

Guía Comparada sobre Libre Competencia: caso Colombia



Compliance
Internacional

●●○ NIVEL INTERMEDIO

El apego a la promoción y defensa de una competencia efectiva entre los agentes del mercado, ha representado en los últimos años un desafío para las empresas, las cuales deben autorregularse para cumplir con estos estándares legales. De este modo, diseñar e implementar un programa de compliance efectivo e integral se ha transformado en una verdadera necesidad para las compañías, las cuales están llamadas a promover, en toda la organización, una cultura de trabajo que rechace cualquier conducta que impida, restrinja o deforme la competencia en el mercado.

En la plataforma Compliance Latam, existe consciencia de las complejidades que traen aparejados los nuevos retos impuestos a las empresas, pero al mismo tiempo visualizan la gran oportunidad que tienen las compañías para cumplir con la legalidad, asumir un compromiso ético y, al mismo, potenciar la eficiencia de la organización, asegurando la estabilidad y sostenibilidad de la empresa al elaborar e implementar un compliance program que entienda su modelo de negocio y que tenga la virtud de adecuarse e integrase a la estructura corporativa.

En esta línea, los miembros de Compliance Latam, en julio del 2022 publicaron una “Guía Comparada sobre Compliance en Libre Competencia”, documento que recogió el estado de avance, problemáticas de ese momento, experiencias comparadas y los principales retos que tenía cada una de las diez jurisdicciones analizadas en materia de compliance de libre competencia.

A continuación te presentamos la sección dedicada a Colombia escrita por Jorge de los Ríos, socio de la firma Posse, Herrera y Ruiz.

Fecha	Julio 2022
Tpo. de lectura	16 min.



FUENTE: el texto de esta portadilla se elaboró a partir de la introducción de la “Guía Comparada sobre Libre Competencia” publicada por la plataforma “Compliance Legal Latam”.



POSSE
HERRERA
RUIZ ● ●

Autor:

Jorge de los Ríos,
Socio



1. ¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción?

El Régimen de Protección de la Competencia se encuentra conformado por el artículo 333 de la Constitución Política, la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 256 de 1996, la Ley 1340 de 2009 y la Ley 2195 de 2022.

En primer lugar, el artículo 333 de la Constitución colombiana indica que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, de manera que la libre competencia es un derecho que, de manera correlativa, supone responsabilidades.

De esta manera, la Ley 155 de 1959 incluye, en parte relevante, la prohibición general en materia de competencia, de conformidad con la cual se prohíben todos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos mercancías o servicios y general cualquier práctica o procedimiento tendiente a limitar la libre competencia y mantener o determinar precios inequitativos. De la misma manera, esta Ley establece los supuestos bajo los cuales se debe informar a la autoridad de competencia una integración empresarial.

Asu vez, el Decreto 2153 de 1992, incorpora disposiciones en relación con la tipificación y la prohibición de los acuerdos contrarios de la libre competencia, los actos contrarios a la libre competencia y las conductas de abuso de posición de dominio. Ahora, los actos de competencia desleal se encuentran tipificados y prohibidos por la Ley 256 de 1996; en general, estos actos se consideran como aquellos que, con un fin concurrencial, suponen una actuación contraria al principio de buena fe comercial.

Por su parte la Ley 1340 de 2009, modifica y adiciona la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, especialmente en cuanto tiene que ver a las disposiciones en materia de integraciones empresariales y de procedimiento frente a la Superintendencia de Industria y Comercio ("SIC").

Finalmente, la Ley 2195 de 2022, modificó las disposiciones relacionadas con el Régimen Sancionatorio y el Régimen de Delación.

2. ¿Qué tipo de conductas sanciona la normativa de libre competencia de tu jurisdicción?

El Régimen de Protección de la Competencia sanciona los actos de competencia desleal, las prácticas restrictivas que pueden tener la forma de acuerdos, actos y actos de

abuso de posición de dominio; y, la violación al Régimen de Integraciones Empresariales.

3. En caso de incurrir en alguna conducta anticompetitiva ¿Qué tipo de sanciones contempla la normativa de libre competencia en tu jurisdicción?

De acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1340 de 2009, la SIC podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes de mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Así, para la imposición de la sanción la SIC aplicará el que fuere mayor de los siguientes criterios:

i. *Los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, evento en el cual la sanción no podrá exceder el 20% de dichos ingresos;*

ii. *El patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, evento en el cual la sanción no podrá exceder el 20% del valor de su patrimonio;*

iii. *Un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor, evento en el cual la sanción no podrá exceder 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes ("SMLMV"), equivalentes a 100.000.000.000 COP o, aproximadamente USD 26,3 millones.*

iv. *El valor del contrato estatal en los casos de prácticas restrictivas de la competencia que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública, evento en el cual la multa no podrá exceder el 30% del valor del contrato.*

Sin perjuicio de lo anterior, cuando sea posible cuantificar las utilidades percibidas por el infractor derivadas de la conducta, la SIC podrá imponer como sanción hasta el 300% del valor de la utilidad, siempre que dicho porcentaje sea superior al mayor de los límites establecidos en los numerales (i), (ii) y (iii).

