beneficios por colaboración tuvo una evolución luego de la modificación del Decreto 2896 de 2010,⁶⁰ esto con el fin de incentivar el uso de este programa para la identificación y desestabilización de carteles. Su resultado es el Decreto 1523 de 2015,⁶¹ el cual consagra los requisitos para participar en el programa actualmente.

Los beneficios otorgados por la SIC son los siguientes: a) Al primer delator se le concede la exoneración total de la multa a imponer⁶². b) Al Segundo delator se le otorga entre el 30% y el 50%. c) Al tercero y demás solicitantes posteriores se les concederá el 25% de la multa. En todos los casos, se tendrá en cuenta la utilidad de la información y las pruebas aportadas. El decreto señala que la información útil será la que agregue valor a las que ya obren en el expediente (Santodomingo & Sánchez, 2017, pág. 56). En el caso Odebrecht, investigado por la prohibición general prevista en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, vale la pena decir que, no es un acuerdo entre competidores⁶³. Ese cartel no se consumó pues los competidores no se pudieron poner de acuerdo. La SIC, por lo tanto, se abstuvo de formular pliego de cargos por estos hechos⁶⁴.

⁵⁹ Artículo 14 de la ley 1340 de 2009

⁶⁰ Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009

⁶¹ Por el cual se modifica el Artículo 2.2.2.29.4.5 del Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo

⁶² Artículo 5°. Condiciones para conceder una exoneración total de multa.1. Que sea el primero en el tiempo en: a) Reconocer que participó o participa en el acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia; b) Suministrar información sobre el conjunto de los siguientes aspectos: objetivos, principales actividades, funcionamiento, nombre de todos los partícipes, grado de participación, domicilio, producto (s) o servicio (s), área geográfica afectada y duración estimada del presunto acuerdo o acuerdos restrictivos de la libre competencia que denuncia; c) Suministrar, de inmediato o dentro del plazo acordado con el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, las pruebas que obren en su poder sobre todos y cada uno de los aspectos antes indicados.

⁶³ Lecciones del caso Odebrecht. Recuperado de:<https://www.dinero.com/edicion-impresa/editorial/articulo/las-lecciones-del-caso-odebrecht/264402>

⁶⁴ La tragedia de la ruta del sol. Recuperado de:<http://especiales.semana.com/ruta-del-sol/>

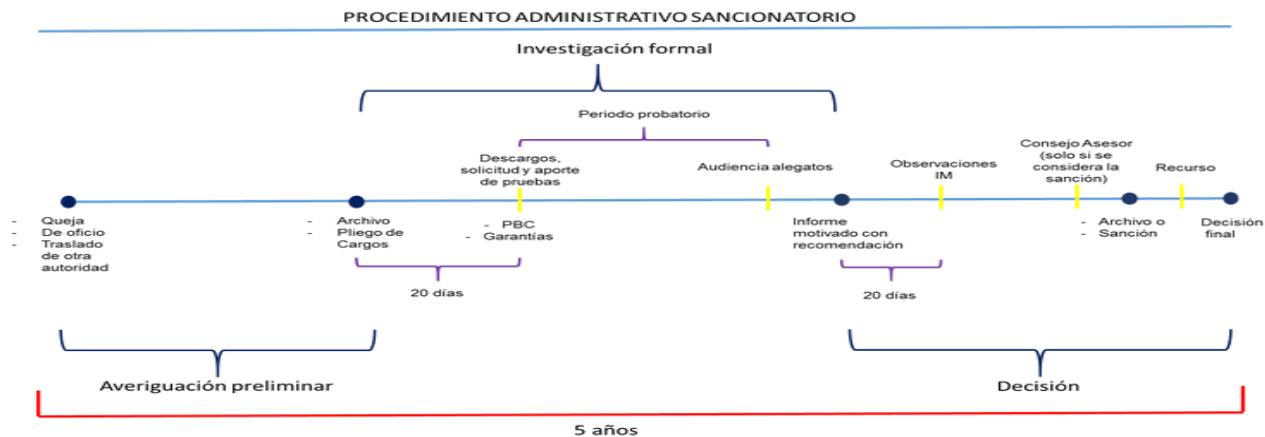
No obstante, más adelante, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó con \$295 mil millones a Odebrecht y otros por violar el régimen de libre competencia en la adjudicación y ejecución del contrato “Ruta del Sol tramo 2”⁶⁵.

En conclusión, el primer delator va obtener en principio todos los beneficios. Sin embargo, esta colaboración es la que lo llevaría automáticamente a la cárcel, en los casos de licitación pública.

2.1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Ahora bien, el momento procesal para revelar la existencia de un cartel bajo lo previsto en el Decreto 2896 de 2010 era hasta antes que se presentara el informe motivado por parte de la Delegatura para Protección a la Competencia. Ahora, el Decreto 1523 de 2015 dispone que la solicitud para un programa de clemencia, puede darse en cualquier tiempo antes de que finalice el término de 20 días para hacer el traslado de pliego de cargos de la investigación. En la siguiente gráfica se ilustra el procedimiento actual:

Fuente: Derecho de la Competencia Colombia. Recuperado de: <https://competenciayley.com/procedimiento/>



Cuando se cumplan con todos los requisitos deberá presentarse ante el Superintendente Delegado de Protección a la Competencia, por escrito radicado, correo electrónico o de manera presencial. Para este caso se optará como momento de entrada al programa la fecha de

⁶⁵ Recuperado de: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-impone-sanciones-por-295-mil-millones-en-contra-de-odebrecht-y-otros-por-violar-el-r%C3%A9gimen-de-libre-competencia-en-la-adjudicaci%C3%B3n-y-ejecuci%C3%B3n-del-contrato-%E2%80%9Cruta-del-sol-tramo-2%E2%80%9D>

radicación del acta que se realice⁶⁶. Así mismo, se encargará de evaluar y establecer si existe fundamento o no para conceder la exoneración de la multa⁶⁷.

En Colombia, los casos por beneficios por colaboración con sus respectivas resoluciones sancionatorias se encuentran entre otros, el cartel de pañales⁶⁸, papeles⁶⁹ cuadernos⁷⁰ y empresas de vigilancia privada⁷¹, este último, resulta interesante analizar, primero porque tiene que ver con licitaciones públicas, por otro lado, porque el delator fue una persona natural. Es el caso de las empresas privadas SMG, GUARDIANES, EXPERTOS, COBASEC, STARCOOP, CENTINEL, INSEVIG y SEJARPI, incluyendo representantes legales, por violar el régimen de libre competencia y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En ese sentido, la persona que fue el delator es el señor Orlando Barrios Giraldo, quien envió solicitud a la SIC con el fin de acogerse al programa de beneficios por colaboración, era la primera vez que la SIC daba trámite al Programa de Beneficios por Colaboración a una persona natural para que confesara la existencia de una cartel. No obstante, el clemente aportó pruebas mediante las cuales se evidencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las que supuestamente concertaron hacer prácticas restrictivas de la competencia en el sector de vigilancia y seguridad privada. Sin embargo, el delator se retractó, en vista de una denuncia penal presentada en su contra⁷². Este es un claro ejemplo de la inconveniencia para el clemente. Ya que el delator no tiene garantía de confidencialidad y se expone a enfrentar demandas con la intención que desista.

