

**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**



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Colombia

DANIEL LUQUE MIRANDA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO

BOGOTÁ D.C.

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**

DANIEL LUQUE MIRANDA

DIRECTOR:

DR. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN.....	5
I. Introducción y Justificación.....	6
II. El Principio de Oportunidad.....	13
2.1 Llegada al Ordenamiento Colombiano.....	13
2.2 Marco normativo y Funcionamiento	17
III. Beneficios por Colaboración	20
3.1 Llegada al Ordenamiento Colombiano.....	20
3.2 Marco normativo y Funcionamiento	23
IV. La Colusión en Licitaciones Públicas.....	28
4.1 La Colusión Como Acuerdo Anticompetitivo.....	28
4.2 La Colusión Como Conducta Penal	37
V. Otras conductas que tienen sanción anticompetitiva y sanción penal	42
5.1 Daño en Materia Prima, Producto Agropecuario o Industrial – Prohibición General	42
5.2 Delito de Agiotaje – Acuerdo/Acto Anticompetitivo.....	45
5.3 Corrupción Privada – Competencia Desleal – Colusión	47
VI. Problemática por la dualidad de autoridades que investigan y sancionan estas conductas	50
VII. Derecho Comparado.....	59
7.1 Estados Unidos	59
7.2 Chile	71
7.3 España.....	80
VIII. Propuestas y Conclusiones	88
IX. Bibliografía.....	95

RESUMEN

Los Programas de Delación se han convertido en una de las herramientas más importantes para las autoridades de libre competencia alrededor del mundo incluyendo a la Superintendencia de Industria y Comercio con su Programa de Beneficios por Colaboración. Sin embargo, la criminalización del Derecho de la Competencia levanta ciertos interrogantes y presenta nuevos desafíos a la hora de aplicar este tipo de programas de delación. Este trabajo de grado analiza los problemas que pueden surgir a raíz de la criminalización del derecho de la competencia a la hora de aplicar en Colombia el Principio de Oportunidad junto con los Beneficios por Colaboración en conductas que son tanto anticompetitivas como delictivas en especial en el caso de la Colusión en Licitaciones Públicas.

PALABRAS CLAVE

Delación, Principio de Oportunidad, Carteles, Colusión.

ABSTRACT

Leniency Programs have become one of the most important tools for antitrust authorities around the world including the Superintendence of Industry and Commerce with its Benefits for Collaboration Program. However, the criminalization of Competition Law raises certain questions and presents new challenges when applying this type of programs. This paper analyzes the problems that may arise as a result of the criminalization of competition law when applying in Colombia the Opportunity Principle together with the Benefits for Collaboration in behaviors that are both anticompetitive and criminal especially in the case of Collusion in Public Tenders.

KEYWORDS

Leniency, Principle of Opportunity, Cartels, Collusion.

I. Introducción y Justificación

La criminalización del derecho, por momentos, pareciese ser necesaria. Por momentos pareciese como si la única solución a los problemas del derecho fuese desde el punto de vista penal. En los últimos tiempos, hacia allá va el derecho de la competencia. Como lo dice el profesor Maillo González-Órus *“La sanción criminal se erige como un complemento a la sanción de naturaleza administrativa, más apropiada para asegurar la disuasión específica del sujeto infractor –la prevención especial–, que la sanción criminal, más orientada a prevenir que otros sujetos potencialmente infractores decidan emprender acciones colusorias en el futuro –prevención general–.”*¹ Sin embargo, puede traer varias consecuencias. Una de ellas es la problemática que surge a la hora de aplicar los Beneficios por Colaboración dentro del Programa de Delación de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y la aplicación del Principio de Oportunidad por parte de la Fiscalía General de la Nación. En virtud de la Constitución Política, en su artículo 250, la Fiscalía es la entidad encargada de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar los actos de investigación² requeridos. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, según la Ley 1340 de 2009, conocerá de las investigaciones administrativas por vulneraciones al régimen de libre competencia y la imposición de las sanciones pertinentes³.

¹ Maillo González-Órus, Jerónimo. “La Lucha Contra Los Cárteles en España”, Editorial Aranzadi, Madrid 2015, Pág. 60

² “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo” Artículo 250 de la Constitución Política de Colombia

³ “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.” Artículo 6º, Ley 1340 de 2009

Hasta ahí, no habría ningún inconveniente para que Fiscalía y Superintendencia adelanten cada una sus respectivas funciones. El problema surge cuando se pretendan 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, teniendo en cuenta que ambas autoridades tienen total independencia la una de la otra y deciden independientemente a quien le otorgan o no esos beneficios de acuerdo con lo que está estipulado en la ley para sus respectivos regímenes. Esto, en principio, afectaría únicamente la Colusión en Licitaciones Públicas, pero, como se verá más adelante, hay otras conductas que también podrían verse afectadas.

Si en contra de una persona se abre una investigación por su presunta participación en una Colusión en Licitaciones Públicas, el investigado tiene la posibilidad de acogerse al Programa de Delación de la SIC⁴. De acuerdo con lo establecido en 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 un 100% de perdón de la multa⁵. 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 pertinente⁶.

⁴ Artículo 14, Ley 1340 de 2009

⁵ IBIDEM

⁶ Artículo 323, Ley 906 de 2004

Ahora bien, siendo dos beneficios diferentes otorgados por dos autoridades distintas, puede darse el caso en que una persona clasifique para los beneficios otorgados por la Superintendencia, pero no para el Principio de Oportunidad. En esta situación hipotética, el delator podría verse disuadido de acudir a colaborar con la SIC puesto que de todas maneras tendría que enfrentar un juicio y podría eventualmente terminar cumpliendo una pena prisión. Además, la confesión dada a la SIC durante el proceso de Delación podría ser usado por la Fiscalía como prueba dentro del juicio. No se trataría de un allanamiento, pero sigue siendo una prueba en la que consta que el acusado aceptó haber cometido la conducta punible.

De igual manera, puede presentarse el caso en que el cartelista decida acudir a la Fiscalía para colaborar con la misma y acogerse a los Beneficios otorgados por el Principio de Oportunidad, en este caso, sucedería algo similar a lo presentado anteriormente. La SIC puede investigar a la persona independientemente por la vulneración al régimen de competencia y puede incluso terminar multándola. Además, potencialmente, podría utilizar información aportada por el investigado a la Fiscalía en virtud de su colaboración con el ente investigador en el proceso seguido contra los demás miembros del cartel o por una eventual visita administrativa a la Fiscalía para recabar evidencia⁷. Esto también terminaría restándole motivaciones al cartelista para que este colabore con la Fiscalía al verse ante la posibilidad de una millonaria multa aun habiendo colaborado con el Estado para el juzgamiento del cartel.

⁷ En las medidas cautelares adoptadas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de ODEBRECHT en el caso de la Ruta del Sol, la SIC recabó parte de la evidencia utilizada para sustentar la medida cautelar mediante una visita administrativa a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, como consta en la Resolución 5216 de 2017 por medio de la cual se decretó la mencionada medida cautelar.

Además de los casos anteriormente planteados, hay que tener en cuenta el inmenso desgaste que esto le produce al aparato estatal. En vez de un solo proceso unificado, o un solo acuerdo ante una única entidad, se está ante dos tramites separados ante dos autoridades lo cual resulta increíblemente ineficiente. En un sistema judicial tan saturado como el nuestro, esta situación más que una solución, empeora el problema de la administración de justicia.

Es importante tener en cuenta el daño que le producen al mercado y a la economía los carteles anticompetitivos, los cuales se estima que causan un perjuicio económico de billones de dólares al año. Por este motivo, una de las más grandes preocupaciones y prioridades de las autoridades de libre competencia alrededor del mundo es precisamente la de dismantelar estos carteles⁸.

El Gobierno Nacional es consciente del problema planteado en este trabajo de grado. Muestra de eso es, en primer lugar, la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo No. 6 de 2011 el cual modificó el Artículo 250 de la Constitución Política. Mediante esta reforma, se desmonopolizó el ejercicio de la acción penal de la cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Se permite que, en casos específicos contemplados en la ley, otras autoridades, o las propias víctimas, sean quienes ejerzan la acción penal según lo decida el legislador. Sin embargo, la Fiscalía sigue teniendo un poder preferente que puede ejercer en cualquier momento. Es decir, puede seguir ejerciendo sus funciones cuando lo considere oportuno por lo cual esto no soluciona de raíz el problema.

⁸ OECD, Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead (2003).

Un segundo intento para resolver esta situación se presentó con el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 4 de agosto de 2015. Este proyecto de Ley modificaba ampliamente el régimen de libre competencia, pero sus cambios más radicales eran dos, los referentes a los artículos 11 y 14 del ya referido Proyecto de Ley 038 de 2015.

El artículo 11 estimaba lo siguiente:

“Artículo 11. Ejercicio de la acción penal por la Superintendencia de Industria y Comercio. Atendiendo al bien jurídico tutelado, y a la condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia en Colombia, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 250 de la Constitución Política, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá ejercer la acción penal respecto del delito de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Procesos de Contratación Pública, contemplado en el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000. Lo anterior sin perjuicio del poder preferente que sobre el ejercicio de la acción penal tiene la Fiscalía General de la Nación.”⁹

La importancia de este artículo radicaba en que le otorgaba la facultad de ejercer la acción penal para la Colusión en Licitaciones Públicas a la Superintendencia de Industria y Comercio. Esto hacía que la autoridad que perseguía la acción penal era la misma que perseguía la actuación administrativa por vulneración al régimen de libre competencia. Con esto, si se fuesen a otorgar beneficios, sería una sola autoridad la que estaría llevando ambos

⁹ Artículo 11, Proyecto de Ley 038 de 2015, Presentado el 4 de agosto de 2015

trámites. Sin embargo, también establecía que esto era “*sin perjuicio del poder preferente*” de la Fiscalía, en concordancia con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución. Esto potencialmente podría implicar que este cambio quedaba en letra muerta siempre que la Fiscalía escogiese hacer uso de ese poder preferente. Por su parte, el artículo 14 establecía lo siguiente:

“**Artículo 14.** Modifíquese el artículo 410 A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: “**Artículo 410 A. Acuerdos restrictivos de la competencia en procesos de contratación pública.** El que en un proceso de contratación pública se concertare con otro con el objeto de restringir, limitar o eliminar la competencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. La Fiscalía General de la Nación otorgará el principio de oportunidad a quien dentro de la investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio haya obtenido la exoneración total de la multa a imponer mediante resolución en firme, en virtud de la suscripción de un acuerdo de beneficios por colaboración, siempre que cumpla con lo previsto en los numerales 5 o 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.”¹⁰

¹⁰ Artículo 11, Proyecto de Ley 038 de 2015, Presentado el 4 de agosto de 2015

Este artículo, independientemente del artículo 11, era sin duda el avance más significativo para solucionar el problema que se tratará en este trabajo de grado y ese es el de los Beneficios por Colaboración y el Principio de Oportunidad. Este artículo modificaba el artículo 410A de la Ley 599 de 2000 y establecía que siempre que un delator obtuviese el 100% de la exención de la multa de la SIC, la Fiscalía le otorgaría el Principio de Oportunidad si cumplía con los numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Ahora bien, el citado proyecto no solucionaba del todo el problema, pero si era un avance importante. Lamentablemente el mismo fue retirado en 2017 por el Gobierno, por lo que se quedó en nada el intento por solucionar esta problemática que sigue latente.

Lo anterior implica la necesidad de una reforma al Régimen de Competencia que solucione esto. Es necesaria una autoridad que sea capaz de investigar y sancionar –o acusar– tanto penal como a nivel de competencia a quien realice estas conductas. Así, los beneficios otorgados por esta autoridad cubren tanto la multa que hoy en día impone la Superintendencia como el proceso penal que hoy encabeza la Fiscalía.

II. El Principio de Oportunidad

2.1 Llegada al Ordenamiento Colombiano

La figura del Principio de Oportunidad tuvo su génesis en Colombia con el Acto Legislativo 03 de 2002, el cual modificó el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia. Se entiende el Principio de Oportunidad como:

“...la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.”¹¹

Esta figura la define claramente el Doctor José Fernando Mestre de la siguiente manera:

“Una formulación, en pocas palabras, de esta proposición podría ser: el principio de oportunidad – o, lo que es lo mismo, la facultad discrecional para perseguir a los criminales o presentar la acusación en el proceso penal por parte de la fiscalía – siempre y cuando se implementen controles adecuados, es un instrumento de política criminal que favorece la consecución de los fines esenciales del Estado Social de Derecho y que se aviene, con más armonía que la necesidad en la acusación, al sistema acusatorio y a la garantía de los

¹¹ Artículo 250, Constitución Política de Colombia

derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto víctimas como victimarios.”¹²

La congestión de expedientes existente en los juzgados colombianos se llega a la conclusión de la existencia de un sistema judicial insostenible y con más falencias que virtudes en donde había un caldo de cultivo para la impunidad de muchos delitos como resultado de la alta carga de procesos, la congestión e ineficiencia de los operadores judiciales y el reducido número de fiscales a cargo de adelantar la acción penal. Por este motivo, se decidió crear el Sistema Penal Acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, donde uno de los principales cambios introducidos fue la creación del Principio de Oportunidad consagrado en el Título V de la Ley 906 y definido en el artículo 323 de dicha norma, el cual establece lo siguiente:

“El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías”¹³.

¹² Mestre Ordóñez, José Fernando. La discrecionalidad para acusar, La Fiscalía y el principio de oportunidad en el Estado Social de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá, 2003. Pág 18

¹³ Artículo 323, Ley 906 de 2004

El Principio de Oportunidad llega como una excepción al Principio de Legalidad¹⁴ donde el Fiscal puede suspender, interrumpir o renunciar a al ejercicio de la acción penal. Es importante aclarar que si bien es una facultad que tiene la Fiscalía, no es absolutamente potestativa del ente investigador puesto que hay dos controles de legalidad para la aplicación de este Principio: la propia Legislación con las causales que trae el código y el Juez de Control de Garantías quien evaluará la legalidad o no de la aplicación del principio. Como lo dice la Corte Constitucional, *“es preciso tener en cuenta que, si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”*¹⁵ Es importante recordar, además, que es un Principio de Oportunidad reglado¹⁶ por cuanto su aplicación depende necesariamente del cumplimiento de unos requisitos legales y no únicamente de la voluntad del juez.

Esta contradicción al sopesar el principio de oportunidad junto con el Principio de legalidad, no es un tema pacífico en la doctrina. Como lo establece el Doctor Guerrero Peralta:

“en los países donde el principio de legalidad vale como absoluto y en los cuales la fiscalía debe someter al criterio de los tribunales su actuación, respecto de los fundamentos de una acusación, el

¹⁴ Artículo 322, Ley 906 de 2004, *“La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código”*

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-095 De 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁶ Henao, Luis Felipe. Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Colombiano, Centro Editorial Universidad de Rosario, 2005

principio de oportunidad se presenta como una manipulación de los elementos fundamentales del acto delictivo, o como la simple ignorancia de las obligaciones jurídicas impuestas a las autoridades del orden penal, a efectos de remediar problemas inmediatos de la administración de justicia”¹⁷

Sin embargo, habría que entender la relación entre estos dos principios como lo hace Heike Yung, quien afirma que: *“entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad no impera la lógica de regla general y excepción, sino más bien una relación de preferencia.”*¹⁸ Así pues, se prefiere en algunos casos el Principio de Oportunidad sobre el Principio de Legalidad, con aras de perseguir un bien mayor.