Por otro lado, la SIC también podrá imponer sanciones de hasta 2.000 SMLMV, equivalentes a COP 2.000.000.000 o, aproximadamente USD 526.315 contra quien, siendo persona natural o jurídica, colabore, autorice, promueva, impulse, ejecute o tolere la violación de las normas sobre protección de la competencia por parte de un agente de mercado.

4. ¿La institucionalidad de libre competencia de tu jurisdicción reconoce valor a los programas de compliance en esta materia?

Sí. Si bien no existe obligación legal alguna relativa a la adopción de programas de cumplimiento en materia de libre competencia, la SIC ha procurado fomentar un enfoque preventivo cimentado, entre otros, en la construcción de programas de cumplimiento. Tan es así que recientemente se creó al interior de la SIC una nueva Dirección de Cumplimiento. Luego, la adopción de estos programas permitiría, previsiblemente, generar una relación de confianza entre la empresa y la autoridad de competencia basada en la voluntad de cumplimiento por parte de la primera. Esta relación puede además fortalecerse no solo con la implementación del programa, sino con la certificación de este, que es realizada por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación ("ICONTEC").

5. ¿Qué elementos debe tener un programa de compliance en libre competencia en tu jurisdicción?

El Régimen Colombiano de Protección de la Competencia no establece cuál debe ser el contenido de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia. Sin embargo, recientemente la SIC ordenó por primera vez (y en el marco de una investigación administrativa sancionatoria) la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia con base en la Norma Técnica Colombiana NTC 6378.

De acuerdo con la Norma Técnica NTC 6378, como mínimo un programa de cumplimiento en materia de libre competencia debe:

- i. Identificar los riesgos en materia de competencia asociados a la actividad económica de la empresa;
- ii. Identificar la normativa aplicable a la empresa en materia de protección de la competencia, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento;
- iii. Un procedimiento disciplinario interno que: *(a) provea un marco para realizar las investigaciones a que haya lugar cuando se evidencie la materialización de una práctica contraria al Régimen de Protección de la Competencia; y (b) establezca medidas disciplinarias aplicables a los miembros de la empresa que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren cualquier conducta contraria al Régimen de Protección de la Competencia.*

iv. Un procedimiento de comunicación interna mediante el cual se brinde información clara a los miembros de la compañía sobre los efectos que sobre la libre competencia pueden tener las actividades que desempeñan; como también sobre los mecanismos para que comuniquen cualquier inquietud respecto del programa o pongan en conocimiento de la compañía cualquier violación al Régimen de Protección de la Competencia.

v. Un procedimiento de contratación, mediante el cual se dé prelación a la contratación de empleados, proveedores, distribuidores y contratistas en general, que no hayan sido sancionados por conductas contrarias al Régimen de Protección de la Competencia, cuando ello sea posible.

vi. Un procedimiento de contingencia, que le permita a la compañía evitar la materialización de una conducta contraria al Régimen de Protección de la Competencia cuando se evidencie su alta probabilidad de ocurrencia.

vii. Un plan de monitoreo y vigilancia, que le permita detectar compartimientos contrarios al Régimen de Protección de la Competencia al interior de la empresa.

6. ¿En tu jurisdicción se exige contar con un oficial de cumplimiento especializado en libre competencia?

No.

7. ¿Cómo aporta valor a las compañías contar con un programa de compliance en libre competencia?

Los programas de cumplimiento permiten consolidar una cultura de legalidad al interior de las organizaciones, mientras que, al tiempo, previenen la ocurrencia de infracciones a las normas de Protección de la Competencia. Esto resulta en mayores eficiencias económicas, pues al adoptarse un enfoque preventivo se logra evitar la imposición de sanciones y la afectación reputacional que, por lo general, le sigue a las sanciones administrativas.

8. ¿Cuáles son las primeras acciones que debería tomar una empresa que quiere incorporar un programa de compliance de libre competencia?

Los programas de Compliance deben estructurarse a partir de una etapa inicial de identificación, análisis y evaluación de riesgos.

En esta etapa inicial la empresa debe identificar y evaluar los riesgos de cumplimiento realizando un paralelo entre la normatividad relevante en materia de protección de

la competencia y sus actividades, productos, servicios, aspectos pertinentes de sus operaciones y aquellos relacionados con los proveedores, los productos y servicios ofrecidos, con el objetivo de identificar escenarios en los que exista riesgo de incumplimiento del Régimen de Protección de la Competencia.

La empresa debe analizar los riesgos en materia de competencia considerando: *(i) las causas y fuentes de las posibles situaciones y acciones que lesionan la libre competencia, (ii) la gravedad de sus consecuencias; y (iii) la probabilidad de ocurrencia del incumplimiento.*

Este análisis tripartito le permitirá a la empresa: *(i) formular y seleccionar acciones para el tratamiento del riesgo; (ii) planificar e implementar el tratamiento del riesgo; (iii) evaluar la eficacia de ese tratamiento; (iv) realizar seguimiento a los resultados; y (v) establecer acciones de mejora teniendo en cuenta los resultados obtenidos a partir de la implementación del plan de cumplimiento.*