En efecto, la SIC dejó claro que Orlando Barrios Giraldo incumplió todos los deberes en su calidad de delator, en la medida en que no acudió a las citaciones para presentar su declaración, ni colaboró durante el trámite de la investigación, sino que se retractó de su declaración rendida en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración (Santodomingo & Sánchez, 2017, pág. 81).

⁶⁶ Artículo 6º. Decreto 2896 de 2010

⁶⁷Artículo 7 °. Ibídem

⁶⁸ Resolución 43218 de 2016

⁶⁹ Resolución 31739 de 2016

⁷⁰ Resolución 54403 de 2016

⁷¹ Resolución 2065 de 2015

⁷² Ibídem

Al igual, para el doctor Alfonso Miranda los posibles aplicantes al programa de delación en estos asuntos tienen un incentivo negativo para delatar en la medida en que, a pesar de tener inmunidad en la investigación administrativa, enfrentarán investigaciones penales, inhabilidades para contratar con el Estado y exposición mediática. En estos casos, la delación puede no ser la mejor herramienta para combatir contra este tipo de carteles. Por lo anterior, es necesario que la Autoridad de Competencia coordine sus actividades con la Fiscalía y la Procuraduría para mitigar la situación descrita y evitar obstáculos para la aplicación del programa de delación⁷³.

Por otro lado, el doctor Camilo Sampedro manifiesta que lo que existe es un problema de competencia definida, es decir, se requiere comunidad de la administración para hacer uso de lo que le sirve y no dejar que todas las entidades asuman competencia. Esto con la finalidad de no caer en un desorden arquitectónico institucional⁷⁴.

Según la doctora Jennifer Tangarife si bien existe dificulta en aportar pruebas que demuestren un acuerdo colusorio por ser de naturaleza informal a la SIC. Es la llamada a actuar no solo como autoridad sancionatoria sino como autoridad preventiva, con incentivos que generen por parte de los funcionarios y empresas el inicio de acciones legales, con el fin de evitar acuerdos anticompetitivos (Tangarife, 2017, pág. 16).

2.2. DIFERENCIA ENTRE LOS INTERESES DE PERSONAS Y EMPRESAS

Como ya se ha mencionado en este texto, es importante que los diseños de programas de delación partan de una diferencia entre personas naturales y empresas (personas jurídicas) toda vez que estos tienen intereses e incentivos diferentes. En un programa de delación que solo tenga en cuenta a las empresas, es más difícil que se rompa la confianza al interior de los carteles, pues la participación en el cartel es muy lucrativa, lo que disuade a las empresas a delatar. Además, también existe la posibilidad de que si una empresa delata las demás tomen represalias que tengan efectos económicos adversos para ésta. Así, para romper con la confianza al interior de los carteles es importante que se tengan en cuenta los intereses de las personas naturales y se ofrezcan atractivos a las mismas.

⁷³ Presentación del doctor Alfonso Miranda. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC (Miranda, 2015 p. 18) Recuperado de: www.centrocedec.org

⁷⁴ Intervención del doctor Camilo Sampedro Torres. Ver: 27:40 a 28:30 minutos de su participación durante el Foro Delación en Colombia: Primeras experiencias en la Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=U1856Dd6ijU>

Por ejemplo, en el caso norteamericano con el fin de hacer un uso estratégico de los intereses del individuo se contempla el incentivo de la amnistía respecto a sanciones penales. Esto con la finalidad que no exista ningún desincentivo en delatar o acceder a los programas de beneficios por colaboración como le llamamos en Colombia.

En palabras, del doctor José Miguel De la Calle: “la ausencia de sincronía entre el marco jurídico de la delación con las normas del derecho penal previene al informante de presentarse con caso concreto, por los riesgos que ello le genera por fuera del ámbito de la investigación administrativa” (De la Calle, 2014, pág. 1).

Finalmente, un intento por reformar la legislación colombiana en lo que ataña a la figura de la delación fue el proyecto de ley No. 038 de 2015⁷⁵ en el cual se pretendía modificar el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 proponiendo como propuesta retirar la exclusión de los promotores e instigadores de las solicitudes de beneficios por colaboración. A fin de que tuvieran la posibilidad de delatar los promotores e instigadores. Situación que actualmente sigue prohibido.

De igual forma, un proyecto más reciente es el Proyecto de Ley 083 de 2018 el cual busca incluir una causal de inhabilidad al artículo 8 de la Ley 80 de 1993, por un término de 20 años a todas las personas naturales o jurídicas que sean declaradas por la Superintendencia de Industria y Comercio responsables por la comisión de actos contrarios al régimen de libre competencia. Esto es, aquellas conductas que se encuentran listadas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y la prohibición general, contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Ya está en curso su trámite en el Congreso de la República.

Es más, el pasado 24 de octubre, Andrés Barreto González, el nuevo superintendente de Industria y Comercio, presentó una serie de observaciones al Proyecto de Ley, entre las cuales sugiere que el periodo de inhabilidad allí contemplado fuera por un término de ocho años, dosificables por la SIC, y que dicha sanción solamente fuera aplicable para los acuerdos contemplados en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, colusión en licitaciones, materia de nuestra investigación en esta tesis.

⁷⁵ El proyecto de ley fue preparado por la Superintendencia y Comercio y un grupo de expertos en libre competencia, con la ayuda de la OCDE. Con el fin de fortalecer el régimen de beneficios por colaboración o delación para incentivar a las compañías a delatar carteles empresariales.

CAPÍTULO III

3. PROGRAMAS DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN O CORPORATE LENIENCY PROGRAM

En este capítulo para seguir con la respuesta a nuestro interrogante ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia? se va ser una descripción de 5 casos de empresas que pertenecían a un cártel o cartelización empresarial y que gracias a la decisión de participar en los programas de beneficios por colaboración o Corporate Leniency Program como se llama en Estados Unidos, obtuvieron la exoneración penal y la amnistía de la sanción del proceso administrativo que implicaba multa respectivamente, por delatar a otras empresas. Entre estos, veremos muy brevemente el caso de la tasa libor⁷⁶, escándalo bancario del extranjero. Con el fin de contestar el siguiente interrogante: ¿cuál sería el mejor modelo de la sanción para las empresas que se han coludido en una licitación pública?

Para comenzar quiero empezar con el siguiente exordio o frase con el que simplifico todo este capítulo. Es la siguiente: “No hay honor entre ladrones”. En Colombia, como lo hemos mencionado, solo la colusión en licitación pública acarrea sanciones penales en el marco de las prácticas restrictivas de la competencia. De ahí que, es pertinente traer a colación el caso estadounidense, pues en esta materia se soluciona el problema de la desarticulación de una manera efectiva, generando incentivos atractivos y sin comprometer la integridad del programa.

A saber, en 1078 la Antitrust Division⁷⁷ del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, (en adelante, División) introdujo por primera vez un programa de delación. Posteriormente, en 1993 la División estudió el programa y emitió la “Corporate Leniency Policy” (para las empresas), luego en el año 1994 se introduce la “Individual Leniency Policy” (para las personas naturales). De ahí que, en el 2004 las políticas delación son revisadas y se introducen algunas modificaciones. Sumado a esto, el Corporate Leniency Policy se define delación como “not charging such a firm criminally for the activity being reported” (DOJ, Corporate Leniency Policy), es decir, se plantea la amnistía total a la primera empresa o persona natural que de información relevante para la investigación y condena de los carteles (Porras, 2016 p.17).

⁷⁶ Se entiende por libor London Interbank Offered Rate.