Como lo dice la Corte Constitucional, *“El principio de oportunidad presenta las siguientes características (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.”*¹⁹

¹⁷ Guerrero Peralta, Oscar Julián. Procedimiento Acusatorio y terminación anticipada del proceso penal. Ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1998. Pág. 110

¹⁸ Guerrero Peralta, Oscar Julián. Op. Cit. Pág. 113

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-673 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2.2 Marco normativo y Funcionamiento

Las normas que regulan el Principio de Oportunidad se encuentran consagradas en los artículos 321 hasta el 330, de la Ley 906 de 2004²⁰. Allí se consagran no solo la aplicación del principio sino también las causales a las cuales debe ceñirse la fiscalía para la aplicación del Principio. Además, la Fiscalía General de la Nación debe expedir un reglamento según el cual se debe regir internamente para el trámite que se le vaya a dar a este procedimiento al interior de la entidad. Es importante tener en cuenta que, en virtud del bloque de constitucionalidad, no todos los delitos son sujetos de la aplicación del Principio de Oportunidad. La aplicación de este principio frente a delitos que atenten contra los Derechos Humanos afectaría gravemente las obligaciones contraídas por Colombia mediante los distintos tratados internacionales, de igual manera tampoco podrá hacerlo frente a delitos como el terrorismo o el narcotráfico.²¹

Estas causales se pueden clasificar en dos grupos: unas referentes a una mínima culpabilidad y otras referidas a la ausencia de la necesidad de la pena. Las primeras, hacen referencia, de manera general, a aquellas causales donde: **(i)** la pena es muy pequeña, **(ii)** el daño al bien jurídico no es relevante, **(iii)** cuando en el exterior se haya pagado una pena mayor en comparación a la que se pagaría en Colombia, **(iv)** cuando la persecución penal genere problemas sociales de mayor trascendencia o, **(v)** cuando haya una colaboración eficaz para evitar que continúe el delito o se realicen otros o se ayude a dismantelar bandas de crimen organizado, siendo esta causal la más relevante para el presente trabajo como se analizará

²⁰ La Ley 906 de 2004, en lo referente al Principio de Oportunidad, fue reformada por la Ley 1312 de 2009

²¹ Góngora Mera, Manuel Eduardo. El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia, 2004, en Nürenberfer Menschenrechtszentrum NMRZ

más adelante. Las de falta de necesidad de la pena se refieren a aquellos casos en donde **(i)** el imputado haya sufrido daño moral o físico grave con razón a la ocurrencia de la conducta culposa y, **(ii)** la persecución de la acción penal pone en riesgo la seguridad exterior del Estado²².

En cuanto a la aplicación del Principio de Oportunidad, cuando el Fiscal tome la determinación de renunciar al ejercicio de la acción penal deberá presentar un escrito al Juez de Control de Garantías para que este realice un control de legalidad previo e inmediato y decida sobre la procedencia o no de este Principio en los 5 días siguientes a que la Fiscalía haya tomado la determinación²³. En dicho escrito, la Fiscalía deberá estipular los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten y argumenten su petición, estableciendo de manera clara y precisa cuál de las causales contenidas en el artículo 324 se está invocando.

De igual manera, la Fiscalía deberá aportar el material probatorio que le permite no solo solicitar la aplicación del Principio de Oportunidad, sino aquel que le permita cuando menos inferir de manera razonable una posible autoría o participación por parte del acusado en la conducta punible puesto que el Principio de Oportunidad –al igual que los preacuerdos celebrados con la Fiscalía²⁴– no puede vulnerar la Presunción de Inocencia a la que tenemos derecho todos los colombianos.

²² Las causales para la aplicación del Principio de Oportunidad se encuentran consagradas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

²³ Artículo 327, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009

²⁴ “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.” Artículo 327 inciso tercero, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009

El juez tomará su determinación en una audiencia especial en donde podrán participar tanto el Ministerio Público como las víctimas y en donde ambos podrán controvertir las pruebas que haya aportado la Fiscalía. Posteriormente el juez decidirá de plano sobre la procedencia o improcedencia del Principio de Oportunidad teniendo en cuenta no solo el escrito aportado por la Fiscalía sino también los intereses de la víctima habiéndola escuchado tanto a ella como al Ministerio Público en la Audiencia²⁵.

Como se mencionó anteriormente, el Principio de Oportunidad puede consistir tanto en renunciar, suspender o interrumpir la acción penal y los efectos de cada determinación son diferentes²⁶. Al renunciar al ejercicio de la acción penal, la Fiscalía está renunciando a perseguir a esa persona por esos hechos. En ese sentido, una renuncia a la acción penal y la posterior aceptación de esta por parte del juez de control de garantías conllevaría el tránsito a cosa juzgada de dicha determinación por lo cual la Fiscalía posteriormente no podrá volver a investigar por esa misma conducta. Ahora bien, si la decisión del Fiscal es la de suspender o interrumpir la acción penal no habrá tránsito a cosa juzgada tras el control de legalidad del juez²⁷. Lo anterior puesto que en estos casos el Fiscal aún podría volver a investigar si no se cumplen con ciertas condiciones en cada caso puntual. La investigación está suspendida o interrumpida, mas no terminada.

²⁵ Artículos 327 y 328, Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 5 de la Ley 1312 de 2009

²⁶ Urbano Martínez, José Joaquín. Los Fines Constitucionales Del Proceso Penal Como Parámetros De Control Del Principio De Oportunidad, Universidad Externado de Colombia, 2006

²⁷ Artículo 329, Ley 906 de 2004

III. Beneficios por Colaboración

3.1 Llegada al Ordenamiento Colombiano

Existe un entendimiento casi universal de que los cárteles de fijación de precios y asignación de mercados reducen la eficiencia económica. Sin embargo, aunque la mayoría de las leyes de libre competencia prohíben los cárteles, estos se continúan formando y operando en un número significativo de industrias alrededor del mundo²⁸. Una de las razones de que sigan operando, y de la dificultad para descubrirlos, es el secreto bajo el cual operan los cárteles modernos y que dificulta tanto el descubrimiento como la sanción exitosa por medios de investigación tradicionales. Estos cárteles son acuerdos anticompetitivos que buscan entre otros resultados, la fijación de precios y la repartición de mercados para así aumentar sus utilidades y negarles a terceros ajenos al cartel la entrada al mercado. Por esto, se consideran como una de las más nocivas violaciones que hay a la Libre Competencia²⁹ lo cual hace fundamental que las autoridades de libre competencia cuenten con las herramientas necesarias para combatirlos y superar las dificultades existentes para descubrir los cárteles.

Como respuesta a estas dificultades, las autoridades de competencia alrededor del mundo han desarrollado programas de clemencia como una nueva herramienta en su lucha contra los cárteles, en virtud de los cuales se ofrecen incentivos para que los miembros del cartel se presenten, denuncien el cartel y proporcionen pruebas de su existencia a cambio de un trato favorable³⁰. Estados Unidos fue el primer país, en 1978 en crear un programa de delación

²⁸ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William E. Kovacic, “The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels”

²⁹ OECD, LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (2009)

³⁰ IBIDEM

para otorgar beneficios a quien delatara un cartel³¹. En Colombia, el Programa de Beneficios por Colaboración –también conocido como el Programa de Delación– fue incorporado al ordenamiento jurídico por la Ley 1340 de 2009 consagrándolo en su artículo 14, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 14. BENEFICIOS POR COLABORACIÓN CON LA AUTORIDAD. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o 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.”³².

Sin un programa de delación, desde la psiquis del cartel y sus miembros, es más beneficioso atenerse a una investigación de la SIC y esperar a ver la autoridad por su cuenta que pruebas logra reunir en su contra, a delatar la conducta³³. Si la SIC actúa sola, existe la posibilidad de que no encuentren pruebas suficientes para sancionar total o parcialmente la conducta y mientras tanto siguen obteniendo los beneficios económicos que les otorga hacer parte del

³¹ IBIDEM

³² Artículo 14, Ley 1340 de 2009

³³ Cécile Aubert, Patrick Rey, and William E. Kovacic, “The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels”

cartel. Al no existir un programa de delación, no hay incentivos suficientes para que los miembros del cartel acudan a delatar.

Por este y otros motivos, se promulgó la Ley 1340 de 2009 en la cual se modificaban ciertos aspectos del régimen de competencia en el país y entre ellos se creaba la figura de los Beneficios por Colaboración. Los cuales llegan como un incentivo para aquellos miembros de un cartel que decidan colaborar con la autoridad y delatar esas conductas delictivas para obtener un beneficio. Se crea la posibilidad discrecional de la SIC de otorgarle beneficios frente a la multa a imponer por parte de la autoridad.

Es importante establecer que, aunque esta figura se estableció en el 2009, no fue sino hasta el 2016, en el marco del ‘cartel de los papeles suaves’³⁴, del ‘cartel de los pañales’³⁵ y del ‘cartel de los cuadernos’³⁶ que se presentó la primera Resolución por parte de la Superintendencia de industria y Comercio otorgándole los Beneficios por Colaboración a un delator. Lo anterior indica que la creación de la figura no fue suficiente incentivo *per se* y fue necesaria una política de abogacía de la competencia por parte de la autoridad para incentivar a los cartelistas a delatar sus conductas. Sin embargo, esta norma fue reformada por el Decreto 1523 de 2015 la cual es la norma vigente en lo referente al Programa de Beneficios por Colaboración.

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 31739 de 2016

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 de 2016

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 54403 de 2016

3.2 Marco normativo y Funcionamiento

Si bien los Beneficios por Colaboración se consagraron en un principio en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, se reglamentaron en el Decreto 1523 de 2015 el cual regula y establece las reglas y procedimientos del Programa de Delación de la SIC. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, ahora es el Decreto 1523 de 2015 el que regula y reglamenta el programa de Delación ante la SIC.

Lo primero que establece el Decreto es que estos Beneficios no cobijan a quien sea el instigador o promotor de la conducta. Según el artículo 2.2.2.29.1.2 del Decreto, se entiende por instigador aquella persona *“que mediante coacción o grave amenaza induzca a otra u otras a iniciar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, siempre que dicha coacción o grave amenaza permanezca durante la ejecución del acuerdo y resulte determinante en la conducta de las empresas involucradas.”*³⁷. Estas serán las únicas personas a quienes no se les otorgarán los Beneficios por Colaboración, además el artículo 2.2.2.29.2.1 del Decreto en su inciso segundo, establece que *“Para efectos de conceder beneficios por colaboración, se presumirá que el solicitante no es el Instigador o promotor del acuerdo anticompetitivo. El que afirme que otro es instigador o promotor del acuerdo anticompetitivo deberá probarlo.”*³⁸. Es decir, que para acceder al Programa de Delación es necesario declarar que uno no es el instigador, declaración que se entiende prestada al momento de solicitar acceder a los Beneficios.

³⁷ Artículo 2.2.2.29.1.2, Decreto 1523 de 2015

³⁸ Artículo 2.2.2.29.2.1, óp. Cit.

Hay dos posibles efectos cuando un delator se acoge al programa de Beneficios por Colaboración. O bien lo eximen de la totalidad de la multa, o esta es reducida en un porcentaje determinado. Los requisitos generales para poder acceder al Programa son los mismos independientemente de que grado de exoneración se vaya a dar. Para el grado de exoneración de la multa, se mira el orden en que se aplicó al Programa de Delación. Únicamente el primer delator podrá acceder a la exoneración del 100% de la multa. Los siguientes delatores, podrán acceder a una reducción de la multa de entre el 30% y el 50% de acuerdo con el orden en que se hayan acogido al Programa y hayan cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 2.2.2.29.2.2 del Decreto 1523 de 2015.

“Los beneficios derivados de la firma del Convenio de Beneficios por Colaboración se otorgarán de conformidad con el momento en que el solicitante cumpla con los requisitos para marcar su entrada al Programa de Beneficios por Colaboración, en los términos del artículo 2.2.2.29.2.3. del presente decreto, de la siguiente manera:

1. Al primer solicitante se le otorgará la exoneración total de la multa a imponer.
2. Al segundo solicitante se le otorgará una reducción de entre el treinta por ciento (30%) y el cincuenta por ciento (50%) de la multa a imponer, de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas en el trámite de la delación.
3. Al tercero y demás solicitantes posteriores se les otorgará una reducción de hasta el veinticinco por ciento (25%) de la multa a imponer, de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas en el trámite.

Se entenderá que la información o pruebas son útiles para la investigación, cuando agreguen valor respecto de aquellas con que ya cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, incluidas las aportadas por otros solicitantes o delatores. El grado de exigencia para determinar la utilidad de la información o las pruebas será valorado teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre la actuación administrativa.³⁹”

En cuanto al procedimiento, una vez el delator toma la determinación de acudir a la autoridad para acogerse al Programa de Delación, deberá acudir a la SIC. Este podrá presentar la solicitud de acogerse al programa en cualquier momento durante el curso de la investigación hasta antes de que el delegado presente el Informe Motivado al Superintendente de Industria y Comercio⁴⁰.

Una vez presentada la solicitud el delator deberá cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 2.2.2.29.2.3 del Decreto 1523, es decir, deberá: **(i)** reconocer su participación en el cartel; **(ii)** suministrar la información relevante sobre el cartel en sí y los miembros de este, y; **(iii)** suministrar los elementos materiales probatorios que le sirvan para sustentar la información aportada. Estas pruebas deberán ser entregadas al momento de levantar el acta (cuando el delator acude a la autoridad) o dentro del plazo otorgado por el delegado para que los aporte⁴¹.

³⁹ Artículo 2.2.2.29.2.2, Decreto 1523 de 2015

⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Guía Para el Programa de Beneficios por Colaboración

⁴¹ Artículo 2.2.2.29.2.3, Decreto 1523 de 2015

Una vez cumplidos los requisitos anteriormente mencionados, el delegado procederá a celebrar un acuerdo de colaboración con el delator. En dicho convenio quedará establecido de los hechos, datos y pruebas que haya aportado el solicitante, el orden de prelación que tendrá para la exoneración total o parcial de la multa dependiendo del orden cronológico de aplicación (1º, 2º, 3º, etc.) y finalmente se mencionará que sólo se le otorgaran los beneficios pactados al solicitante que cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto.

No es suficiente simplemente con delatar la conducta, confesar y aportar las pruebas que se tengan. Es necesario que los delatores colaboren activamente durante todo el curso de la investigación con la Superintendencia para lograr sancionar a los demás partícipes. De igual manera, y como es apenas lógico, el delator también deberá detener inmediatamente su participación en el cartel que está denunciando⁴². De nada sirve que lo delate si no va a cesar sus prácticas anticompetitivas dentro del mismo, después de todo la idea de que acuda a delatar el cartel es precisamente terminar con el mismo.

La decisión final acerca de si se lo otorgan o no los beneficios al delator la toma el Superintendente. Una vez presentado el Informe Motivado por parte del delegado, el Superintendente, en la Resolución en la que decide sobre la investigación, toma la decisión de si le otorga o no la reducción o exoneración a que haya lugar al delator. De considerarlo necesario, el solicitante podrá pedir que durante el curso de la investigación haya una reserva acerca de su identidad como se mencionó anteriormente, esta información únicamente será

⁴² Artículo 2.2.2.29.2.6, Decreto 1523 de 2015

revelada al momento en que se conozca la decisión final del Superintendente en donde sancione a los involucrados y otorgue los Beneficios a que hubiese lugar en virtud de la colaboración con la autoridad.

Los programas de delación funcionan, desde un punto de vista teórico, como un dilema del prisionero dentro de la teoría de juegos⁴³. Los miembros del cartel, ante la posibilidad de que sea otro quien delate primero y obtenga el mayor beneficio posible, buscan delatar la conducta para así ser ellos quienes obtengan la exención total de la multa, u obtengan la mayor reducción posible. Esto se consigue, únicamente, si hay un programa de delación exitoso.

Uno de los pilares para un programa de Beneficios por Colaboración sea exitoso es el miedo que deben sentir los miembros del cartel por el riesgo a ser descubiertos. Mientras más ansiosa esté una empresa por el hecho de que su participación en un cartel pueda ser descubierta por la autoridad, más probable es que informe acerca de su conducta a cambio de beneficios. Si los miembros del cartel perciben un riesgo real de detección, entonces un programa de delación puede basarse en ese temor y crear desconfianza y pánico entre los miembros del cartel. Los miembros del cartel ya no pueden darse el lujo de confiar el uno en el otro. Las recompensas por delatar son demasiado grandes, las consecuencias de ser descubierto y sancionado son demasiado rigurosas. La dinámica de estos programas literalmente crea una carrera para ser el primero en la lista de delatores⁴⁴.

⁴³ Cecilia O'Neill de la Fuente, "La Colaboración Eficaz Y La Libre Competencia: Indecopi Atrapado En El Dilema Del Prisionero"

⁴⁴ Scott D. Hammond, "Cornerstones of an Effective Leniency Program"

Es tal la importancia de los programas de delación que una vez instaurados, la mayoría de las investigaciones suelen venir acompañadas de un proceso de delación. En España, por ejemplo, desde que en 2007 se creó el programa español de delación se han sancionado más de 20 carteles y el 60% de esas investigaciones han venido acompañadas de una delación⁴⁵. Estos programas se han convertido en la mejor arma en la lucha contra los carteles anticompetitivos.

IV. La Colusión en Licitaciones Públicas

Como se mencionó anteriormente, la Colusión en Licitaciones Públicas es una de las pocas –si no la única– que comprende tanto un acuerdo anticompetitivo como una conducta antijurídica castigada por el Código Penal. En ese sentido, para los fines de este trabajo es fundamental analizar esta conducta desde ambos puntos de vista, tanto su consagración como acuerdo anticompetitivo a la luz del Decreto 2153 de 1992, como su tipificación como delito a la luz del Código Penal Colombiano.

4.1 La Colusión Como Acuerdo Anticompetitivo

Es fundamental de igual manera tener en cuenta para este punto que estamos ante un acuerdo y no un acto anticompetitivo. Los acuerdos se encuentran definidos en el Artículo 45 (1) del Decreto 2153 de 1992 de la siguiente manera:

⁴⁵ Maillo González-Órus, Jerónimo. “La Lucha Contra Los Cáteles en España”, Editorial Aranzadi, Madrid 2015

“ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.”⁴⁶

De acuerdo con lo anterior, el artículo 47 del Decreto 2153 consagra los acuerdos que se consideran anticompetitivos. Es así, como en su numeral 9° se establece como anticompetitivo el acuerdo entre competidores en medio de una licitación pública de la siguiente manera:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”⁴⁷

Frente a los acuerdos anticompetitivos, es importante resaltar lo que dice el profesor García Cachafeiro frente a los mismos. *“El Derecho de la Competencia prohíbe a las empresas que*

⁴⁶ Artículo 45(1), Decreto 2153 de 1992

⁴⁷ Artículo 47(9), Decreto 2153 de 1992

*se pongan de acuerdo sobre las condiciones de la oferta que se dirigen a sus cliente. Se quiere evitar que las empresas rivales pacten cuestiones tales como el precio de los bienes, la cuantía de la producción, el grado de innovación, el número de competidores o las zonas en las que éstos están presentes en un mercado.*⁴⁸ De igual manera establece el profesor García Cachafero que *“la prohibición se extiende a los acuerdos, a las decisiones de asociaciones de empresas y a las prácticas concertadas. Existe un acuerdo cuando los participantes manifiestan su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado, con independencia del modo en que se manifiesta (oral o escrito) o de los efectos sobre las partes (vinculantes o no).*⁴⁹ Es por esto, por la falsedad a la libre competencia que representan los acuerdos, que se busca castigar a quienes incurren en estas conductas.

La colusión en licitaciones públicas es una de las más nocivas para la libre competencia en el mundo⁵⁰ y una que, lastimosamente, está en auge en los últimos años en nuestro país. No en el sentido de que solo se venga realizando en los últimos años, pues para nadie es un secreto que corrupción siempre ha habido, sino que en los últimos años es donde más casos hemos detectado gracias a la conciencia colectiva de que este tipo de conductas son totalmente inadmisibles e intolerables en nuestra sociedad pues no solo pierden los demás competidores, pierde el Estado y perdemos también todos los colombianos.

⁴⁸ García Cachafero, Fernando. “Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español”, Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia, Editorial Arazandi, Madrid 2009, Pág. 39

⁴⁹ IBIDEM

⁵⁰ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2015) Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter on Relationships Between Competition Agencies and Public Procurement Bodies

Pierden los competidores al verse restringida la libre competencia en las licitaciones para obtener la adjudicación de un determinado contrato y no pueden competir dentro del mercado en igualdad de condiciones⁵¹. Pierde el Estado, puesto que no llegan ni ganan las mejores propuestas y los recursos públicos no terminan usándose de la mejor manera posible ni de la manera más eficiente. Finalmente pierde la sociedad al no haber total transparencia en la licitación, no conseguir las mejores obras al mejor precio y caer sobre la sociedad un manto de corrupción. Según la Comisión Europea *“la existencia de un cártel en una industria determinada redundaría en un incremento medio del 10% en los precios (en algunos casos, dicho incremento se sitúa en el 30%- 50%) y en una reducción media de la cantidad producida del 20%”*⁵²

La Colusión en Licitaciones Públicas es, entonces, el acuerdo al que llegan dos o más competidores dentro de un proceso licitatorio para beneficiarse entre ellos del proceso licitatorio y perjudicar así a un tercero. Se limita la competencia al ponerse de acuerdo dos o más partes acerca de quién va a obtener la licitación, quienes participan o frente al precio o cantidad que se van a ofrecer.

Esta Colusión puede presentarse en varios momentos durante el proceso licitatorio según lo ha establecido la propia SIC en su Guía para Combatir la Colusión en Licitaciones Públicas: (i) durante la elaboración de los pliegos de condiciones, (ii) durante la presentación de los pliegos de condiciones y (iii) durante la ejecución del contrato⁵³.

⁵¹ IBIDEM

⁵² Jiménez Latorre, Fernando. La Persecución de los Cártels: la Política de Clemencia.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio, Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones, 2010

Durante la elaboración de Pliegos de Condiciones es indispensable la participación dentro del cartel de algún funcionario dentro de la entidad contratante. Esto puesto que en esta etapa se busca que mediante el acuerdo ilegal entre futuro(s) proponente(s) y el contratante para garantizar que sea un miembro del cartel quien se quede con el Contrato Estatal. En estos casos lo usual es que se pacte una propuesta de un miembro del cartel por un precio extremadamente bajo lo cual le garantice ganarse la adjudicación al ‘competir’ con los demás proponentes una vez salga la oferta. Sin embargo, dentro del acuerdo también se pacta alguna manera en la que el proponente recupere el equilibrio contractual y obtenga el precio que inicialmente rebajo a la hora de realizar la oferta.

La Colusión en Licitaciones públicas se presenta más comúnmente en la Presentación de las Ofertas⁵⁴. En este caso el acuerdo colusorio se presenta al momento de realizar y proponerle la oferta a la entidad contratante. En esta situación no se ve involucrado en el cartel la entidad contratante, acá los que se ponen de acuerdo son los oferentes quienes de diversas maneras y con distintas tácticas clandestinas se ponen de acuerdo sobre cual miembro va a ser el que se va a ganar la licitación. Si bien son las más comunes, es difícil establecer cuando ocurren puesto que uno de los factores que caracterizan este tipo de carteles es la clandestinidad de estos y el hecho de que los acuerdos que hacen, para que cumplan con su finalidad ilegalidad no pueden ser públicos ni mucho menos. En este caso puede darse que los cartelistas se repartan el mercado geográficamente, que algunos hagan ofertas irrisorias con tal de que otro gane o simplemente se ponen de acuerdo de que contratos se adjudica cada miembro. Acá lo

⁵⁴ IBIDEM

relevante y característico es que son los miembros del cartel quienes se ponen de acuerdo con la hora de presentar la oferta sobre cuál de los miembros es el que va a obtener el contrato.

Por último, puede darse que el acuerdo colusorio tenga sus efectos o suceda durante la ejecución del contrato. En este caso lo que termina sucediendo es que quien haya obtenido la adjudicación del contrato termina vinculando, ya sea subcontratando o mediante otras maniobras, a uno o más miembros del cartel para que ellos también participen del contrato. También es posible que se cedan el contrato los unos a los otros para así todos tener una ‘tajada’ del contrato.

Como lo dice el profesor Arroyo Fernández *“Las actuaciones de manipulación fraudulenta de ofertas (bid rigging) es una forma de colusión muy común y el screen más desarrollado en este ámbito se centra principalmente en el análisis de la colusión en concursos de obras o servicios públicos. Para ello, se analizan los factores relevantes en las ofertas presentadas por las empresas en las licitaciones y en su probabilidad de ganar un concurso. La idea subyacente parte de que las empresas que coluden tienden a participar en la mayoría de los concursos, de forma que presentan una o varias ofertas serias y otras complementarias (que tienden a exceder de las primeras) con lo que tratan de manipular la oferta media del precio de la obra o servicio.”*⁵⁵

Hay varios síntomas de que se puede estar presentando una Colusión en Licitaciones Públicas las cuales, aun cuando todos los mercados tienen características diferentes, suelen ser

⁵⁵ Arroyo Fernández, María Jesús “La Lucha Contra Los Cártels en España”, Editorial Aranzadi, Madrid 2015, Pág. 323

comunes a todos los mercados. Entre estas están las siguientes: (i) Que la misma empresa gane todas o la mayoría de las licitaciones; (ii) Hay pocos participantes y/o no ingresan nuevos participantes en las propuestas; (iii) Un grupo de empresas toman turnos para irse ganando de manera rotativa y casi predecible las distintas licitaciones⁵⁶. Estas son solo algunas de las posibles manifestaciones de un acuerdo colusorio. Es importante establecer que, aunque estas son las más comunes, hay otras prácticas que pueden igualmente ser indicativas de un acuerdo anticompetitivo. La OCDE ha recopilado una lista mucho más extensa y explicativa sobre como reconocer este tipo de síntomas y como detectarlos en su *Guía para la lucha contra la Colusión en Licitaciones Públicas*.⁵⁷

Sin importar en que momento de la licitación se presenta, lo cierto es que uno de los efectos más gravosos de este tipo de conductas anticompetitivas es que no solo afecta la competencia presente, haciendo que los competidores honestos que no hacen parte del cartel no puedan competir de manera equitativa y en igualdad de condiciones con los cartelistas, sino que a futuro la competencia en el mercado también se ve gravada. Esto es dado que la presencia de carteles dentro del mercado genera un desincentivo a los competidores para participar en estos procesos licitatorios puesto que consideran, con razón, que no van a poder competir en igualdad de condiciones frente al cartel. Con esto, además del mercado, pierde también el Estado y la sociedad puesto que muchos empresarios que podrían aportar mejores ofertas que beneficien a toda la sociedad y a lo mejor sean más eficientes, no terminan ganando por culpa de la presencia de los cartelistas.

⁵⁶ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2015) *Anti-Cartel Enforcement Manual*, Chapter on Relationships Between Competition Agencies and Public Procurement Bodies, pág. 16

⁵⁷ OECD Guidelines on Fighting Bid-Rigging in Public Procurement, OECD 2009

Ahora bien, a la hora de analizar los riesgos de cartelización en las licitaciones públicas, es importante establecer de qué tipo de licitación estamos hablando en cuanto a que los riesgos y las maneras de combatirlo varían dependiendo del tipo de proceso. En primer lugar, en una licitación sellada o secreta, generalmente todos los participantes envían sus ofertas, y la entidad debe tener un registro por escrito (o electrónico) de todas estas ofertas. Tener menos ofertas que el número normal de competidores sugiere la posibilidad de que exista un acuerdo anticompetitivo por lo que puede esperarse que los oferentes en subastas selladas hagan los arreglos previos para que los miembros del cartel que no sean designados como ganadores presenten ofertas complementarias y así dar una apariencia de competitividad y mantener en secreto el cartel. Sin embargo, esto puede ser un arma de doble filo puesto que esas mismas ofertas diseñadas para esconder el acuerdo, pueden ser usadas como pruebas en su contra en caso de que se investigue un posible acuerdo⁵⁸.

Por otro lado, en una licitación de subasta pública, normalmente no existe ese rastro de papel. En primer lugar, las ofertas se dan de manera oral, por lo que es posible que no exista un registro formal de las ofertas presentadas. En segundo lugar, dependiendo del formato de la subasta o licitación, muchos oferentes no pueden presentar ofertas, incluso en un entorno no colusorio si el precio sube a un nivel superior a su disposición a pagar antes de tener la oportunidad de ingresar una oferta. El hecho de que solo un pequeño número de participantes realmente presentan ofertas en una licitación de subasta pública puede no ser sugestiva de actividad colusoria de la misma manera que en una licitación de oferta sellada. Es posible

⁵⁸ William E. Kovacic, Robert C. Marshall, Leslie M. Marx, and Matthew E. Raiff: "Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements"

que la autoridad ni siquiera sea capaz de identificar quiénes son todos los participantes en una subasta pública, ya que uno solo puede saber sobre quienes presentaron las ofertas. Estos problemas significan que puede ser más difícil perseguir la colusión en estos casos que cuando la licitación es sellada.⁵⁹

En cuanto a la sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, a quienes participen en Colusiones en Licitaciones Públicas, se les impondrá una multa de hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes o hasta el 150% de la utilidad derivada por parte del infractor si llegase a ser mayor –para personas jurídicas⁶⁰– y de hasta 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes –para personas naturales⁶¹–. Para el 2018, el salario mínimo está en \$ 781,242⁶² (setecientos ochenta y un mil doscientos cuarenta y dos pesos) con lo que las multas a los infractores podrán ascender hasta los \$78,124,200,000 (setenta y ocho mil ciento veinticuatro millones doscientos mil pesos) para personas naturales y hasta los \$1,562,484,000 (mil quinientos sesenta y dos millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil pesos) para personas naturales. Son sumas inmensamente grandes que en muchos casos pueden llegar a ser confiscatorias, es por eso por lo que a la hora de tasar la multa la superintendencia deberá tener en cuenta si aplica algún atenuante que haga que se reduzca la multa⁶³.

⁵⁹ IBIDEM

⁶⁰ Artículo 25, Ley 1340 de 2009

⁶¹ Artículo 26, Ley 1340 de 2009

⁶² Decreto 2269 de 2017

⁶³ Artículos 25 y 26, Ley 1340 de 2009

4.2 La Colusión Como Conducta Penal

Como se mencionó anteriormente, la Colusión en Licitaciones Públicas cobra una especial relevancia para el tema que se busca analizar en este texto puesto que tiene la dualidad de ser tanto un Acuerdo Anticompetitivo como estar consagrada como delito en el Código Penal Colombiano.

Hay que establecer antes que nada que hasta hace poco, este era un delito que no se encontraba tipificado en el ordenamiento jurídico colombiano. No fue sino hasta la expedición de la Ley 1474 de 2011 que se creó este tipo penal. El artículo 27 de esta Ley consagró el delito denominado “Acuerdos Restrictivos de la Competencia” el cual fue adicionado a la Ley 599 de 2000 –Código Penal Colombiano– en el artículo 410A. El texto del artículo señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 410-A. ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA. 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.”⁶⁴

⁶⁴ Artículo 27, Ley 1474 de 2011

La expedición del Estatuto Anticorrupción –Ley 1474 de 2011– trajo varias herramientas en la lucha contra la corrupción, entre ellas, el citado tipo penal de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia que hace referencia a la Colusión en Licitaciones Públicas. La expedición de este Estatuto, pero sobre todo un mecanismo que ayudara a la lucha contra la corrupción se tornaba necesario. Sin embargo, clara prueba de lo reciente de la incorporación de esta nueva categoría de delito es el hecho de que hasta apenas el 10 de marzo de 2017 se realizó la primera audiencia de formulación de acusación por este delito⁶⁵.