⁷⁷ La Antitrust Division del departamento de justicia es la entidad encarga de conducir investigaciones tendientes a descubrir la existencia de carteles.

De hecho, como se hace mención previamente existen dos tipos de políticas de delación: la Corporate Leniency Policy, dirigida a empresas; es aquella a la que se accede antes de que se haya abierto investigación y se concede amnistía automática. Sin embargo, la División cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para decidir si concede o no la amnistía total. En cambio, la Individual Leniency Policy, pueden participar sin importar si ya existe o no una investigación. Está se dirige a todos los individuos que soliciten los beneficios por cuenta propia y no parte de una confesión empresarial (DOJ, Individual Leniency Policy)⁷⁸

3.1. AMNESTY PLUS

Uno de los incentivos que la División ofrece en el marco de las políticas de delación es la Amnesty plus⁷⁹. Se trata de lo siguiente: aunque una empresa no reúna los requisitos para la amnistía por el delito inicial, el valor de su ayuda para revelar un segundo cártel, esto dará lugar a la amnistía por este último delito y a una reducción adicional de la multa que pagaría por su participación en los primeros delitos⁸⁰.

Por consiguiente, para ilustrar como funciona esta figura se plantea el siguiente ejemplo: una empresa está siendo investigada por la formación del Cartel Audi en la industria Automovilística. En el curso de la investigación la empresa investigada da información sobre el Cartel Bmw, la empresa investigada se acoge a la delación contenida en la Corporate Leniency Policy, por lo que recibe amnistía respecto al segundo cartel (Cartel Bmw); además, se conceden una serie de beneficios respecto al primer cartel investigado. De acuerdo con la DJE⁸¹ cuando una compañía obtiene la Amnesty Plus recibirá amnistía.

Esto es, pagar cero dólares en multas por delatar en la segunda ofensa y ninguno de sus directores y empleados que cooperen será procesado criminalmente en conexión con el cártel. Además, la empresa recibirá un importante descuento adicional por parte de la División en el cálculo de una multa adecuada por su participación en la primera conspiración (Griffin, 2003)⁸².

Es decir, el departamento de Justicia ha establecido una serie de criterios para calcular la reducción de multas. El primer criterio, es la relevancia de la información aportada para la investigación del segundo cartel; el segundo criterio, es la significancia de la conducta reportada la cual se determina con factores tales como: el alcance geográfico del cartel, el volumen del

⁷⁸ <http://www.justice.gov/atr/leniency-program>

⁷⁹ Se entiende Amnesty Plus como Amnistía y más, en español.

⁸⁰ Ibídem

⁸¹ Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

⁸² Recuperado de: https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/articles-187003_recurso_1.pdf

comercio involucrado, y el número de empresas e individuos que incurrieron en la conducta, el tercer criterio, es la probabilidad de que la División hubiera descubierto el cartel sin información dada (Hammond & Barnett, 2008)⁸³.

La figura de Amnesty Plus crea fuertes incentivos para delatar pues si la compañía o el individuo delatan van a recibir amnistía, es decir no habrá sanciones penales, pero si la empresa no delata va a recibir multas mayores hasta en un 80% y los individuos una sentencia de cárcel (Hammond, 2001)⁸⁴.

3.2. CARTEL DE ELECTRODOS DE GRAFITO

Los electrodos de grafito son un insumo empleado para la producción de reciclaje de material de desecho. El volumen de este mercado alcanzaba en 1998 a 420 millones de euros (Europa) y más de 1200 millones de dólares (EEUU). El cartel estaba compuesto por 8 empresas con sede en Alemania, Estados Unidos y Japón, cuya operación se extendió entre los años 1992 y 1996. La función del cartel básicamente consistía en acordar precios de venta y reparto de mercado, además de eliminar descuentos y acordar restricciones en la capacidad de producción de los miembros. Esta acción permitió que el precio de este producto se incrementara en un 60% promedio en la mayoría de los mercados. Sendas investigaciones abiertas en Estados Unidos y la Unión Europea llevaron a ambas jurisdicciones a condenar en el año 2001 a las empresas participantes en el cartel. En Europa el total de sanciones alcanzó un total de 218.8 millones de Euros mientras que en Estados Unidos el monto llegó a los 410.0 millones de dólares más el encarcelamiento de dos ejecutivos⁸⁵.

En los Estados Unidos la primera empresa en delatar fue Carbide Graphite se le exoneró completamente de la sanción por cumplir los requisitos de delación compensada. Luego las empresas Showa Denko y Ucar fueron recibiendo reducciones menores según el orden de llegada que prestaron colaboración. El pico se logró el año 2001, con 9 casos dictaminados, entre ellos están los de mayor envergadura por la dimensión del mercado afectado, así como su duración en el tiempo. En tal año se aplicaron las mayores multas en la historia de la acción antimonopolios en Europa, éstas correspondieron a los casos de: Vitaminas: 855 millones de Euros, Papel de Copia: 314 millones de Euros y Electrodos de Grafito: 219 millones de Euros. La compañía Hoffman-La Roche sufrió la mayor multa individual que jamás se haya aplicado: 462

⁸³ Recuperado de: <http://eltrimestreeconomico.com.mx/index.php/te/article/view/419/614#B9>

⁸⁴ Penalty plus

⁸⁵ Ibídem

millones de Euros, por su papel protagónico jugado en la operación de los distintos sub carteles que actuaban en el negocio de las vitaminas.

Como se mencionó anteriormente, la exención absoluta de multas se aplicó en tres casos: A la firma Rhone-Pulene en el cartel de Vitaminas, a Brassiere de Luemburgo en el caso de Cerveceras de Luxemburgo y a Sappi en el cartel de Papel de Copia. En estos tres casos las firmas proveyeron información considerada vital para descubrir el cartel, es decir dieron a conocer la existencia de la actividad ilegal antes que la Comisión tuviera conocimiento de ella y/o iniciara una investigación⁸⁶.

3.3. CARTEL DE LA LISINA

El cartel de la lisina o aminoácidos cuya finalidad es en la alimentación de los animales. El cartel estaba conformado por 5 empresas que producían el compuesto en su variedad sintética con ventas en todo el mundo con un estimado global de US\$ 600 millones aproximadamente. Su operación abarcó el periodo desde 1990 hasta 1995. Estas compañías lograron fijar los precios en los múltiples mercados y asignar cuotas entre ellas mismas. Esto les permitió subir el precio del producto a nivel mundial considerablemente ese periodo, hasta un 70%. Las investigaciones primero en Estados Unidos y Luego en Europa llevaron a sancionar a las firmas con un total de US \$91.5 millones y € 109.9 millones. Luego de que el Departamento de Justicia de Estados Unidos presentara los cargos. La Unión Europea abrió investigación. La primera empresa en delatar fue Ajinomoto, esta recibió una reducción del 50 % en la sanción debido a que era la líder del cártel y no proporcionó información completa respecto al tiempo de operación de la organización ilegal. La decisión de la empresa Ajinimotoc ocurrió inmediatamente después de la entra en vigencia de la ley sobre programas de amnistía en Europa. Es decir, en julio de 1996. Las demás empresas involucradas obtuvieron las siguientes reducciones: Sewon 50%, Cheil y Kyowa 30% y Archer Daniel 10% por no objetar las acusaciones y por su poca colaboración en el proceso.⁸⁷

3.4. CARTEL DE VITAMINAS

Este cártel ha sido el de mayor envergadura que haya sido descubierto y sancionado. Las vitaminas: A, E, B1, B2, B5, B6, B, C, D3, H Beta Caroteno y Carotinoids, considerados esenciales para la nutrición y son adicionados en una gran gama de productos alimenticios de

⁸⁶ Ibídem, p. 38

⁸⁷ Ibídem. 46

consumo masivo y de uso farmacéutico. Eran calificados como una organización multi-cartel, compuesta por 13 empresas, operó casi 10 años, fijando precios y asignando cuotas de mercados. Adicionalmente, con el objetivo de lograr efectividad, una gran cantidad de recursos fueron dispuestos por las firmas para vigilar el cumplimiento de los acuerdos y al mismo tiempo se instituyó mecanismos para que las empresas que se desviaran compensaran a los demás de los miembros del cartel⁸⁸.

En Estados Unidos, la investigación condujo a la sanción de las empresas participantes en el cartel. La primera en colaborar, Rhone-Poulenec, quedó exenta de sanciones. Las multas aplicadas en total sumaron más de US\$ 1000 millones, donde Hoffman – la Roche y Basf tuvieron las mayores sanciones con US\$ 500 y US\$ 250 millones respectivamente.

En Europa, las multas alcanzaron la cifra record de 855.5 millones de Euros, Rhone-Poulenec igualmente fue beneficiada con total amnistía ya que entregó información considerada decisiva a la comisión, lo que le permitió a esta última comenzar el proceso contra el cartel en Europa. A su vez, las empresas con más grandes sanciones fueron Hoffman – La Roche y Basf, 462 y 296 millones de Euros respectivamente. Ambas eran los promotores o los instigadores de la organización y los mayores beneficiarios de la existencia del cartel. Las demás empresas obtuvieron la reducción entre el 35% y el 10%.

Como ya lo hemos mencionado, los casos que más notoriedad han tenido- principalmente por el monto de las multas aplicadas- corresponden a carteles que operaban a escala internacional, notablemente los carteles de Vitaminas, Electrodos de Grafito, Lisina, Ácido Acido Citrico y Gluconato de Sodio. En los primeros casos, las primeras firmas en acogerse al programa de amnistía quedaron completamente exentas de penalidad.

Estados Unidos, ofrece la amnistía para la detección de carteles y posteriormente otros países han hecho cambios para incorporarlo en su legislación. Para tener en una línea en el tiempo primero fue los Estados Unidos en 1993, Alemania en el 2000, Canadá en el 2000, Reino Unido en el 2000, Brasil en el 2000, Unión Europea en el 1996 con reforma en el 2002. En este último, la Comisión Europea, más precisamente el "Directorate General for Competition" es la entidad encargada de llevar la investigación y decidir en primera instancia los casos de faltas a la competencia de la jurisdicción de la Unión Europea.

⁸⁸ Ibídem, p. 45

La aplicación de los programas de amnistía en los Estados Unidos ha incrementado notablemente la actividad persecutoria de los carteles en la agencia antimonopolios de este país. Según datos históricos de la OCDE luego de la entrada en vigor de la nueva ley, las solicitudes del beneficio se incrementaron de un caso por año a más de 20 postulaciones por año. En términos de multas los montos totales pagados por las empresas subieron de 23 USD millones a 1993 a 1100 USD millones en 1999. Una cifra que no deja duda que se incrementó la delación⁸⁹.

3.5. CASO AISTOM – SIEMENS

El caso que más se acerca con nuestra investigación es el de Alstom y Siemens. Fue un cartel revelado en mayo de 2013 por la empresa francesa Altsom y la alemana Siemens, para acogerse al programa de clemencia, mediante la cual suscribieron un acuerdo con el Comité Administrativo de Defensa Económica (CADE) con el objetivo de obtener beneficios, admitir las irregularidades y delatar sus cómplices, la empresa Cobra Elecnor, Semi, Inabesa, Cymi, Isolux, Electrem, Comsa, Indra, Neopul, Telice, Eym y Citracc.

La compañía ferroviaria francesa y la alemana han colaborado con la investigación aportando información y reconociendo su participación, con un incentivo inmenso, sus directivos no irían a la cárcel. Además, su decisión de colaborar la exime de una sanción por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o CNMC⁹⁰

De acuerdo con la CNMC, las empresas sancionadas se repartieron, de manera ilegal, las licitaciones públicas convocadas por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) en el que se identificaron 3 carteles. El primero, tenía como objeto la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad. El valor total de los contratos era del orden de 837 millones de euros. El segundo, el objeto consistía en el mantenimiento de los sistemas de electrificación en líneas de tren convencional. El valor era 134 millones de euros.

⁸⁹ Ibídem p.47

⁹⁰ La CNMC o Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el organismo encargado de preservar, garantizar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva y de una regulación eficiente de los mercados.

El tercero, tenía como objeto repartirse las licitaciones públicas y privadas destinadas a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos electromecánicos en las líneas de alta velocidad. La suma de los contratos era del orden de 84 millones de euros⁹¹.

El argumento de Alstom es que las prácticas anticompetitivas están expresamente consagradas en las normas internas de la compañía y que en la empresa se busca la mejora de los programas compliance o programa de cumplimiento normativo en la compañía. Sostienen que han sido de las primeras en obtener la AFAQ ISO 37001⁹².

En contraste, para el exsuperintendente Pablo Felipe Robledo considera que “un sistema único de un monto fijo máximo como sanción, podría resultar para empresas ‘exageradamente millonarias’ sumas irrisorias” (Robledo, 2015 pág.1).

Según Molina 2019 para que las empresas delaten, el protagonismo de las autoridades es el punto clave en el diseño de los programas de delación pues estos deben “tener la capacidad de coacción a los agentes en el sentido de llevarlos estratégicamente en el marco básico del dilema del prisionero volviendo dominante la posibilidad de confesar” (Molina, 2009, pág. 629).

Respecto a la articulación de los programas de delación con figuras del derecho civil, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha determinado que no es posible articular los programas de clemencia con el resarcimiento de daños y perjuicios de acciones civiles. Una de las razones alegadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Illinois Brick Co. v. Illinois*, 1997) para no armonizar el resarcimiento de daños y perjuicios con el programa de clemencia radica en “la excesiva complejidad en la prueba de la cuantía del daño, la reducción de los incentivos para demandar de los compradores directos y la posible responsabilidad múltiple del demandado” (Alonso, 2014, pág. 36).

En este sentido, la cartelización está calificada como un delito de mayor gravedad (serio infringimiento a la ley) por lo que se considera normalmente una multa base de 20 millones de Euros, sin embargo también se establece un límite máximo en la sanción que corresponde al 10% de las ventas anuales globales de la empresa a sancionar (González A. P., 2009, pág. 37).

A nivel personal, el caso norteamericano y el caso europeo nos dejan valiosas enseñanzas sobre el adecuado diseño de un programa de beneficios por colaboración. Si bien no es posible afirmar que un diseño es mejor que el otro, se considera que la aproximación del

⁹¹ Recuperado de: <https://www.cnmc.es/es/node/374157>

⁹² Certificación emitida por la AFNOR

caso norteamericano es mucho más efectiva en la lucha de los carteles pues además de buscar resultados tiene fines preventivos que generan un efecto ex-ante, es decir disuaden a las empresas de la creación de nuevos carteles (González A. P., 2009, pág. 42).

3.5. DERECHO COMPARADO

En esta sección vamos a explicar muy brevemente el caso de la tasa libor o London Interbank Offered Rate como se conoce. Lo traemos a esta tesis porque gracias a los delatores se dio a conocer y fue para algunos el mayor escándalo banquero en Europa.