El Índice de Percepción de la Corrupción –IPC– proporcionado por Transparencia Internacional, mide que tanta sensación de corrupción hay en un país según empresarios y analistas de cada país. Este índice se mide de 0 a 100, donde 0 quiere decir que el país sucumbió ante la corrupción y 100 donde hay una total ausencia de corrupción. Para el 2009, Colombia ocupaba el puesto 75 en el mundo con un IPC de 37/100⁶⁶ con lo cual era evidente que la percepción de la gente era que había una corrupción bastante elevada. Casos como el Carrusel de la Contratación, o el Carrusel de la Salud y otros varios casos de corrupción en infraestructura y servicios públicos le da la razón a esta medición.

Aún más aterrador era el panorama de la Corrupción mirando las cifras que daba en el 2010 el entonces Zar Anticorrupción Óscar Ortiz. Según Ortiz, se hizo una aproximación basándose en un estudio realizado por Transparencia Colombia y la Universidad Externado de Colombia donde “... el promedio de un soborno para acceder a la contratación pública es

⁶⁵ “Primera formulación de acusación por el delito de acuerdos restrictivos de la competencia en Colombia”, Fabio Humar Jaramillo y Santiago Franco Najjar

⁶⁶ Transparency International, Índice de Percepción de la Corrupción, 2009

del 12,9 por ciento...”⁶⁷ aplicando ese porcentaje al Presupuesto General de la Nación para el año 2009⁶⁸, se ve que la cifra de sobornos para ese año alcanzo una cantidad aberrante de 3,9 billones de pesos. Según el propio Zar, esa cifra supera la inversión extranjera que recibió el país en 2007, que fue de 3,7 billones de pesos.

Estas situaciones hacían que fuera indispensable un mecanismo que ayudara y sumara armas en la lucha contra la corrupción. Con la criminalización de la conducta anticompetitiva de la Colusión el Licitaciones Públicas se le dio al Estado más herramientas en la lucha contra estas conductas. Ya no solo hay una investigación y sanción administrativa en forma de multa por parte de la SIC, sino que también hay una investigación y acusación penal por parte de la Fiscalía con la posibilidad de una pena privativa de la libertad además de una inhabilidad para contratar con entidades estatales además de una multa, en caso de ser encontrado culpable.

Ahora bien, es fundamental analizar el lugar del Código en el que se encuentra este delito y lo que ello conlleva. Se encuentra en primer lugar en el Título XV referente a los “Delitos Contra la Administración Pública”. Es decir, es una conducta antijurídica que atenta contra la Administración como tal. Es la administración, y por ende el Estado y toda la sociedad, quienes se terminan viendo afectados por este Delito. Está además en el Capítulo Cuarto referente a la “Celebración Indevida de Contratos” al perfeccionarse esta conducta en un Contrato celebrado con el Estado.

⁶⁷ Entrevista con Yamid Amat para El Tiempo de Óscar Ortiz González, 2010.

⁶⁸ Ley 1260 de 2008

De igual manera, del texto del delito como tal, es importante resaltar varios aspectos. En primer lugar, el Código establece al autor de esta conducta como “El que” lo que indica que es un autor indeterminado, y no calificado, quien comete este delito. Esto es importante no solo por diferir del resto de delitos que componen este capítulo al ellos tener un sujeto activo calificado, sino porque ello significa que por esta conducta pueden perseguirse no solo a los servidores públicos que hagan parte del cartel, sino a aquellas personas que se coluden sin necesidad de ostentar la calidad de servidores públicos.

En segundo lugar, el artículo señala que incurrirán en esta conducta quienes, mediante su acuerdo colusorio, tuviesen “el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual.⁶⁹” Esto no solo quiere decir que el propósito del cartel debe ser el de cambiar ilícitamente el devenir del proceso contractual –otra finalidad no entraría en este tipo penal– sino que el texto da a entender que es un delito de medio y no de resultado.

Al decir que incurrirán en el delito quienes se pongan de acuerdo con el fin de alterar y no algo así como “quienes alteren” da la impresión de que se busca sancionar la conducta colusoria, más que la alteración ilícita de la licitación. No es necesario que se produzca el resultado deseado, se incurrirá en este delito con el solo acuerdo entre las partes del cartel con miras de afectar el devenir del proceso licitatorio.

Hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el título de la conducta (Acuerdos Restrictivos de la Competencia) se está sancionando un acuerdo anticompetitivo. No se está castigando

⁶⁹ Artículo 410A, Ley 599 de 2000

la alteración del proceso licitatorio sino el acuerdo anticompetitivo como tal. Es por este motivo que podemos entender este delito, no como uno de resultado, sino como uno de medio donde para condenar basta con que se haya cometido el acuerdo sin necesidad de que se haya perfeccionado el resultado perseguido por los infractores.

Si bien puede ser peligroso criminalizar el derecho de la libre competencia, lo cierto es que la existencia de penas privativas de la libertad como consecuencia de realizar un acuerdo anticompetitivo es un desincentivo inmenso para participar en este tipo de carteles y, además, es un incentivo adicional para que los miembros de los carteles se acojan al programa de delación. Como lo menciona Scott D. Hammond⁷⁰, *“se han descubierto cárteles que operaban de forma rentable e ilegal en Europa, Asia y en otras partes del mundo, pero no decidieron expandir su cartel a los Estados Unidos únicamente porque no valía la pena el riesgo de penas de prisión en los EE. UU.”*⁷¹. Aun siendo un mercado potencialmente mayor, los miembros de los carteles prefieren evitar que sus acuerdos se realicen en los Estados Unidos por el miedo a terminar en prisión debido a la legislación de libre competencia de dicho país la cual se analizará más adelante.

Por otro lado, uno de los problemas con la responsabilidad penal para este tipo de conductas anticompetitivas, es que el estándar de la prueba en el régimen penal es más alto que en el régimen administrativo y los jueces miraran con más escepticismo los testimonios dados por los solicitantes del programa de delación, al pensar que solo buscan su propio beneficio

⁷⁰ Ex Asistente del Fiscal General de los Estados Unidos

⁷¹ Scott D. Hammond, “Cornerstones of an Effective Leniency Program”

sabiendo que pueden obtener un beneficio a raíz de ese testimonio. Sin embargo, ese es un costo inevitable que debe sopesarse frente al bien común, al beneficio para toda la sociedad derivado de un programa de clemencia⁷².

V. Otras conductas que tienen sanción anticompetitiva y sanción penal

Si bien la única conducta que de manera expresa está consagrada en la legislación colombiana tanto como un delito como un acuerdo anticompetitivo, hay otras conductas que tácitamente podrían tener de igual manera esa dualidad y la potencial sanción de ambos regímenes. Es por esto por lo que es importante analizarlas, puesto que dicha dualidad que ha venido siendo analizada no es un problema aislado de la Colusión en Licitaciones Públicas, sino que también permea otras conductas.

5.1 Daño en Materia Prima, Producto Agropecuario o Industrial – Prohibición General

El Decreto 2153 consagra, entre otros, la Prohibición General en términos de Libre Competencia en su artículo 46 de la siguiente manera:

“**ARTICULO 46. PROHIBICIÓN.** En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil se consideran de objeto ilícito. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos

⁷² OECD, LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (2009)

de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”⁷³

En este sentido, esta prohibición general lo que hace es de manera amplia sancionar todo tipo de conductas –entren o no en los supuestos descritos por el propio Decreto 2153 en sus artículos 47, 48 y 50– que afecten la libre competencia sin importar cuál sea su naturaleza jurídica o la manera en que se concreten siempre que tengan efectos en el mercado colombiano.

Por su parte, el Código Penal consagra el delito de Daño en Materia Prima, Producto Agropecuario o Industrial en su artículo 304 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 304. DAÑO EN MATERIA PRIMA, PRODUCTO AGROPECUARIO O INDUSTRIAL. El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción

⁷³ Artículo 46, Decreto 2153 de 1992

o distribución, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁷⁴”

Así pues, se condena penalmente quien destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial con el fin de alterar las condiciones del mercado. Así pues, y analizando también la Prohibición General del régimen de Libre Competencia, cabe la posibilidad de estas conductas puedan confluir en una sola.

Esta situación la ilustra a la perfección con el siguiente ejemplo el Doctor Fabio Humar. *“Piénsese en una persona A que, haciendo gala de su posición de dominio en el mercado y con la clara intención de producir la quiebra de otro agente económico B, decide destruir la materia prima M requerida por B. A es el único productor o distribuidor en el país de esa materia. Como consecuencia de la destrucción de M, B quiebra. En este hipotético caso, habría concurrencia de las leyes a aplicar, pues podría enfrentarse un abuso de posición de dominio vía la cláusula general del Art. 46 en concurso con el tipo el 304 del Código Penal.”*⁷⁵

Así, no solo en un escenario de abuso de la prohibición general, sino si dos competidores se ponen de acuerdo para eliminar una materia prima de la que ellos son productores para sacar

⁷⁴ Artículo 304, Ley 599 de 2000

⁷⁵ Fabio Humar, “DERECHO PENAL ECONÓMICO: CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA”, Revista CEDEC XIII

del mercado a un competidor, podemos ver como esa única conducta les supondría tanto una sanción administrativa por parte de la Superintendencia, como una sanción penal tras una investigación adelantada por la Fiscalía.

5.2 Delito de Agiotaje – Acuerdo/Acto Anticompetitivo

Si bien el artículo 410A del Código Penal anteriormente referenciado fue el primero que consagró de manera expresa como delito una conducta netamente anticompetitiva como los son los acuerdos entre competidores, ya venía consagrado en el artículo 310 de la Ley 599 de 2000 un delito cuyo texto dejaba entrever la posibilidad de que una conducta anticompetitiva pudiese vulnerar también ese artículo. Este es el delito de Agiotaje. El texto del artículo es el siguiente:

“El que realice maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”⁷⁶

Viendo el texto del artículo penal, podemos observar cómo se hace referencia a la ilegalidad de una alteración fraudulenta de los productos considerados oficialmente de primera

⁷⁶ Artículo 301, Ley 599 de 2000

necesidad. En este sentido, si entendemos que un acuerdo anticompetitivo entre competidores puede llegar a tener como fin la fijación directa o indirecta de precios⁷⁷, si esta conducta llega a recaer sobre algún producto que se considere por parte del gobierno como de primera necesidad, estaríamos ante una conducta tanto anticompetitiva –en cuanto es un acuerdo horizontal de fijación de precios– como de una conducta castigada penalmente –al recaer sobre un producto de primera necesidad–.

En este caso observamos el mismo problema que puede suscitarse con la Colusión en Licitaciones Públicas. En caso de existir una delación por parte de uno de los cartelistas ante la SIC, esto en ningún caso finiquitaría la acción penal que la Fiscalía podría ejercer. Lo mismo ocurriría si el mencionado infractor acudiera a colaborar con la Fiscalía para que se le aplicara el Principio de Oportunidad, esa aplicación no lo eximiría de la potencial multa que la autoridad de libre competencia pudiese imponerle.

De igual manera, es importante tener en cuenta que el párrafo del artículo 410A del cual se ha hablado a lo largo de este escrito únicamente habla de una reducción en la pena por tener un Beneficio ante la Superintendencia en el caso de la Colusión en Licitaciones Públicas. Es decir, en caso de que se investigue penalmente a alguien por el delito de agiotaje, el tener o no una exoneración del 100% de la multa aplicable por la SIC por haber colaborado con la autoridad, no le reportaría ningún beneficio en materia penal.

⁷⁷ Artículo 47(1), Decreto 2153 de 1992

En este sentido, vemos como para el agiotaje, así como para las conductas que se analizaran en este capítulo, es aún más gravoso que para la Colusión en Licitaciones Públicas el hecho de que haya dos autoridades que investiguen en cuanto que no se otorga ningún beneficio, por pequeño que sea, por haber colaborado con la SIC como si ocurre en la Colusión en Licitaciones Públicas.

5.3 Corrupción Privada – Competencia Desleal – Colusión

La Corrupción Privada, como su nombre lo indica, tiene una gran similitud con la corrupción de la que hemos hablado en este texto, solo que en el ámbito privado y no ya con el Estado. El artículo 250-A del Código Penal consagra el delito de la Corrupción Privada de la siguiente manera:

“El que directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.⁷⁸”

⁷⁸ Artículo 250-A, Ley 599 de 2000

Este es un delito que afecta directamente el funcionamiento interno de la empresa. Se ve como una persona externa a la empresa entrega un dinero o algún tipo de soborno para que algún funcionario de dicha institución le otorgue un beneficio a dicho actor externo (o a un tercero) pero sobre todo para que perjudique a la empresa de la que es miembro. Es un ataque a la confianza que la empresa le deposita a sus empleados sin importar de su rango. Se busca perjudicar a esa empresa de adentro hacia afuera, que sus propios miembros sean los que afecten y ataquen a la compañía buscando que de cierta manera no se culpe al tercero externo.

Si pensamos ahora en el régimen de Libre Competencia y de Competencia Desleal, los ‘Actos de Desorganización’ son casi un espejo de la Corrupción Privada. El artículo 9º de la Ley 256, consagra la desorganización de la siguiente manera:

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.⁷⁹”

Como se puede observar, son desleales las acciones que busquen desorganizar o perjudicar el funcionamiento interno de una empresa ajena. Quien acepta la dádiva no incurre en el acto desleal, es la persona externa la que está vulnerando el régimen de competencia. Se castiga al actor externo y no al miembro de la empresa que ayuda a desorganizarla.

Si se ofrece un soborno a un individuo para que este perjudique la empresa en la que trabaja –ya sea dándole un beneficio al oferente o a un tercero– y dicho perjuicio genera que haya

⁷⁹ Artículo 9, Ley 256 de 1996

una desorganización interna de la compañía, no solo estamos ante un delito sino también ante una violación al régimen de libre competencia. Se busca proteger la libertad de empresa y la buena fe mercantil con la que deben actuar los competidores dentro de un mercado, de igual manera, como se estableció anteriormente, es una vulneración expresa a la confianza depositada por parte de la empresa en sus trabajadores.

Ahora bien, más allá de que la conducta sea penal y desleal al mismo tiempo no es necesariamente lo más perjudicial. En este sentido es importante considerar que esta conducta también tiene relación con los acuerdos y los actos anticompetitivos consagrados en el régimen de libre competencia económica por el Decreto 2153 de 1992.

Si se sucede la situación en la cual la dádiva sea ofrecida y aceptada entre competidores para acordar alguna de las conductas descritas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, referente a los acuerdos anticompetitivos, veríamos como esto no es solo una corrupción privada o un acto de competencia desleal, sino que estaríamos ante un acuerdo anticompetitivo que podría tener una sanción administrativa por parte de la SIC independiente de la sanción penal que pueda perseguir la Fiscalía.

Aun cuando la Colusión en Licitaciones Públicas es el único Acuerdo anticompetitivo como tal que se tipifica como delito, se puede ver como hay varias conductas anticompetitivas cuyo desarrollo se puede dar también en el marco de una conducta anticompetitiva que puede llegar a ser investigada por la SIC con lo cual el problema de la dualidad de autoridades o la

dualidad de sistemas de beneficios por colaboración es un problema general, que no se reduce únicamente a este delito de la Colusión en Licitaciones Públicas.

VI. Problemática por la dualidad de autoridades que investigan y sancionan estas conductas

Quizá, una de las partes más relevantes y de mayor innovación del artículo 410A del Código Penal, es la contenida en su párrafo el cual establece lo siguiente:

“El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.⁸⁰”

Este párrafo establece por primera vez una relación directa entre el Programa de Delación y un Beneficio en la sanción penal a imponer. No hay necesidad de acudir al Principio de Oportunidad ni a un preacuerdo con la Fiscalía, este párrafo aplica como un atenuante a la hora del Juez graduar la pena a imponer al acusado.

⁸⁰ Artículo 410A, Ley 599 de 2000

Sin embargo, considero que hay un problema grave en el texto de ese párrafo. Este establece que se le darán las rebajas estipuladas en la norma al delator que obtenga una exoneración total por parte de la SIC. ¿Qué pasa entonces con aquellos delatores que colaboren con la autoridad pero que no obtengan una exoneración total de la multa? ¿Por qué si la autoridad de competencia otorga un perdón total al delator solo se le otorga un beneficio parcial en el régimen penal? Estas son algunas de las interrogantes que surgen a raíz del texto de la norma. Es un avance en comparación con lo que había antes, eso no se discute, pero no es suficiente.

Considero en primer lugar que, si una persona colabora con la autoridad y delata la existencia de un cartel acogiéndose al programa de Delación de la SIC y obtuvo como beneficio una reducción de su multa, también debería ser merecedora de un beneficio a nivel penal en forma de una reducción o atenuante de la pena a imponer por parte del juez.

Como se vio anteriormente, la única diferencia en cuanto a requisitos que existe entre recibir una exoneración total de la multa por parte de la SIC y una exoneración parcial, es el orden de llegada para acogerse al programa. Los delatores que estén aplicando para una exoneración parcial de la multa también deberán reconocer su participación, suministrar pruebas (estas deben tener un mayor valor significativo frente a las que ya tiene la autoridad) y cumplir con los demás requisitos que exige la ley, como colaborar con la autoridad durante todo el proceso.

Incluso, de cierta manera la aplicación a esos beneficios es más exigente para quienes llegan después del primero puesto que las pruebas que deben allegar tienen que ser mejores y/o

novedosas en comparación con las que ya tiene la autoridad que le fueron aportadas por el primer delator. El único ‘pecado’ de estos delatores –además de participar en el cartel– es no haber sido los primeros en acudir a la Superintendencia. Además, si ya recibieron los beneficios por parte del Superintendente esto quiere decir que no fue cualquier colaboración, sino una colaboración efectiva que por lo tanto los hizo merecedores de esos beneficios.

Es preciso recordar el Principio de Igualdad consagrado en el ordenamiento colombiano el cual establece que, para hechos iguales, habrá consecuencias iguales. Acá hay igualdad en el sentido en que ambos colaboraron con la autoridad y ambos obtuvieron beneficios por esa colaboración. Al haber colaborado efectivamente con la SIC de una manera igual o similar a como colaboraron quienes tuvieron una exoneración total de la multa, es apenas lógico y entendible que estas personas también sean merecedoras de una reducción en el régimen penal, la única diferencia debería ser frente a que tanto se le reduce la sanción, no que unos la tengan y otros no. Peor aún, no podemos cometer el error de equiparar a quien se arrepiente y colabora con la justicia, aunque no sea el primero, y quien no se arrepiente ni colabora.

Otro aspecto preocupante es el hecho de que, a pesar de haber obtenido un perdón total por parte del Superintendente por su colaboración, la reducción en el régimen penal no es total. El delator sigue enfrentándose a entre 2 y 8 años de cárcel, a una multa de entre 120 y 600 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a una inhabilidad de 5 años. Esto, como no puede ser de otra manera, es un desincentivo mayúsculo para que los cartelistas se acojan al Programa de Delación y ayuden a delatar y ponerle fin a los carteles empresariales.

Esta persona que ya obtuvo un perdón total por parte de la autoridad no debería ser castigada en el régimen penal. Son pocas las personas que se acogen al programa de Delación (solo ha habido un caso en Colombia desde que se expidió la Ley 1340) y deberíamos eliminar trabas para que esos sujetos acudan a la autoridad para colaborar con ella, más aún en una conducta tan nociva para la sociedad y lamentablemente tan común en nuestro país como lo es la Colusión en Licitaciones Públicas.

Es por esto por lo que hay que eliminar barreras y crear incentivos para que quienes cometan estas conductas las delaten. Hay que tener en cuenta, además, que no se trataría de las ‘cabezas’ del cartel ni de los instigadores de este, al no poder estos aplicar a los Beneficios de la Superintendencia. Así pues, no habría ‘impunidad’ y si se castigaría a los máximos responsables de estas conductas, beneficiando de igual manera a quienes delataron la conducta y colaboraron con la justicia para sancionar a los demás involucrados y terminar el cartel.

Es importante para mantener el Estado de Derecho en que vivimos que quienes han cometido una infracción al ordenamiento jurídico deban pagar y someterse a una sanción por los actos cometidos. Sin embargo, es igualmente importante reconocer a aquellos que a pesar de haber cometido una infracción se arrepienten de la misma y además ayudan al Estado a identificar y castigar a otras personas que también estuviesen contraviniendo las normas.

Ahora bien, una de las causales más relevantes para la aplicación del Principio de Oportunidad es la establecida en el numeral cuarto del Artículo 324 de la Ley 906 de 2004. La mencionada causal establece que:

“Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”⁸¹.

Es decir, es muy similar a lo que se requiere para que un delator pueda acceder a los Beneficios por Colaboración. Anteriormente quedo establecido que, para poder acceder a los beneficios otorgados por la Superintendencia en el marco del Programa de Delación, el solicitante debe cumplir con ciertos requisitos. Esa colaboración del delator trae consigo una consecuencia clara: se está ayudando a que la conducta anticompetitiva deje de ejecutarse al dejar de ejecutarla el mismo y además ayudar a identificar y sancionar a los demás implicados aportando pruebas y testimonios a lo largo del proceso.

Sin embargo, el problema llega con la colaboración que debe haber. No habría razón de ser de este texto, ni existiría el problema de la dualidad de autoridades que otorgan los beneficios, si esa colaboración fuese con cualquier entidad. Por la manera en que está escrita la norma, habría que entender que la colaboración eficaz de la que habla es con la fiscalía. Es decir, la persona debe colaborar con la Fiscalía para que el delito deje de ejecutarse y poder desarticular las bandas de delincuencia organizada.

⁸¹ Artículo 324, Ley 906 de 2004

Si se entendiese, en cambio, que esa colaboración puede ser con cualquier entidad del Estado, entonces quienes estén cobijados por el Programa de Delación y se les esté adelantando un proceso Penal bajo el tipo del Acuerdo Restringido de la Competencia, podría solicitar que se le otorgue el Principio de Oportunidad al haber cumplido con la causal cuarta establecida en la Ley. Se está colaborando con la justicia y se está desmantelando una red criminal, justo los requisitos establecidos para acceder a ese beneficio. En cabeza de que autoridad estatal este la colaboración, no debería ser impedimento para otorgar un beneficio en favor del delator.

La del párrafo del artículo 410A del Código Penal es una consagración fundamental y única en su especie al no haber ni en el Decreto 2153, ni en la Ley 1340 ni en el Decreto 1523, consagración alguna que le otorgue Beneficios ante la Superintendencia de Industria y Comercio a quien se haya acogido al Principio de Oportunidad. Hay una validación de la colaboración unilateral –de la colaboración con la autoridad de competencia al beneficio en el régimen penal– cuando debería ser bilateral y darse beneficios sin importar con quien se haya colaborado.

No hay consagración legal alguna según la cual, si a una persona se le otorga el Principio de Oportunidad, renunciando la fiscalía al ejercicio de la acción penal, la Superintendencia de Industria y Comercio le otorgue algún tipo de Beneficio similar, como si ocurre en el sentido contrario. Sería entendible que, si una persona es cobijada por el Principio de Oportunidad, en especial por la causal cuarta del artículo 324, que se le pudiesen aplicar por parte de la SIC unos Beneficios similares a los que se aplican en el Programa de Delación.

Hay un paralelismo casi idéntico entre los requisitos del programa de Delación y el numeral cuarto del artículo 324. Por eso es sorprendente, casi absurdo, que no se le pueda hacer valer la colaboración con la Fiscalía a un investigado para que se le otorguen beneficios también en la Superintendencia. ¿De qué le sirve que no lo condenen en lo penal si igual le pueden imponer una multa que puede llegar a ser confiscatoria por lo elevada de la suma?

En este caso es cierto que el desincentivo no es tan grande necesariamente. El delator con la aplicación del Principio de Oportunidad ya se salvó de una pena privativa de la libertad al igual que de una inhabilidad para contratar con el Estado lo cual significaba para la psiquis del cartelista la sanción más gravosa para él. Puede llegar a ser preferible pagar una multa en comparación con ir a prisión y tener una inhabilidad para contratar.

Estamos hablando de empresarios que se dedican en gran parte a contratar con el Estado ya sea en infraestructura, servicios públicos o en otras áreas. Verse sometidos a una inhabilidad de hasta 8 años para contratar con el Estado prácticamente significaría tener que cambiar su negocio. Si a eso le sumamos la posibilidad de una condena en prisión, por todo lo que ello implica (antecedentes criminales, estar privado de la libertad, etc.) se entiende porque se buscaría evitar estos problemas más que evitar la multa de la SIC.

Sin embargo, hay que pensar también de cierta manera desde un punto de vista económico al igual que ecuánime y justo. Por más rica o no que sea una compañía, ninguna va a querer pagar gustosamente la multa que le puede imponer la superintendencia la cual puede terminar ascendiendo a sumas estrepitosas que se lleven una gran parte del patrimonio de la empresa

y la persona. No sería provechoso, desde un punto de vista económico, pagar esa multa o incluso verse sometido a la posibilidad de pagarla.

De igual manera, estamos ante una situación en la que una persona que colabora con la fiscalía para desmantelar el cartel y que los miembros del mismo sean investigados, acusados y potencialmente condenados, es igualada a los ojos de la Superintendencia con una persona que no haya colaborado con la justicia.

Es claro el hecho de que estamos ante dos regímenes diferentes: no el penal y otro el de la libre competencia. Pero si una persona colabora con la fiscalía para detener a los miembros de un cartel en las licitaciones públicas, de cierta manera también está ayudando indirectamente a la protección de la competencia. Si un cartel es detenido por ser descubiertos e investigados por parte de la fiscalía, se está protegiendo la libre competencia puesto que la actividad anticompetitiva –el acuerdo– deja de realizarse. Si ese es el fin de la autoridad de competencia –proteger la libre competencia– y se busca premiar mediante el programa de Delación a los infractores que delaten la conducta y ayuden a proteger la libre competencia con esa confesión y posterior ayuda, ¿Por qué no extenderle esos Beneficios a quienes, mediante acuerdos con otras autoridades, también ayudan indirectamente a proteger la libre competencia y dar por terminado el acuerdo colusorio?

Para analizar esta problemática es necesario entender el hecho de que estamos ante regímenes diferentes y lo que ello conlleva. Una cosa es el régimen penal y la facultad acusatoria de la fiscalía y la posibilidad de una sanción penal por parte del juez, otra muy distinta es el régimen de libre competencia y la facultad sancionatoria que tiene la Superintendencia de

Industria y Comercio para castigar a quienes vulneren las normas de competencia. Al ser regímenes diferentes existe también la posibilidad de dos sanciones diferentes por parte de dos autoridades diferentes por una misma conducta, sin que esto de ninguna manera este vulnerando el principio de Non Bis Inidem al tratarse de una conducta que vulnera dos regímenes de normas diferentes lo que le acarrea dos sanciones diferentes e independientes.

La Superintendencia está obligada por ley a investigar y sancionar a quienes vulneren el régimen de libre competencia, mientras a la Fiscalía la obliga la Constitución a ejercer la acción penal y perseguir a aquellos que cometan algún delito para llevarlos ante un juez. Ambas autoridades tienen la potestad de sancionar o investigar y de la misma manera están sujetas a sanciones si no cumplen con las funciones que la Constitución y la ley han depositado en ellas. De igual manera el juez está sujeto a la ley y solo puede fallar de acuerdo con ella, ante la posibilidad de ser acusado de prevaricato si no falla conforme a derecho.

En este sentido, aun si la Superintendencia quisiera darle Beneficios por Colaboración a quienes fueran cobijados por el Principio de Oportunidad, o si la Fiscalía quisiese pedir la aplicación de dicho principio para quien colaboró con la SIC, o incluso si el juez quisiera otorgarle una mayor rebaja a quien hubiese colaborado con las autoridades para dismantelar el cartel, ninguno puede hacerlo. La ley como está establecida en este momento no le permite libertades a ninguna de las autoridades, lo cual no es un problema sino un alivio al estar esto diseñado de tal manera que no haya irregularidades ni abusos por parte del Estado. Esto, sin embargo, nos lleva a la conclusión de que la única manera en que esto puede solucionarse es mediante reformas a la Ley que le den mayores garantías e incentivos a quienes delaten este tipo de conductas.

VII. Derecho Comparado

Para poder entender en mayor profundidad el problema que esta dualidad significa, al igual que las posibles soluciones que se pueden dar, es importante mirar hacia afuera en otras jurisdicciones. Es importante entonces, analizar los regímenes de Beneficios por Colaboración y el equivalente al Principio de Oportunidad en otros países como lo son Estados Unidos, país creador y pionero en derecho de la competencia, y Chile, quien tiene uno de los derechos de antitrust más avanzados de Latinoamérica. De esta manera, con esta comparación, podremos ver en que más se está fallando y como se puede solucionar.

7.1 Estados Unidos

Es fundamental analizar el régimen norteamericano por una sencilla razón: el derecho antitrust de Estados Unidos es la génesis de todo derecho antitrust. Fue allí donde comenzó todo. En palabras del profesor Gerber, *“El derecho antimonopolio norteamericano ha estado por mucho tiempo en el centro del escenario del derecho de la competencia. Con frecuencia referenciado como el “padre” del derecho antimonopolios, ha sido visto por otros países como un modelo que hay que seguir o al menos estudiar. En criterio de algunos representa lo que debe ser el derecho de la competencia; para otros es objeto de crítica. Según los miembros de la comunidad del derecho antimonopolio norteamericano, este constituye un enfoque que ha de seguirse para ver los temas actuales del derecho de la competencia y vislumbrar cuál puede ser su futuro. Como enfoque, es clave para explicar cómo se ve el derecho de la competencia de otros países y la confianza en la superioridad del enfoque*

norteamericano.”⁸² Así que, si queremos analizar y comparar los retos y desafíos que se plantean en el régimen de libre competencia en Colombia, es fundamental analizar cómo se maneja este tema en Estados Unidos, porque lo cierto es que no solo tuvo su auge en los Estados Unidos, sino que más que eso, el derecho antitrust se inventó con la Ley Sherman, el Congreso norteamericano creó desde cero este nuevo tipo de conductas como bien lo establece el profesor Gerber. *“Cuando el Congreso de Estados Unidos expidió la ley Sherman (Sherman Act) en 1890, creó algo nuevo. El derecho antimonopolios no existía, ni siquiera como idea. En realidad, hubo algunos intentos ocasionales del gobierno de desempeñar algunas de las funciones que fueron asignándose al derecho antimonopolios en Estados Unidos, pero no existía el concepto de una ley general cuya función fuera combatir las conductas anticompetitivas.”*⁸³

La práctica de ofrecer clemencia a cambio de revelar la existencia de un cártel fue iniciada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1978 cuando adoptó su primera Política de indulgencia corporativa. Sin embargo, la política comenzó a arrojar resultados significativos solo después de su revisión en 1993 la cual introdujo los elementos que hoy en día se consideran fundamentales para la efectividad de un programa de delación como lo son: (i) inmunidad completa automática si no hay una investigación preexistente, (ii) disponibilidad de inmunidad completa incluso después de que haya comenzado una

⁸² Gerber, David J. *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, Inc. New York, 2010. Traducido por Javier Cortazar Mora en “Competencia Global. Derecho, mercados y Globalización”, Capítulo V: Derecho Antimonopolios Norteamericano: Modelo y Enfoque, Editorial Temis, Bogotá 2012. Pág. 170

⁸³ Gerber, David J. *Global Competition. Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, Inc. New York, 2010. Traducido por Javier Cortazar Mora en “Competencia Global. Derecho, mercados y Globalización”, Capítulo V: Derecho Antimonopolios Norteamericano: Modelo y Enfoque, Editorial Temis, Bogotá 2012. Pág. 174

investigación y , (iii) la protección de todos los funcionarios cooperantes del enjuiciamiento penal (esencial en las jurisdicciones donde hay penas privativas de la libertad por estas conductas⁸⁴).⁸⁵

Frente al sistema de antitrust en los Estados Unidos, es importante tener en cuenta que las vulneraciones a la libre competencia se entienden en su mayoría como una ofensa criminal y por lo tanto acarrear como castigo una pena privativa de la libertad. Es el Departamento de Justicia –el equivalente a la Fiscalía en Colombia– quien mediante su división de Antitrust investiga y acusa ante un juez los casos en los que se encuentre una vulneración al régimen de antitrust. Por su parte, la ‘Federal Trade Commission’ –una institución no gubernamental– investiga, mediante su sección de Competencia, los casos que vulneren el FTC Act al igual que las investigaciones de casos anticompetitivos que no sean criminales.