3.5.1. CARTEL DE LA TASA LIBOR

En este caso entre 2007 y 2009, en plena crisis financiera en Europa. La tasa libor se establece por un panel de bancos que determinan, bajo la Asociación de Banqueros Británicos, la tasa internacional que los bancos se cobran entre sí para prestarse dinero, pero afecta a todo el mercado de valores y deuda, ya que se emplea a nivel mundial para fijar tasas desde préstamos escolares, tarjetas de crédito e hipotecas hasta derivados de tasas de interés, entre otras cosas.

La tasa afecta contratos financieros valuados entre 360 billones a 800 billones de dólares a nivel mundial⁹³. Barclays, el segundo banco más grande de Inglaterra, negoció un acuerdo con las autoridades pagando 450 millones de dólares a autoridades bancarias estadounidenses e inglesas por manipular la tasa Libor.

Según la Autoridad Financiera de Servicios del Reino Unido la manipulación de la tasa Libor fue para mejorar la reputación de los bancos durante la crisis financiera. Barclays fue el primer banco en cooperar con las autoridades, pero bancos como Citigroup, JPMorgan Chase, UBS, Deutsche Bank y Hsbc han sido parte de las investigaciones.

En términos de finanzas globales una fluctuación mínima de un punto porcentual puede significar millones de dólares en pérdidas y ganancias. Una serie de correos electrónicos hallados en la investigación de Barclays, un banco británico de 300 años, pinta un cuadro claro y repugnante de la colusión.

Todos los bancos involucrados se beneficiaron de reducciones de las multas por cooperar con los servicios del Ejecutivo comunitario. Aun así, la multa de Citigroup, la más elevada de

⁹³ Manipulación de la tasa Libor, el fraude financiero más. Recuperado de: grande <https://www.desdeabajo.info/mundo/item/20191-manipulaci%C3%B3n-de-la-tasa-libor-el-fraude-financiero-m%C3%A1s-grande.html>

todas, asciende a 310,8 millones de euros. Después se sitúa RBS (249,2 millones), JPMorgan (228,8 millones), Barclays (210,3 millones) y MUFG (69,7 millones)⁹⁴ The Economist consideró que "si los intentos de manipular la tasa Libor fueron exitosos... entonces este sería el mayor fraude de valores en la historia, afectando a inversionistas y prestatarios de todo el mundo"⁹⁵.

⁹⁴Bruselas multa con 1.000 millones a Barclays, RBS, Citi, JP Morgan y MUFG por manipular divisas. Recuperado de: <https://www.eleconomista.es/banca-finanzas/noticias/9881284/05/19/Bruselas-multa-con-1000-millones-a-Barclays-RBS-Citigroup-JPMorgan-y-MUFG-por-manipular-divisas.html>

⁹⁵ Lo que necesita saber sobre el escándalo de la tasa Libor. Recuperado de <https://www.larepublica.co/opinion/analistas/lo-que-necesita-saber-sobre-el-escandalo-de-la-tasa-libor-2015228>

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, y de acuerdo con el análisis realizado en esta investigación, acerca de nuestro problema de investigación ¿Cómo el tipo penal afecta la delación en materia administrativa, para acuerdos restrictivos de la competencia? Para que exista absoluta claridad y un mayor entendimiento podemos concluir lo siguiente:

1. Yo considero que el delito de la 410A desincentiva la delación de personas naturales en casos asociados al artículo 47 numeral 9 del decreto 2153 de 1992.
2. Se debe eliminar el 410A de la Ley 599 de 2000.
3. Existen en el sistema legal otros instrumentos de lucha contra la corrupción y este artículo impone profundizar limitaciones al sistema administrativo de delación en acuerdos anticompetitivos. Por qué: (i) la persona natural tendría penas más amplias que la persona jurídica (ii) la delación administrativa implica una autoincriminación. (iii) los costos de la delación no se compensan por la simple exoneración de la multa administrativa.
4. Si debiera haber una norma penal, esta debería ser una causal de exoneración de la responsabilidad penal. Es decir, la inmunidad penal. Debido a que para algunos expertos es la criminalización de la conducta, lo que se genera es la permanencia del cartel en la sociedad. Por lo anterior, la atención debe concentrarse en fortalecer cada día más los Programas de Beneficios por Colaboración, esto es, la delación. Con esto, se tendrán más resultados y se podrá romper la confianza entre los miembros del cartel. Ya que los pactos de silencio reinan en el mismo.
5. Los criterios establecidos en el artículo 14 de la ley 1340 de 2009 reglamentados por el decreto 1523 de 2015 deben extenderse al instigador o promotor de la conducta, ya que en la actualidad no puede aplicar a los Programas de Beneficios por Colaboración. Estas modificaciones deben incluir la reserva y confidencialidad del Convenio de Acuerdo de Beneficios suscrito ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Entonces, solo se levantará la reserva para proferirse la decisión. Esto con la finalidad de respetar el principio de contradicción y de defensa.

6. Respecto a las sanciones penales se debe ofrecer cero cárcel para el delator que colabore con la justicia con la aportación de pruebas, para la identificación del mercado y de otros cartelistas.
7. Es claro que el aporte es conceder la inmunidad al delator por decidir colaborar con la justicia, en vista que va contribuir a la cultura de la competencia en Colombia que repercute tanto en los competidores como a los consumidores.
8. Los carteles empresariales tienen efectos nocivos en la economía pues impiden el buen funcionamiento de los mercados, violan la libre competencia y hacen daño a los consumidores. Por tanto, los programas de beneficios por colaboración nacen como respuesta a la problemática de los carteles. Con el objetivo de detectar y desestabilizar a los carteles y disuadir la formación de otros nuevos carteles. Son la Herramienta más efectiva en la protección a la libre competencia.
9. Como lo dice el profesor Maillo González-Orus los programas de delación presentan varios problemas y desafíos, pero los principales son exógenos. "Para que un programa de clemencia presente incentivos adecuados y funcione, hay tres factores que son importantes. En primer lugar, las condiciones para obtener los beneficios de la clemencia sean claras y relativamente seguras. En segundo lugar, autoincriminación y la entrega de información y pruebas no deben tener consecuencias colaterales o posteriores indeseables, tales como duras represalias del sector o perjudicar, más de lo necesario, la posición del clemente en las vías penales y de reclamación de daños. Debido a la protección de la confidencialidad de la declaración del clemente. Por último, señala que, es clave para el éxito del programa que los partícipes en el cártel teman ser descubiertos y sancionados. Para esto, la autoridad debe ser proactiva, debe ser eficaz e imponer sanciones disuasorias. Entonces, es fundamental entender que en la medida que va pasando el tiempo los carteles evolucionan, se vuelven más sofisticados y, por lo tanto, el régimen de delación de prácticas anticompetitivas debe ajustarse a la sociedad actual.
10. No se incluye al funcionario público, procede únicamente para competidores.

De lo anteriormente mencionado, hay que anotar que existe un elemento que no se puede desligar cuando hablamos de la realización de una práctica colusoria: el relacionado con la corrupción. Por lo tanto, considero que en el ordenamiento penal colombiano contiene varias conductas se puede adecuar la colusión en la licitación pública, un ejemplo sería, el delito de estafa, por ende, la solución no estaba en elevar a categoría de delito y realizar un nuevo tipo

penal. En este sentido, el Estatuto Anticorrupción estableció que se podría acceder a ciertos beneficios. Sin embargo, el descuento de la pena a imponer por delatar es precisamente lo que no se quiere. En razón, que los elementos materiales probatorios son los mismos que posteriormente le van a servir en materia penal para una posterior condena, claro está, reducida, por lo cual cualquier persona racional preferirá no delatar. Debido que existe la posibilidad de no ser detectado por las autoridades, Constituye un desincentivo a la finalidad de la norma. Pareciera que al legislador poco le interesara otorgar beneficios por delatar. Ya que debió otorgar exoneración completa de la sanción penal a quien delate en el proceso administrativo sancionatorio en la Superintendencia de Industria y Comercio.

En consecuencia, el legislador debe preocuparse por fortalecer los programas de beneficios por colaboración y no en agregar cada día más desincentivos, como la ampliación de las inhabilidades para contratar para quienes incurran en estos acuerdos. Esto con el fin de que se genere una información ex ante, y no es post a la investigación.

Adicionalmente, decir que, el programa de delación le hace falta desarrollo normativo y jurisprudencial para proteger al aplicante, desde el punto de vista de la absoluta confidencialidad del expediente y de su propia identidad dentro del procedimiento para poder superar temas como auto incriminación, las acciones de responsabilidad, las acciones de grupo, los inconvenientes por ser identificado delator, ya sea persona natural o persona jurídica⁹⁶.

Por otro lado, la convergencia en el tiempo de las legislaciones de algún modo revela el común criterio que existiría entre los gobiernos respecto a la mejor forma de enfrentar el tema de combate a los carteles, en particular, en la licitación pública. El análisis en el tiempo, muestra ser más clarificador respecto a los elementos que son considerados claves dentro de las legislaciones sobre programas de amnistía. Es necesario extender la amnistía a empresas que colaboren incluso después de iniciada la investigación, con la condición de poder conocer otros carteles. Ya que el objetivo perseguido es provocar una deserción más efectiva de las empresas cartelistas o de las personas naturales.

Así mismo, el conflicto radica en el que al graduar el beneficio o descuento de que son susceptibles los aspirantes a acogerse al programa de beneficios por colaboración, que lleguen en segundo y tercer lugar.

⁹⁶ Recuperado de: <https://centrocedec.org/>

Al igual, hay que pensar que nos encontramos en una especie de bifurcación en el camino, por un lado, la delación y la amnistía y por el otro lado, la criminalización y el cartel. El sendero está abierto para los dos lados. En mi caso, caminaré del lado de la delación y la amnistía.

En este sentido, la presente tesis demuestra que, si llevamos a cabo un análisis de la eficacia del diseño normativo del sistema de delación, partiendo de la tensión que existe por el hecho que habrá cárcel al delator, en vista que la conducta prevista en el artículo 410 A no es excarcelable, llegaremos necesariamente a la conclusión de la insuficiencia de dicho sistema. Así, es claro que, la propuesta es el cambio de la misma.

Por consiguiente, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha avanzado en el diseño de mecanismos para la protección y promoción de la libre competencia desde la promulgación de la Constitución, la creación de la SIC y la expedición de la ley 1340 de 2009, también, es necesario un mejor diseño institucional.

En razón a que una empresa que no está siendo investigada no tendrá incentivos para declarar su participación en un cartel por obtener una multa reducida, conociendo que va asegurar su destino en una cárcel. Por ende, seguirá el cartel⁹⁷.

Los casos en que se ha otorgado total inmunidad sirven como indicadores de la utilidad de estas leyes para detectar carteles, que de otro modo no habrían sido fácilmente conocidos. En Estados Unidos, los carteles de Vitaminas y Electrodos de Grafito han sido descubiertos debido a la voluntaria acción de empresas que han reportado tal actividad.

No existe mejor incentivo para que los miembros de un cartel confiesen y den a conocer toda la información relevante con que cuentan que ofrecerles total inmunidad. La lucha contra la colusión es una tarea compleja. No obstante, otro aspecto para mejorar es la confidencialidad absoluta.

En Colombia los consumidores se ven perjudicados por la violación a prácticas restrictas de la competencia por parte de los carteles. Las pruebas para demostrar la colusión es una labor

compleja, hoy en día las empresas no dejan rastro de sus actuaciones ilícitas. Las medidas implementadas no son lo suficientemente atractivas. Se debe reconsiderar si la empresa delatora debe continuar con su participación con la condición de que suministre más información y pruebas. Además, para no levantar sospechas y se vuelve una investigación más sólida.

El régimen de delación en Colombia, va cumplir diez (10) años luego de la expedición de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, es hora de evaluar el sistema actual y cambiar de estrategia potencializando la delación. Un intento por realizar la reforma fue el proyecto de ley No 038 de 2015. El cual contenía 24 artículos y de manera específica el Capítulo III contemplaba las modificaciones al Programa de Beneficios por Colaboración.

Los aspectos a tener en cuenta fue la fijación de sanciones. Por parte de la OCDE se sugirió establecer como criterio un porcentaje sobre el patrimonio, utilidades o los ingresos para los realicen las conductas colusorias. Es decir, (i) los ingresos operacionales del infractor, (ii) el patrimonio del infractor, (iii) las ventas del infractor en relación con los productos o servicios sobre los cuales se realizó la conducta investigada, (iv) un monto en salarios mínimos que no podrá exceder los cien mil SMLMV, (v) en el caso de colusión en licitaciones, el valor del contrato estatal. En las situaciones contempladas en los numerales (i) y (ii) la sanción no podrá exceder el 10% de los ingresos o del patrimonio del infractor, en las situaciones de los numerales (iv) y (v) no se podrá exceder el 30 % de las ventas o del valor del contrato.

El proyecto también contemplaba que en caso de que se posible cuantificar las utilidades percibidas derivadas de la conducta (el cartel) se podrá imponer como sanción hasta el 300% del valor de la utilidad, siempre y cuando dicho porcentaje sea superior a los porcentajes establecidos en los numerales (i), (ii),(iii), (iv) y (v)⁹⁸.

De igual manera, se introducen cambios al artículo 15 de la ley 1340 de 2009, en las cuales se buscaba brindar garantías de confidencialidad en el marco del programa de beneficios por colaboración. El cambio se refería a que los investigados, intervenientes y terceros puedan pedir que la información y pruebas que aporten, que tengan norma legal. Dicha solicitud debería ser motivada y en dado caso que sea de carácter reservado, la SIC incluirá en el expediente la investigación con la calificación de reservado. Y se agrega que también puede solicitar la reserva de identidad con el fin de que no se vea expuesto a retaliaciones de cualquier tipo.

⁹⁸ Ver el artículo 5 en el proyecto de ley “por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección a la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones” Más información en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/>

En materia de colusión en licitación pública el proyecto de ley consagraba sanciones adicionales a las administrativas. En particular, la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 2 meses a 5 años, de acuerdo con el fallo de la SIC (artículo 5 del proyecto).

En el tema de la sanción penal pretendía que la Superintendencia de Industria y Comercio pudiera ejercer la acción penal respecto del delito de acuerdos restrictivos de la competencia. Sin perjuicio, de la acción de perseguir el delito por parte de la Fiscalía General de la Nación. En línea con lo anterior, buscaba que al delator se le concediera el principio de oportunidad a quien obtuviera la exoneración total de la investigación administrativa.