Ahora bien, los casos de carteles, que son los que nos interesan, son perseguidos criminalmente puesto que se les considera altamente perjudiciales para la economía y la sociedad, es por esto por lo que la entidad encargada de investigarlos es el DOJ⁸⁶, en este sentido, nos enfocaremos en el proceso de leniency de esta entidad dejando de lado el análisis de la FTC. La persecución de este tipo de conductas ha sido uno de los principales enfoques del derecho antitrust norteamericano desde sus inicios.

⁸⁴Griffin, James: The modern leniency program after ten years: “A summary overview of the antitrust division’s criminal enforcement program”.

⁸⁵ OECD, LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (2009)

⁸⁶ El sustento legal para la prohibición de los carteles en los Estados Unidos es el Sherman Antitrust Act, 15 USC Sección 1, que establece que *"Todo contrato, combinación, en forma de fideicomiso u otro, o conspiración, en la restricción de comercio o comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras, está prohibido"*

Bajo la Sección 1 del Sherman Act, una compañía puede recibir una multa de hasta US \$100 millones o bien el doble de la ganancia que haya obtenido como provecho de su conducta ilegal o el doble del detrimento patrimonial que hayan sufrido las víctimas de la conducta. La División de Antitrust del Departamento de Justicia de los EE. UU. busca cada vez más frecuentemente esa última sanción en sus casos más grandes.⁸⁷ Además, una compañía condenada haber participado en un cartel también puede ser excluida de la participación en contratos federales –el equivalente a una inhabilidad en nuestro régimen jurídico–, lo que podría terminar siendo una sanción paralizante en algunas industrias. Las personas naturales por su parte pueden recibir una multa de hasta US \$ 1 millón y enfrentar penas de prisión de hasta 10 años⁸⁸.

El Programa de clemencia es la piedra angular del régimen de antitrust del DOJ puesto que el mismo crea incentivos eficaces para que los miembros del cartel acudan a delatar la conducta, lo cual puede tener un efecto desestabilizador significativo entre los miembros del acuerdo. El Programa de clemencia ha tenido un efecto significativo en la aplicación⁸⁹. Según un informe de 2011 de la Oficina de Responsabilidad Gubernamental, entre 2004 y 2010 la División archivó un total de 173 casos de carteles criminales, 129 de los cuales involucraron a un solicitante del programa de clemencia (75 por ciento)⁹⁰.

⁸⁷ Comunicado de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos, ex presidente de Sea Star Line condenado a cinco años de prisión por su participación en la conspiración de fijación de precios que involucra servicios de carga costera entre los Estados Unidos continentales y Puerto Rico (6 de diciembre de 2013), disponible en www.justice.gov/atr/public/press_releases/2013/302027.pdf

⁸⁸ Christine A Varney and John Terzaken, *The Cartels and Leniency Review*, Fifth Editio, Chapter 27: United States.

⁸⁹ IBIDEM

⁹⁰ Informe de la Oficina de Responsabilidad del Gobierno de los Estados Unidos ante los Comités del Congreso (julio de 2011), disponible en www.gao.gov/new_items/d11619.pdf.

Como se mencionó anteriormente, el programa de beneficios por colaboración a delatores, o programa de clemencia, tuvo un cambio significativo en Estados Unidos en agosto de 1993 con la reforma adoptada para compañías, y con otra, un año más, tarde para personas naturales. Con “leniency”, se habla de perdonar la criminalidad del hecho, es decir, hay una especie de amnistía y no se acusará criminalmente a la compañía que haya colaborado. De acuerdo con este programa, también llamado “amnistía corporativa”⁹¹, hay dos maneras en que una compañía puede acudir al proceso de leniency: si acude antes de que se inicie la investigación, o si lo hace posteriormente. Ambos caminos tienen requisitos un tanto diferentes. Para que una compañía pueda hacer parte de este programa, antes de que se inicie una investigación por parte del DOJ, debe cumplir con seis requisitos frente a la novedad, detención de la actividad, cooperación, unidad de la confesión, restitución y no coerción⁹².

En primer lugar, es fundamental que la División de Antitrust del DOJ no haya recibido información acerca del cartel de ninguna otra fuente. Quien delata tiene que ser el primero en hacerlo –como en Colombia– pero además de eso la División no debe conocer de ese cartel por otras fuentes así no sean delatores.

En segundo lugar, la compañía tiene que haber hecho los esfuerzos necesarios para terminar su participación en el cartel. Al igual que en nuestra legislación el delator que se acoge a la delación debe haber terminado su participación en el cartel de manera rápida y efectiva. Si delata la actuación ideal, no puede seguir haciendo parte de esta.

⁹¹ Department of Justice, Corporate Leniency Program, 1993

⁹² IBIDEM

El tercer requisito es colaborar con la autoridad. Pero no es cualquier tipo de colaboración. Debe ser completa y continua, al igual que efectiva. El delator debe cooperar de la mejor manera con la División durante todo el proceso para poder obtener los beneficios del programa de leniency ofrecido por el DOJ.

Cuarto, la confesión, además, debe ser una sola. Es decir, tiene que hacerse una sola confesión como compañía o a nombre de esta. Es la empresa miembro del cartel quien delata, no las personas individualmente consideradas. Debe ser una confesión en vez de varias confesiones individuales de empleados de la empresa.

El quinto es uno de los pocos que no se encuentran en nuestra legislación y una de las diferencias más grandes. La compañía debe, cuando sea posible, restituir y reparar a las partes involucradas que hayan resultado agraviadas por el cartel. Las víctimas cobran un papel preponderante en este requisito ya que se busca no solo castigar al criminal sino también reparar a la víctima del cartel mientras que en Colombia no es así. Cuando la SIC perdona la totalidad de la multa el delator no tiene nada que pagar, y si es un perdón parcial, ese dinero va a las arcas de la autoridad, no a reparar a las víctimas del cartel.

Finalmente, el delator no debe haber coaccionado a otros a hacer parte de esta. Es decir, como sucede en el Programa de Delación colombiano, el delator no puede haber sido el instigador de la conducta. Si fue quien la inicio, lideró o instigo a otros a hacer parte de esta, no puede acogerse al programa de clemencia del DOJ.

Ahora bien, si alguna de las compañías que acude al programa de leniency no cumple con la totalidad de los requisitos anteriores, igual puede obtener los beneficios si cumple con siete requisitos, sin importar de si acude antes o después de que se haya iniciado una investigación por parte del DOJ. Acá, se mantienen los requisitos segundo, tercero, cuarto y quinto anteriormente mencionados y a ellos se le suman tres requisitos.

El primero, es que esta compañía delatora tiene que ser la primera que acude y cumple con los requisitos del leniency. Es decir, es el primer miembro del cartel que acude a delatar el cartel. Si otro miembro ya fue a delatar y cumplió con los requisitos, nadie más podría acudir al programa de leniency. Esto se diferencia a nuestro régimen puesto que como vimos anteriormente la SIC si admite delaciones sucesivas y aun si alguien ya se acogió al Programa de Beneficios por Colaboración, otras empresas también pueden colaborar con la autoridad para obtener algún tipo de beneficio. Acá, como se habla de una amnistía completa, solo el primer delator puede acudir al programa.

En segundo lugar, la división de antitrust no debe tener evidencia en contra de la compañía que acude a delatar que potencialmente pueda llevar a una sentencia condenatoria en su contra. Es decir, entre más se demore la compañía en acudir a delatar la conducta y más pruebas en su contra logre recopilar en su contra, menos probable es que cumpla con este requisito y pueda obtener la clemencia ofrecida en este programa por parte del Department of Justice.

Finalmente, la División otorgará el leniency, si considera que no se está siendo 'injusto' con terceros al tomar esa decisión. Esta decisión de justicia o injusticia con la sociedad se mira

que tanto se demora la compañía en acudir a la división a delatar la conducta. Será más complicado cumplir con este requisito entre más cerca esté la división de tener pruebas que potencialmente puedan generar una condena en contra de la compañía. Además, se mira que no haya sido el instigador u organizador del cartel como sucede en Colombia. De ser el instigador, no podría acudir a estos beneficios⁹³.

Antes de que en 1994 hubiese una política propia de Leniency para personas naturales, había igualmente una posibilidad de darle un tratamiento de clemencia a directores o empleados de la compañía que acudía a delatar la actividad ilegal, para lo cual se manejaban dos hipótesis. Si la compañía obtenía los beneficios del leniency, los empleados de la compañía también eran merecedores de ese perdón y de los beneficios otorgados por el programa. Ahora bien, si la compañía no clasifica al programa de clemencia antes de que iniciara la investigación, igualmente los miembros de la compañía que hubiesen acudido a delatar en conjunto con la solicitante de leniency, podrían tener opción de acudir al programa y obtener beneficios como si hubiesen acudido de manera individual.

Ahora bien, en 1994 la División de Antitrust sacó una nueva política de leniency para aquellos individuos que acudan a delatar la conducta ilegal de manera individual, no en conjunto como parte de una compañía⁹⁴. Para que a un individuo se le otorgue el perdón debe cumplir con tres requisitos antes de que haya iniciado una investigación. Estos requisitos son muy similares a los que se les requieren a las compañías cuando acuden al programa corporativo de clemencia. Cuando la persona acuda la división no debe haber tenido

⁹³ Artículo 3, Decreto 1523 de 2015

⁹⁴ Department of Justice, Leniency Policy for Individuals, 1994

información acerca de esta conducta, la confesión debe ser completa y colaborar efectivamente con la división durante todo el proceso. Por último, esta persona no debe ser instigadora de esta conducta.

El procedimiento es bastante simple al igual que similar al colombiano. Los miembros de la división que reciban la confesión de la persona –o compañía– delatora, mandaran su concepto respecto de si se le deben otorgar o no los beneficios al Fiscal Asistente Delegado para Litigios quien a su vez revisará la petición y dará su opinión al Asistente del Fiscal General para que sea este quien tome la decisión definitiva sobre si se otorga o no el leniency al delator.

El sistema de delación de los Estados Unidos, como se ha visto en este capítulo, no sufre los problemas que tiene el sistema colombiano en cuanto a problemas de carteles o de conductas que sean tanto anticompetitivas como delictivas. Lo anterior es dado a que este tipo de conductas, las más gravosas como los carteles o colusiones, se les da tal magnitud que se consideran delitos en sí mismas. No es que sea un delito y una acción anticompetitiva como sucede en nuestro régimen, sino que la acción anticompetitiva se considera un delito, por lo cual es el DOJ quien hace la investigación. No tienen el problema de dos autoridades investigando y dando sus propios beneficios al ser una sola la autoridad encargada de hacer esa investigación por la criminalización del derecho americano y en especial de estas conductas.

Que solo haya un organismo que investigue es una enorme ventaja en este tipo de casos al tener que recurrir únicamente a una autoridad a delatar y obtener beneficios por colaborar

con la justicia. Esto les genera un mayor incentivo a los miembros del cartel a delatar la conducta puesto que el perdón que obtienen sería total por parte de la justicia –las posibles condenas civiles son aparte– y no tendrían que pagar un solo día en prisión ni pagar unas altísimas multas. Además, el hecho de que el leniency se le otorgue únicamente al primer delator es un arma de doble filo. Hace que haya un mayor afán por delatar si se quiere hacerlo por parte de los miembros del cartel puesto que saben que únicamente se recibe en el programa al primer delator, eso hace que haya una especie de carrera contra el tiempo a ver quién es el primero en acudir al DOJ para obtener la clemencia.

Sin embargo, esto también hace que no acudan más delatores, que puedan beneficiar a la división de antitrust con más información y más pruebas sobre la actividad ilegal que se está delatando. Pierde la división, además, porque esto de cierta manera contrarresta el incentivo de ir a delatar puesto que de nada sirve acudir a la justicia si alguien ya llegó primero y hace parte del programa de leniency de DOJ. Aquí, en este punto, Colombia tiene una ventaja sobre el sistema americano. El programa de Delación de la SIC permite confesiones subsiguientes permitiendo que haya más de un delator, disminuyendo los beneficios dependiendo del orden de llegada. Esto aumenta el incentivo a delatar puesto que no importa si alguien ya acudió a la autoridad, igualmente se pueden obtener beneficios por delatar la conducta. Podría no dar una clemencia total el DOJ, pero si, de cierta manera, atenuar la acusación de cierta manera.

Por otro lado, es cierto que el hecho de que la decisión la tome un juez y no el propio DOJ, complica que haya atenuantes o beneficios diferentes a una clemencia total en forma de no acusar ante el juez. Así haya una especie de atenuante en la acusación, de todas maneras, se

está llevando una vulneración al orden jurídico ante un juez para que este decida. Que sea la SIC quien en Colombia investiga y juzga, facilita de cierta manera una mayor libertad a la hora de medir y otorgar ese tipo de beneficios. Al ser el DOJ únicamente quien acusa y un juez quien decide, esto hace que el programa se vea un poco atado de manos entre clemencia total –no acusar– o que no haya clemencia ni ningún beneficio y solo autorizar a que haya un solo delator.

Hay un segundo programa de beneficios por colaboración que complementa parcialmente al programa de leniency del Departamento de Justicia y este es el denominado programa de “Amnesty Plus” el cual, además le ha dado muchos frutos a la División de Antitrust a la hora de descubrir e investigar carteles⁹⁵. Este programa de beneficios está disponible para aquellas compañías que, haciendo parte de un cartel A, no pueden acogerse al programa de clemencia del DOJ. Estas empresas, si dentro del due dilligence adelantado dentro la propia empresa se dan cuenta de la existencia de otro cartel en el que están involucrados, pero del cual la División de Antitrust no tiene conocimiento, no solo pueden acogerse al programa de clemencia para ese cartel B, sino que podrían obtener beneficios en la investigación del cartel A⁹⁶. La cantidad de beneficios que se obtengan o el tipo de clemencia que obtengan las compañías depende en gran medida de la discrecionalidad de la División de Antitrust⁹⁷.

⁹⁵ Scott D Hammond y Belinda A Barnett, "Preguntas frecuentes sobre el Programa de clemencia y cartas moderadas de clemencia de la División Antitrust", 19 de noviembre de 2008, disponible en www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.pdf

⁹⁶ Scott D. Hammond, ‘When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual’s Freedom?’ discurso dado en el Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/when-calculating-costs-and-benefits-applying-corporate-amnesty-how-do-you-put-price-tag>

⁹⁷ Christine A Varney and John Terzaken, The Cartels and Leniency Review, Fifth Edition, Chapter 27: United States.

Como contrapartida del programa de ‘Amnesty Plus’ existe un tercer programa, o una tercera política, llamado ‘Penalty Plus’ el cual es lo contrario totalmente al Amnesty Plus. Penalty Plus castiga a la compañía con sentencias aumentadas por un caso de cartelización si la División se entera posteriormente de otro cartel en un segundo mercado, y la empresa no pudo descubrir el segundo cartel o no decidió no delatar el mismo ante la División. Si no se aprovecha el programa Amnesty Plus, una compañía podría pagar una multa potencial de hasta el 80 por ciento o más del volumen del comercio afectado. Para las personas, la diferencia en la falta de delatar podría ser entre una sentencia de cárcel por varios años y no pisar siquiera la prisión⁹⁸.