Otro intento para luchar contra la colusión en licitación pública fue la expedición del Decreto 342 del 2019, mediante el cual se reglamentan a partir de ahora los llamados “pliegos tipo”. Esto con el fin de dar mayor transparencia en los procesos de contratación de obras públicas en el sector transporte y garantizar la pluralidad de oferentes en cada convocatoria.

De manera breve voy a hablar de los puntos centrales del Decreto 342 de 2019. En primer lugar, los pliegos tipos se van a aplicar a licitaciones de obra pública en materia del transporte incluyendo a las empresas interventoras y a las consultoras. Es decir, el decreto reviste para las empresas de ingeniería, arquitectura y diseños, entre otras. Debido a que, el sistema de compras públicas es complejo tendrá una incorporación gradual. En segundo lugar, la obligatoriedad de la aplicabilidad de pliegos tipo por parte de las entidades inscritas en el Estatuto General de Contratación Pública. Por ejemplo, Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca (ICCU), Instituto Nacional de Vías (IVIAS), Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), y las diferentes alcaldías locales en relación a obras de espacio públicos y vías. En tercer lugar, el contenido de los documentos tipo será revisado periódicamente con el fin de adaptarlos a la realidad de la contratación del país. Esta disposición ayuda a combatir la colusión porque trata de obtener componentes técnicos y económicos que brinden calidad en los bienes y servicios.

En cuarto lugar, la adaptación de pliegos tipo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP II). En quinto lugar, la prohibición de las entidades contratantes de no incluir o modificar dentro de los documentos del proceso los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia y los sistemas de ponderación. En sexto lugar, la no modificación de requisitos de los documentos y condiciones cuando un proceso de contratación sea declarado desierto.

Con todo esto, si bien se pretenden disminuir la colusión en licitación pública, al reducir la posibilidad de direccionamiento en la adjudicación de los procesos, reforzar la sección objetiva e incrementar la transparencia, aumentar la pluralidad de oferentes, etc. El decreto no garantiza que no vaya a ocurrir una futura colusión. Es decir, la tentación para las empresas o personas en realizar acuerdos indebidos sigue presente. Si bien, los programas de amnistía han producido unos efectos contra la lucha entre carteles. La cantidad de casos descubiertos, demuestra que la cartelización es mal lejos de estar superado y debe ser una preocupación constante de las autoridades en cargadas de velar por la libre competencia.

Antes de terminar, cabe destacar la carencia de profesionales críticos y expertos que permitan formar una comunidad académica encargados de vigilancia y control del mercado en los acuerdos restrictivos de la competencia.

Antes de terminar, y como una alternativa frente a lo anteriormente planteado, la delación requiere la eliminación del artículo 410 A de la 599 de 2000 para incentivar a las personas a delatar. Ya que son ellas las que van a ir a la cárcel, no las empresas. Además, son la que están interesadas en la licitación pública que vaya surgiendo a medida del tiempo, en razón que es el ambiente propicio para coludirse y que no todas las colusiones son iguales, alguna como la Ruta del Sol II implicó sobornos a funcionarios.

Finalmente, este trabajo de investigación es un homenaje para quien ha querido delatar pero no sabe cómo hacerlo, y cuando lo ha hecho, ya es extemporáneo. Claro está, con el fin de evitar la dispersión de criterios y la anarquía conceptual, la comisión primera del Senado de la República podría cumplir un papel muy importante en la reglamentación de esta materia. Mi propuesta de proyecto de ley es el siguiente:

PROYECTO DE LEY ____ de 2021
"POR EL CUAL SE FORTALECE EL PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN
ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES"

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1. ACUERDOS DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD
Modifíquese el artículo 14 de La Ley 1340 de 2009, el cual quedará así: "Artículo 14. Beneficios por colaboración con la Autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrán conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en un acuerdo restrictivo

de la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas: 1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. 2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal. b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

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

Parágrafo 2º. La existencia del delator, su identidad dentro de la actuación administrativa, y las pruebas que aporte en el marco del programa de beneficios por colaboración, serán reservadas. Lo anterior sin perjuicio de que los investigados puedan conocer la totalidad de las pruebas aportadas con el objetivo de ejercer su derecho de defensa. La reserva sobre la existencia de un delator y su identidad se levantará al momento de proferirse la decisión sobre si existió o no una infracción al régimen de libre competencia.

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

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

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

ARTÍCULO 2. Modifíquese el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, el cual quedará así: “Artículo 15. Reserva de documentos. Los investigados por la presunta comisión de una práctica restrictiva de la competencia y las intervenientes dentro de una operación de concentración sujeta a trámite de control, así como cualquier tercero, podrán pedir que la información que aporten dentro de la actuación, y sobre la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad, tenga el carácter de reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. En los casos en que no

sea posible presentar un resumen confidencial de la información reservada, bien sea porque la información por su naturaleza no pueda ser resumida, o porque la presentación de su resumen implique total o parcialmente la revelación de la información reservada, las intervenientes no tendrán que cumplir con dicha carga. De igual forma, deberán justificar por qué la información sobre la cual se solicita reserva tiene el carácter de tal según la Constitución o la ley. La autoridad de competencia deberá abrir un cuaderno de carácter reservado, en el que se incluirá la totalidad de documentos y actuaciones que tengan tal carácter, e incluir en el cuaderno público del expediente los resúmenes correspondientes. Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio verifique que la información sobre la cual se solicita la reserva no tiene tal carácter según la Constitución o la ley, la incluirá en el cuaderno no reservado del expediente. En aquellos casos en que la información de carácter comercial aportada en la actuación administrativa por los investigados, las intervenientes, o cualquier tercero, no sea identificada por ellos como de carácter reservado, se entenderá que han consentido en su revelación para los efectos del trámite. Los investigados podrán conocer la información que obre en el cuaderno reservado del expediente solo en aquellos casos en que la misma sirva de base para formular un pliego de cargos o para imponer una sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Igualmente, las intervenientes en una operación de concentración sujeta a trámite de control podrán conocer la información reservada únicamente en aquellos casos que esta sirva de fundamento para objetar o condicionar la operación. El acceso al expediente reservado tendrá como único objeto el ejercicio del derecho de defensa, y en ningún caso supondrá la reproducción de los documentos contenidos en el mismo o su utilización para un propósito diferente al contemplado en este artículo. Ningún tercero tendrá acceso a los cuadernos reservados que obren en los expedientes bajo los cuales se trámite una investigación por prácticas restrictivas de la competencia o una concentración empresarial.

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

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

ARTÍCULO 3. DEROGATORIAS Y VIGENCIAS. Esta ley rige a partir de su promulgación y deroga el artículo 27 Ley 1474 de 2011, el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, así como todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.