Pero quizás la legislación de antitrust que marca una mayor diferencia entre el régimen norteamericano y el colombiano es el tema de la reparación de daños para las víctimas, quienes bajo las secciones 4 y 16 del Clayton Act⁹⁹ pueden buscar reparación de daños ocurridos por vulneraciones al régimen de libre competencia¹⁰⁰. Bajo la Sección 4 del Clayton Act, las personas privadas –*private plaintiffs*– están legitimados para demandar por cualquier daño patrimonial que se les haya causado por causa o con ocasión de una vulneración al régimen de antitrust. Es importante señalar, además, que la Sección 4 del Clayton Act establece la figura de los ‘daños triples’¹⁰¹. En razón a esta figura, cuando a un privado se le reconozca una suma de dinero por indemnización de perjuicios por la

⁹⁸Scott D. Hammond, ‘When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual’s Freedom?’ discurso dado en el Fifteenth Annual National Institute on White Collar Crime, disponible en <https://www.justice.gov/atr/speech/when-calculating-costs-and-benefits-applying-corporate-amnesty-how-do-you-put-price-tag>

⁹⁹ El Clayton Antitrust Act de 1914 fue promulgado como un complement del Sherman Act en régimen de la libre competencia en los Estados Unidos.

¹⁰⁰ Pak, Chul; Weick, Daniel P. y Lee, Tiffany L. “The Private Competition Enforcement Review”, Chapter 27: United States, Law Business Research Seventh Edition, London 2014

¹⁰¹ Sección 4, Clayton Antitrust Act, 1914

vulneración de las normas de antitrust, el infractor deberá pagar tres veces los daños causados. Esta medida busca, más allá de sobre indemnizar a la víctima, precaver a las empresas de que cometan este tipo de conductas. Por otra parte, la Sección 16 les permite a las víctimas de estas conductas anticompetitivas pedir medidas cautelares para prevenir mayores daños o precaver los daños que dichas conductas anticompetitivas podrían causar. En ambos casos, el demandante debe probar **(i)** que es una persona de acuerdo a la Sección 1 del Clayton Act; **(ii)** que el demandado vulneró las normas de libre competencia; **(iii)** el daño a la libre competencia y al negocio o propiedad del demandante, y; **(iv)** el nexo causal entre la vulneración a la libre competencia y el daño.

7.2 Chile

El sistema de protección de la competencia de Chile tiene como actores principales al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –TDLC– y a la Fiscalía Nacional Económica –FNE–¹⁰². La FNE es:

“La agencia nacional encargada de velar por la libre competencia. Como tal, debe **defender** y **promover** la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena¹⁰³”

Es decir, es la máxima autoridad de competencia de Chile, el equivalente a la SIC en Colombia. Entre las facultades de la FNE, está la de realizar *dawn raids*, interceptar comunicaciones electrónicas, registrar y obtener documentos, entre otros, siempre que haya

¹⁰² Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica

¹⁰³ Quienes Somos, Fiscalía Nacional Económica, consultado en <http://www.fne.gob.cl/fne/>

un control ex ante por parte de un Juez de la Corte de Apelaciones y del TDLC¹⁰⁴. Por su parte, el TDLC, se estableció como:

“Un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, con competencia en todo el territorio de la República.¹⁰⁵”

Este es el tribunal que sanciona y decide acerca de las diferentes violaciones al Régimen de Libre Competencia en Chile según el Decreto Ley Numero 211. A diferencia de cómo es en Colombia en Chile cuentan con un tribunal especializado que se concentra únicamente en temas referentes a la Libre Competencia, con miembros especializados en la materia –cuenta con cinco magistrados de los cuales tres son abogados y dos son economistas–. En el 2009, se modificó el artículo 39 del Decreto Ley 211 para crear el sistema de beneficios por colaboración mediante la Ley 20.361 de 2009.

Frente al Sistema de Beneficios por Colaboración, los requisitos que el delator debe cumplir para acceder a estos beneficios se encuentran en el Artículo 39bis del Decreto Ley 211. Si se cumple con los mencionados requisitos, hay tres beneficios que el delator puede obtener puesto que se eximirá de: (i) la sanción contemplada en la letra b) del artículo 26 referente a la disolución de la personalidad jurídica de la empresa; (ii) la multa a que se refiere el inciso c) de dicho artículo; y (iii) la responsabilidad penal por el delito de colusión, tipificado en el

¹⁰⁴ van der Voorde, Sander y Hernández, Diego. “The Public Competition Enforcement Review”. Chapter 7: Chile, Law Business Research, London 2010, Pág. 81

¹⁰⁵ Quienes Somos, Tribunal de Defensa de la Competencia, consultado en <http://www.tdlc.cl/tdlc/quienes-somos/>

artículo 62¹⁰⁶. Estos requisitos hacen referencia a una confesión, aporte de pruebas, deber de reserva, terminación de la conducta y no ser el instigador de la conducta¹⁰⁷. Es decir, el solicitante debe, en primer lugar, reconocer ante la autoridad que efectivamente participó en el cartel o de las conductas anticompetitivas establecidas en el artículo 3° del Decreto Ley 211.

En segundo lugar, debe aportar las pruebas necesarias para determinar no solo la existencia del cartel y su participación en el mismo, sino poder identificar a los demás responsables en esta conducta. Muy similar a como sucede en Colombia donde quien acude al programa de Delación debe, como es lógico, llevarle pruebas fehacientes y efectivas a la autoridad donde no solo demuestre su participación –por algo está acudiendo a delatar la conducta– sino que además le aporte algo a la autoridad como información y pruebas sobre los demás miembros del cartel y las actividades realizadas para así poder frenar y castigar dicha conducta anticompetitiva.

Por otro lado, está el requisito de la reserva el cual no se encuentra propiamente establecido como un requisito formal en la Ley Colombiana. Esto lo que quiere decir es que la compañía no debe revelar que ha acudido a solicitar los Beneficios del programa hasta que la FNE haya formulado el requerimiento ante el TDLC. Es un compromiso que debe realizar el delator que de cierta manera busca que no se vaya a entorpecer la investigación ni se vayan a alertar los demás miembros de la actividad ilegal a quienes se va a investigar.

¹⁰⁶ Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica

¹⁰⁷ Artículo 39bis, Decreto Ley 211

El cuarto requisito consiste en que el solicitante termine su participación. Es apenas lógico que si se está delatando una conducta ilegal ante la autoridad y se ofrece colaboración y pruebas para terminarla, que el delator cese sus actividades dentro de ese cartel. Es un acto de buena fe que muestra el arrepentimiento del infractor al igual que su honesta intención de terminar con el cartel colusorio. No se puede esperar obtener un beneficio en forma del perdón parcial o total de la multa, sin cesar la conducta.

Finalmente, el solicitante debe declarar que no es el instigador de la conducta. No puede haberla organizado ni coaccionado a otros a realizar dicha conducta. Si se tratase del instigador, este no podría ser parte del programa como sucede en Colombia al tratarse no solo del máximo responsable de la colusión si no de una persona que coaccionó a otras para que mantuviesen dichas actividades anticompetitivas.

Ahora bien, como sucede en Colombia, en Chile también se contempla el otorgamiento de Beneficios, aunque sean reducidos, a aquellas delaciones subsiguientes, es decir, a aquellas personas que acudan a la Fiscalía Nacional Económica a delatar la conducta anticompetitiva pero no son los primeros en hacerlo. De acuerdo con el inciso cuarto del artículo 39 bis de la Ley, los solicitantes subsiguientes deberán aportar documentos y pruebas adicionales a las ya aportadas por el primer delator. De nada sirve que acudan a delatar la conducta si no le aportan ninguna novedad a la investigación de la Fiscalía.

Frente a los beneficios otorgados, se le otorgará una reducción total o exención de la multa

al primer delator. Mientras que para los demás delatores se tiene una reducción de no más del 50% de la mayor multa solicitada, al no haber cumplido con el requisito de ser el primer delator¹⁰⁸. Sin embargo, también obtendrán dos beneficios adicionales en materia penal (ii) la graduación de la pena por el delito de colusión tipificado en el artículo 62; y (iii) no deberá cumplir con el año de privación de la libertad que contempla el inciso cuarto del artículo 62, si la acusación de la FNE involucra a más de dos competidores y el beneficiario cumple los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 para sustituir la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad¹⁰⁹. Además, para la regulación y valoración de la reducción de la multa se tendrán en cuenta varios factores como lo son la utilidad y cantidad de las pruebas aportadas, es decir que no solo ayuden en el presente proceso si o que también se premia que puedan ayudar con casos o investigaciones distintas incluso de carteles de los cuales la FNE no conozco; también se tendrá en cuenta para la valoración porcentual el tiempo que haya transcurrido entre la solicitud de beneficios del primer delator y el momento de la solicitud de los siguientes, entre más tiempo pase entre uno y otro, menor será la rebaja.

De cumplirse con todos los requisitos, los cuales deben ser corroborados por el Fiscal, la FNE deberá hacer el requerimiento al juez para solicitarle que le otorgue los beneficios al delator, ya sea la exención total o la rebaja. Si bien la decisión es del TDLC respecto de aceptar o no la reducción o la exención, el artículo 39bis del Decreto Ley establece que, si el Tribunal da por acreditada la conducta, es decir, se da por probada la existencia del cartel, la ley obliga al Tribunal a respetar esos beneficios y no imponerle multa a quien sea acreedor

¹⁰⁸ Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica

¹⁰⁹ Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica

de una exención ni podrá aplicar una multa mayor a quienes se hayan ganado la reducción de la multa.

En Chile, en el Título V del Decreto Ley 211, también se tipifica como delito y se establecen sanciones penales a aquellas personas que vulneren el régimen de la libre competencia. Es, entonces, también facultad de la FNE acusar penalmente y proponer las penas –al igual que con las multas– frente al TDLC para las personas que infrinjan las normas de Libre Competencia como, por ejemplo, la prohibición de acuerdos y carteles. Frente a los Beneficios que se le puedan otorgar por parte de la FNE, el artículo 63 del Decreto 211 establece que quienes hayan recibido beneficios por colaborar con la autoridad, también tendrán un beneficio en el ámbito penal. Se le dará una rebaja de pena si lo que tuvo fue una rebaja de la multa, y quedará exento de una pena privativa de la libertad si obtuvo una exención de la multa por parte de la FNE. El Fiscal individualizará a quienes hayan aportado y colaborado con la autoridad, mientras que el TDLC declarará dicha calidad. Para que estos beneficios penales se le otorguen al delator, deberá declarar ante el Ministerio Público y además acudir y declarar en calidad de testigo durante el proceso penal. De no hacerlo, no se le otorgara la exención ni la rebaja de la pena privativa de la libertad.

Como se ha observado anteriormente, el sistema de Libre Competencia chileno tiene una autoridad encargada de investigar las presuntas violaciones a la normatividad de competencia y de potencialmente acusar ante un tribunal especializado a aquellas personas que hayan incumplido dichas normas, a diferencia de Colombia donde quien investiga es quien sanciona y de Estados Unidos donde el tribunal que juzga no es especializado. Frente a los beneficios otorgados por colaborar con la autoridad, la autoridad económica otorga beneficios tanto al

primer delator –donde exime la totalidad de la sanción– como a los demás delatores –a quienes se les da una reducción de la sanción a imponer–.

Por otro lado, cuando la conducta que se delata tiene una sanción penal además de una multa –como sucede en Colombia con la Colusión en Licitaciones Públicas– y alguien acude a delatarla, no es necesario acudir a dos sistemas de beneficios como si sucede en nuestra legislación. Con que el delator acuda a la FNE y se le otorguen los beneficios – independientemente de cuales sean aquellos beneficios– penalmente también se le otorgan esos mismos beneficios, ya sea una exención o una rebaja, por ministerio de la ley.

En mi opinión, el sistema chileno es el más completo y que mejor maneja el tema de los beneficios por colaboración en estos temas cuando hay dos sanciones de dos regímenes diferentes, el de competencia y el penal. No solo da beneficios a todos los delatores que cumplan con los requisitos, así no hayan sido los primeros en acudir, sino que trae en la ley una homologación de los beneficios otorgados por la FNE, al ámbito penal. Además, cuenta con un tribunal especializado para temas de libre competencia, cosa que no sucede ni en Estados Unidos ni en Colombia.

Además, el sistema chileno cuenta con una figura única que no se ve ni en el ordenamiento jurídico norteamericano ni en el colombiano y es la figura de las “Consultas Hipotéticas”¹¹⁰. Esta figura le permite a cualquier persona, en nombre de un interesado en acogerse a los Beneficios del Programa, en averiguar si dichos beneficios están disponibles en un caso

¹¹⁰ Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión, Fiscalía Nacional Económica

hipotético en que se presentara un acuerdo colusorio en un determinado mercado. Esto les permite a las compañías interesadas en acogerse a los beneficios averiguar de manera anónima en qué estado se encuentran los beneficios y si una empresa podría acogerse a una reducción o a una exoneración si acudiesen a delatar.

Sin embargo, considero que el único reparo que se le puede dar al régimen chileno es que todos los delatores subsiguientes partan en igualdad de condiciones desde el 50%. Según el Decreto Ley 211 se harán las reducciones y se calculará el porcentaje de la multa teniendo en cuenta las pruebas aportadas, pero esa reducción nunca podrá ser superior al 50%, esto es así para todos los delatores subsiguientes. Considero que no puede ser lo mismo el que delata de segundo al que delata de tercero, cuarto o quinto. Por la simple motivación que tienen para delatar, como por el hecho de que, si el primero tiene más beneficios que el resto solo por el orden de llegada, eso podría continuar hacia abajo en la escalera, como sucede en Colombia. Esto lo que hace es que haya más incentivos para acudir prontamente a delatar y no confiarse en que no importa el orden de llegada, si es después del primero, los beneficios virtualmente son los mismos para todos.

Es importante tener en cuenta que las distintas jurisdicciones alrededor del mundo¹¹¹ han llegado a un consenso acerca de las características fundamentales que tiene un programa exitoso de *leniency*, a saber, las siguientes: **(i)** Los cartelistas deben temerle a ser descubiertos; **(ii)** En caso en que se descubran este tipo de carteles, ello debe conllevar unas sanciones o multas elevadas para castigar severamente estas conductas, y; **(iii)** la autoridad

¹¹¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2015) Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter on Relationships Between Competition Agencies and Public Procurement Bodies, pág. 13

de libre competencia debe diseñar un procedimiento transparente para que los cartelistas conozcan los requisitos que deben cumplir para obtener una inmunidad total en caso de delatar el cartel y el procedimiento que deben seguir para acogerse al programa de beneficios por colaboración.

Frente al primer punto, es fundamental ese miedo que deben sentir los miembros del cartel a ser descubiertos, tanto en estos temas como en cualquier infracción al ordenamiento jurídico. Si quien está cometiendo una conducta contraria a derecho no teme ser descubierto y actúa con la confianza de que no será descubierto, no va a tener ningún incentivo ni ninguna razón para acudir a la autoridad a delatar la conducta anticompetitiva que está desarrollando.

En segundo lugar, de ninguna manera puede ser admisible que los beneficios económicos de violar la ley sean superiores a la sanción económica que se imponga por vulnerar la ley. No puede ser que sea más rentable para un empresario amanguarse con sus competidores y falsear la libre competencia –así le toque pagar una multa– que cumplir la ley. En este sentido, las multas deben ser lo suficientemente elevadas como para que sirvan como disuasorios para los miembros del cartel a la hora de pensar en crear o unirse al cartel.