El presente proyecto de ley rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

BILIOGRAFÍA

- Archila, E. (2012). *¿Era necesaria la criminalización de los acuerdos colusorios?* Bogotá D.C.: Contexto 3 pp. 1-2.
- Aubert, C., R. Blundell, & Griffith, R. (2009). The Effects of Entry on Incumbent Innovation and Productivity. *The review of Economics and Statistics*, p.p. 20-32.
- Avilés, J. (abril de 2017). *La nueva ley de competencia y los Desafíos de la Criminalización de la Colusión.* Obtenido de <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/06/SIL-44-La-nueva-ley-de-Libre-Competencia-y-los-Desafios-de-la-Criminalizacion-de-la-Colusion-Abril2017.pdf>
- Bocanegra, C. E. (2014). *Tratamiento de la Colusión en la Contratación Pública: Una visión del caso Colombiano.* Barranquilla: Revista de Derecho, Universidad del Norte pp. 200-250.
- Borrell, J. R. (2014). Evaluating Antitrust Leniency Programs. *Journal of Competition Law and Economics* 10, 107–36. Recuperado de: <https://bit.ly/2T5XyYg>.
- Braun, J. a. (2012). Leniency for Out-Group Offenders. *European Journal of Social Psycholog*, (2012) Recuperado de: <https://bit.ly/2WYGghY>.
- Buccirossi, P. (2008). *Handbook of Antitrust Economics "Leniency and Whistleblowers in Antitrust".* Cambridge, Massachusetts: Department od Economics, Northeastern University.
- Castiblanco, & Prada. (2014). *Programas de delación y clemencia: un análisis desde la teoría del juego.*
- Castiblanco, D., & Prada. (2014). *Programas de delación y clemencia: un análisis desde la teoría de juegos.* Bogotá D.C.: Universidad de los Andes p.p. 1-30.
- Castillo, C. F. (Noviembre de 2016). *Multas óptimas en materia de Competencia Economica: Sanciones individuales por acuerdo Colusorios y Medidas de Apremio.* Obtenido de <http://hdl.handle.net/11651/1554>
- Clemens, G. a. (2018). Do Discriminatory Leniency Policies Fight Hard-Core Cartels? *Journal of Economics and Management Strategy*, 1-19. Recuperado de: *Journal of Economics and Management Strategy*.
- Europea, C. (2011). *EU cartel fine statistics (updatedOcober 2009).* Obtenido de <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>
- Gómez, J. M. (28 de Mayo de 2009). *Hacia la implementación de un programa de clemencia en Colombia.* Obtenido de Pontificia Universidad Javeriana pp 1-70: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/16912/MolinaGomezJuliana2009.pdf?sequence=1>

- González, A. (2006). Fundamentos de los Programas de Delación Compensada para la Persecución de Carteles. *Expansiva*, 1-20.
- González, A. P. (2009). *Informe Sobre la Aplicación de Programas de Amnistía al Control de Carteles*. Obtenido de GREMAG - Universidad de Toulouse:
https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/.../articles-187003_recurso_1.pdf
- Gonzalez, P. A. (s.f.). Obtenido de https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/articles-187003_recurso_1.pdf
- González, R. (2014). *Licitación Pública en México*. México D.F.: Instituto Politécnico Nacional.
- Gutiérrez-Rodríguez, J. D. (1 de Enero-diciembre de 2009). *Tacit Collusion: Theory and Case Law in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama (1985-2008)*. Obtenido de Rev. Derecho Competencia.Bogotá (Colombia):
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2613967
- Hammond, S. D. (2000). *Detecting And International Workshop on Cartels*. Recuperado de: <https://www.justice.gov/atr/public/speeches/9928.htm>.
- Harrington, J. (2008). Optimal Corporate Leniency Programs. *The Journal of Industrial Economics*, p.p. 215-246.
- Jaramillo, S. J. (2011). *La delación como mecanismo para la abolición de los cárteles anticompetitivos y su aplicación en colombia*. 2011 : Pontificia Universidad Javeriana p.p. 21-61.
- Krüger, H. -W. (2001). *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*. Obtenido de Master Thesis Erasmus Programme in Law and Economics:
<http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf> p. 3-6
- Krüger, H.-W. (2001). *The leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*. Obtenido de <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>. p. 3-6
- Luque, D. (2018). Análisis del problema de superposición entre los beneficios por colaboración y el principio de oportunidad en las conductas anticompetitivas que también constituyen una conducta penal. *Universidad Javeriana*, págs. 1-98. Recuperado de:
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38637/AN%C1LISIS%20DEL%20PROBLEMA%20DE%20SUPERPOSICI%D3N%20ENTRE%20LOS%20BENEFICIOS%20POR%20COLABORACI%D3N%20Y%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20OP.pdf?sequence=5>.
- Matallana Camacho, E. (2015). *Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la ley 80 de 1993*. Universidad Externado de Colombia p.p. 70-71.
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. p. 70.

- Miller, N. (2009). Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Review*, p.p. 750-768.
- Miranda, A. (2011). Origen y Evolución del Derecho de la Competencia en Colombia. La Ley 155 de 1959 y su legado. *Revista de Derecho de la Competencia*, 65-148.
- Motta, M., & Polo, M. (2003). Leniency Programs and Cartel Prosecution. *International Journal of Industrial Organization* 21, p.p. 347-379.
- Organisation for Economic, C.-O. a. (2002). Fighting Hard Core Cartels: harm, effective sanctions and leniency programs. Tomado el 20 de abril de 2019, <http://www.OCDE.org/dataOCDE/41/44/1841891.pdf>.
- Ortiz, J. C. (10 de Enero de 2017). *La Delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia*. Obtenido de Revista Brasileira de Direito Processual Penal: <https://doi.org/10221197/rbdpp.v3i1.38>
- Peña, J., & Calliari, M. (2016). *Competition Law in Latin America a Practical Guide*. United Kingdom: Wolters Kluwer.
- Piña, G. J. (2018). *Problemas procesales de la persecución penal de la colusión*. Obtenido de Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151281/Problemas-procesales-de-la-persecuci%C3%B3n-penal-de-la-colusi%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Porras Orduz, D. (1 de Mayo de 2016). *Aciertos y Retos Del Programa de Beneficios Por Colaboración En Colombia*. Obtenido de Universidad de los Andes: <https://bit.ly/2D4shQv>
- Riquert, M. A. (2011). *La Delación premiada en el Derecho Penal El "arrepentido": una "técnica especial de investigación en expansión*. Buenos Aires: Hammulabi Jose Luis DePalma.
- Saiz, U. V. (Marzo de 2015). *Sistema de Delación Compensada en Libre Competencia en Chile*. Obtenido de Universidad de Chile: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133061/Sistema-de-delaci%C3%B3n-compensada-en-libre-competencia-en-Chile.pdf?sequence=1>
- Sama, D. (16 de March de 2009). *Cartel Enforcement & Leniency Program*. Obtenido de Munich Personal Repec Archive pp.1-14: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/14104/>
- Santodomingo, H., & Sánchez, J. (2017). Los programas de beneficios por colaboración como herramienta para combatir la cartelización en los mercados. *Pontificia Universidad Javeriana*, pág. 80.
- Serrano-Pinilla, F. (2011). *Derecho de la Competencia como mecanismo para garantizar rivalidad en las licitaciones públicas e impulsar el crecimiento económico*.
- Seymour, S. (January de 1998). *The case of the willful Whistle-Blower*. Obtenido de Harvard Business Review Online: <https://hbr.org/1988/01/the-case-of-the-willful-whistle-blower>

- Tangarife, Y. (2017). *Efectividad de la SIC y los acuerdos colusorios en las licitaciones públicas.* Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás.
- Uribe, A. C. (2009). *Reforma al Régimen de Libre Competencia en Colombia.* Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Velandía, M. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo: competencia desleal, abuso de la posición de dominio, carteles restrictivos, actos restrictivos, integraciones económicas y protección al consumidor.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia pp.158-300.
- Zingales, N. (2008). *European and American Leniency Programme: Two models towards converge?* (2008). Obtenido de Recuperado el 7 de diciembre de 2018:
<http://ssrn.com/abstract=1101803>