Finalmente, es indispensable la labor educacional y de promoción de la libre competencia que la autoridad haga para que todos los empresarios –cartelistas o no– conozcan el funcionamiento del Programa de Delación, así como los requisitos que deben cumplir y los Beneficios que pueden obtener en caso de delatar el cartel.

Los tres requisitos los cumple el programa de la SIC, nuestro programa de Beneficios por Colaboración y nuestro régimen de Libre Competencia es quizá uno de los más reconocidos y desarrollados de Latinoamérica. Sin embargo, hay varios inconvenientes con la criminalización del derecho de la competencia como se ha establecido en este texto. El hecho de que en las conductas mencionadas en los capítulos anteriores exista la posibilidad de que, a pesar de obtener un perdón total de la multa por parte de la SIC, los miembros del cartel – en especial los altos directivos o ejecutivos de las empresas– puedan enfrentar la posibilidad de ir a prisión, así como enfrentar una inhabilidad para contratar con el estado en el caso de la Colusión en Licitaciones Públicas, hace que en estas ocasiones a pesar de los enormes esfuerzos de la SIC por promover la delación y crear beneficios para la misma, pese más el no querer ir a prisión o ser inhabilitados que el enfrentar la multa. La posibilidad de entrar a prisión y además ser inhabilitados para contratar con el Estado, hace que muchos de los miembros de los carteles se sientan cohibidos para acudir ante la SIC a delatar un acuerdo anticompetitivo¹¹².

7.3 España

Si volteamos a mirar al viejo continente, en España llevan más de medio siglo de avances y desarrollos en temas de libre competencia. Desde la primera Ley de Protección de la Libre Competencia expedida en 1963 hasta la actual Ley 15 de 2007, también conocida como la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹¹³, la detección, persecución y sanción de los cárteles ha sido uno de los pilares de estas normas, existiendo siempre la prohibición de dicha

¹¹² IBIDEM

¹¹³ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia: Una Visión Práctica”

conducta en las sucesivas normas de competencia y constituyendo una prioridad en la actuación de las Autoridades españolas de competencia, en la actualidad la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). Sin embargo, los instrumentos y herramientas disponibles la lucha contra los carteles se reforzaron tras la entrada en vigor de la LDC y la incorporación del Programa de Clemencia¹¹⁴.

Como en las demás Jurisdicciones, el Programa de Clemencia español tiene como filosofía perdonar a un infractor para de esa manera poder detectar y sancionar a un número mayor de infractores¹¹⁵, un pequeño sacrificio para obtener el bien mayor. Sin embargo, en España hubo algunas voces críticas que señalaron que el programa de clemencia era una figura ajena al ordenamiento jurídico español. Pero más de diez años después de su promulgación puede afirmarse que, como en otras jurisdicciones, se ha convertido en una de las armas más eficientes de la autoridad de libre competencia para combatir los carteles¹¹⁶.

Desde el día uno el programa de clemencia español comenzó a dar frutos. Unos días después de la promulgación del Real Decreto 261/2008 (que reglamenta la LDC), dos empresas - Henkel y Sara Lee- se presentaban como delatores ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹¹⁷. Estas dos empresas se convirtieron en las primeras en presentar una solicitud en relación con su participación en un cártel, el cual fue creado a finales de 2005

¹¹⁴ Maillo González-Órus, Jerónimo. “La Lucha Contra Los Cártel en España”, Editorial Aranzadi, Madrid 2015

¹¹⁵ Saavedra Mario, “Así es el programa de ‘chivatos’ de la CNMC: ‘Clemencia’ destapa el 75% de los carteles”, en Voz Populi

¹¹⁶ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia: Una Visión Práctica”

¹¹⁷ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia”, en Hay Derecho

junto con otras empresas fabricantes de gel de baño y ducha, y, gracias a su colaboración, Henkel obtuvo una excención de la multa de 4.2 millones de euros y Sara Lee una reducción del 40%¹¹⁸.

El artículo 65 de la LDC establece lo siguiente:

“Artículo 65. Exención del pago de la multa.

1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:

- a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o
- b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una

¹¹⁸ Berenguer, Luis. Entrevista en El País. 2010

exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).

2. Para que la Comisión Nacional de la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.

b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, **excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección**.

c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.

d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia” Resaltado fuera del texto original¹¹⁹.

Como puede observarse, los requisitos de la LDC para obtener la exención de la multa son a grandes rasgos los mismos que en los demás regímenes que hemos analizado. Debe ser el primero en presentarse, debe colaborar con la autoridad, debe aportar material probatorio útil y pertinente, no puede ser el delator y debe cesar su participación en el cartel. Sin embargo, frente a este último requisito es donde aparece una de las grandes novedades de la LDC y una de sus principales diferencias frente a otras jurisdicciones: una empresa miembro de un cartel puede obtener los beneficios del programa de clemencia aún si no deja de hacer parte del cartel, siempre y cuando sea porque la CNC le pide que siga “infiltrado” para obtener más información y no estropear la investigación¹²⁰.

Una vez más, el orden de recepción de las solicitudes de clemencia es determinante, ya que es sólo el primer solicitante el que logra la exención total de la multa que pudiera corresponderle¹²¹. Como en aquel viejo adagio, primero en el tiempo primero en el derecho. También es clave la colaboración del delator. Cómo en Colombia, Estados Unidos y Chile,

¹¹⁹ Artículo 65, Ley 15 de 2007, Ley de Defensa de la Competencia

¹²⁰ García Cachafeiro, Fernando. “Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español”, Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia, Editorial Arazandi, Madrid 2009.

¹²¹ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia”, en Hay Derecho

no sive con solo delatar y luego sentarse cruzado de brazos, es indispensable que se colabore con la autoridad de tal manera de que el cartel pueda ser detenido y castigado.

Si llegase la situación en que la exención total de la multa ya no fuese una opción puesto que ya ha habido algún delator previo, la empresa que haya participado en un cártel puede presentar una solicitud de reducción de la multa, y es ahí donde entra el artículo 66 de la LDC el cual establece lo siguiente:

“Artículo 66. Reducción del importe de la multa.

1. La Comisión Nacional de la Competencia podrá reducir el importe de la multa correspondiente en relación con aquellas empresas o personas físicas que, sin reunir los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo anterior:

- a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y
- b) cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

2. El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo a la siguiente regla:

a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento.

b) La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30 por ciento.

c) Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa.

3. La aportación por parte de una empresa o persona física de elementos de prueba que permitan establecer hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa será tomada en cuenta por la Comisión Nacional de la Competencia al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física.

4. La reducción del importe de la multa correspondiente a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.”¹²²

¹²² Artículo 66, Ley 15 de 2007, Ley de Defensa de la Competencia

En el caso de la reducción de la multa, esta puede ser de máximo el 50% para el segundo, del 20% al 30% para el tercero y de ahí en adelante hasta el 20%¹²³, al aportar elementos de prueba que aporten un valor añadido con respecto a aquéllos que ya disponga la CNC. El resto de los requisitos son muy similares, como sucede en otras jurisdicciones, a los requisitos para la excención de la multa. Además, como es apenas normal, la CNC garantizará la confidencialidad de la solicitud de clemencia y de la información presentada, así como el anonimato del solicitante de clemencia para así poder proteger al delator y su identidad. Aún así, si se llegara a presentar una investigación, los investigados podrían tener acceso a esa información¹²⁴.

La consecuencia más evidente de la aplicación del programa de clemencia en España ha sido el aumento del número de investigaciones iniciadas por la CNC en casi un 40%¹²⁵, cuyo origen se encuentra en la presentación de una delación¹²⁶. Así pues, como es el caso de otras jurisdicciones, las delaciones dentro de los carteles en España han generado un aumento en las investigaciones por esos carteles. El Programa de clemencia se ha convertido en una de las principales armas de la CNC, aunque no la principal teniendo en cuenta que ha habido más investigaciones iniciadas desde 2010 sin Clemencia que con el programa de Clemencia¹²⁷.

¹²³ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia”, en Hay Derecho

¹²⁴ García Cachafeiro, Fernando. “Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español”, Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia, Editorial Arazandi, Madrid 2009

¹²⁵ López Gálvez, Isabel. “Achieving and efficient and effective leniency programme: the Spanish experience” 2016

¹²⁶ Guzmán Zapater, Clara. “El ‘Programa De Clemencia’ En El Sistema Español De Defensa De La Competencia”, en Hay Derecho

¹²⁷ López Gálvez, Isabel. “Achieving and efficient and effective leniency programme: the Spanish experience” 2016

Sin embargo, es de resaltar del programa español la posibilidad de tener un ‘topo’ dentro del cartel. Esto abre la puerta a que el aporte del dealator pueda ser casi infinito pues mientras siga estando dentro del cartel puede seguir aportando información. Además, esto puede llegar a implicar que aun sin tener tanta información sobre el cartel al momento de presentar la solicitud, se puede acudir pues la información la puede aportar siendo un ‘topo’ dentro de la organización. Eso si, esto es siempre y cuando la CNC así lo considere necesario.

VIII. Propuestas y Conclusiones

A lo largo de este texto, se han analizado los problemas que tiene el sistema de Beneficios por Colaboración y el Principio de Oportunidad en Colombia a la hora de aplicarlos cuando hay una Colusión en las Licitaciones Públicas, conducta que es tanto anticompetitiva, como un delito sancionado por la ley penal, el funcionamiento de estos programas mostrando tanto sus fortalezas como sus falencias en estos casos. Se ha visto también, que este es un problema que potencialmente es extensivo a otras conductas colusorias y no únicamente a la Colusión en licitaciones públicas. De igual manera se miró cómo funcionan estos sistemas en otras legislaciones como lo son la americana y la chilena, comparándolas con los programas de nuestra legislación.

Una vez hecho ese estudio, podemos llegar a tres conclusiones. La primera, debe haber una sola autoridad con facultades para investigar este tipo de conductas. La segunda, debe haber un cambio en la legislación para permitir una homologación de los Beneficios, o mejor aún,

unos Beneficios únicos. Finalmente, quien sanciona y quien investiga no puede ser la misma autoridad, debe haber independencia entre esas dos autoridades.

En primer lugar, lo primero que tiene que haber para resolver los problemas tratados en este texto es la existencia de una única autoridad que sea la encargada de investigar los carteles, independientemente de sobre qué mercado operen y cuales sean las sanciones. Con la ya existencia de la SIC, quien es la máxima autoridad en temas de competencia y es la única facultada para investigar las vulneraciones al régimen de competencia, no es necesaria la creación de un nuevo órgano. La Superintendencia de Industria y Comercio ya tiene las facultades de investigar las Colusiones, sean en Licitaciones Públicas o en otros mercados, pero únicamente por vulneraciones al régimen de competencia. El problema surge cuando la Colusión es en una Licitación Pública puesto que, como se ha visto, esto conlleva a la comisión de un delito y, por ende, esa investigación y acusación penal corresponde por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Lo que sería necesario hacer sería trasladar esas facultades de investigar y acusar penalmente por esta conducta a la SIC.

Si vemos el literal de la norma del código penal que castiga esta conducta –el artículo 410A del Código Penal– vemos que se denomina “Acuerdos Restrictivos de la Competencia”. En este sentido, vemos como desde el propio título se dice que lo que se castiga es la restricción de la competencia y, por ende, la vulneración del régimen de Libre Competencia que está bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así pues, si ya es la SIC la encargada de proteger la Libre Competencia y sancionar sus vulneraciones ¿Por qué no permitirle sancionar o acusar penalmente? Si lo vemos desde un punto de economía procesal o de eficiencia de los recursos del estado, es preferible tener a

una sola autoridad investigar, acusar y/o sancionar, a tener a dos autoridades investigando los mismos hechos. Podría hacerse una reforma dándole esas facultades a la SIC y adicionando un artículo al Decreto 2153 donde se establezca que se castigara con multa –la ya establecida en la norma– y pena privativa de la libertad de 6 a 12 años –la pena establecida en el Código Penal–.

Una vez solucionado el tema de la autoridad, lo que sigue es el tema de los Beneficios por Colaboración. En teoría este problema podría solucionarse con el punto anterior con la existencia de una sola autoridad, pero no necesariamente. Por cómo está nuestra legislación, tenemos por un lado los Beneficios por Colaboración de la SIC para conductas anticompetitivas y por el otro, el Principio de la Oportunidad para las conductas penales. Aquí hay dos posibles soluciones: que haya una homologación de los Beneficios –de manera similar a como funciona en Chile– o, que haya unos beneficios unificados.

Lo primero, consistiría con homologar los beneficios. En este supuesto, si un delator cumple con los requisitos de los Beneficios por Colaboración y se le otorgan, estos beneficios se le trasladan al régimen penal. De igual manera, si una persona se acoge al Principio de Oportunidad y obtiene los posibles beneficios, estos se trasladan al régimen de Libre Competencia. Como se ha visto anteriormente algo similar ya se encuentra consagrado en el párrafo del artículo 410A del Código Penal, sin embargo, esta especie de homologación no es enteramente justa. En este caso para que haya una reducción del 40% de la multa y de un tercio de la pena, es necesario haber obtenido una exoneración total por parte de la SIC, pero ¿Qué pasa con quien obtiene beneficios, pero no el 100% de la exoneración? En este sentido lo mejor sería que hubiera una homologación para evitar injusticias. Si hay 100% de

exoneración en la multa, hay un 100% de perdón en la pena. Si hay un 50% de perdón en la multa, hay un 50% de perdón en la pena y así sucesivamente. Esto sería lo más justo y equitativo.

Sin embargo, es evidente que con una sola autoridad no habría necesidad de una homogenización, sino que sería mucho más eficiente tener unos Beneficios únicos, que cobijen tanto la multa anticompetitiva como la pena privativa de la libertad. Lo ideal sería tener un programa de delación donde los Beneficios cubran ambos regímenes. Si va a haber una sola autoridad encargada de investigar estas conductas, lo lógico es que sea una sola investigación y por ende unos solos beneficios los que se apliquen. Si el primer delator accede al 100% de la exención de la multa, como es hoy en día, entonces también se le otorga esa misma exención en el ámbito penal. La idea sería mantener los beneficios actuales en cuanto a porcentajes y mantener la misma pena privativa de la libertad que hay en el Código penal. A la hora de aplicar el perdón o la reducción, se hacen sobre la multa y sobre la pena. Esto es un gran incentivo para que los cartelistas den un paso al frente y delaten esas conductas anticompetitivas. Saben que no solo se les va a perdonar la multa, o a dar una rebaja, sino que potencialmente pueden evitar entrar a prisión o ver reducida su condena. Una única autoridad que investiga y acusa o sanciona y unos únicos beneficios que se otorgan para así terminar con el problema de la dualidad de autoridades y la superposición entre Beneficios por Colaboración y Principio de Oportunidad.

Finalmente, es indispensable que quien investiga, en este caso la SIC, no sea quien juzgue. Si algo nos han enseñado los casos chilenos y de Estados Unidos, es que es fundamental que haya un tribunal independiente que decida. Tiene que haber una independencia entre quien

investiga y quien sanciona. Esto no solo ayuda a la transparencia de la investigación y la sanción, sino que aporta y defiende el debido proceso, el derecho a la defensa y la contradicción y otros derechos fundamentales y procedimentales que todo investigado debe tener. Puede haber un Tribunal autónomo y especializado para temas de competencia, o simplemente una sala de competencia dentro de los tribunales que ya tenemos en Colombia. Considero que de la misma manera que hay una sala civil, una sala penal o una sala laboral, debería haber una sala de protección de la competencia con jueces especializados que conozcan del tema o incluso con un par de economistas como sucede en Chile. Esto es, puesto que quien decida sobre estas materias debe conocerlas, debe conocer la libre competencia y sus normas al igual que los casos anteriores para poder juzgar coherentemente.

Sin embargo, es igualmente importante buscar mecanismos alternativos que apoyen al programa de Delación en combatir los acuerdos anticompetitivos. El éxito de los programas de delación plantea la cuestión de que tanto debe diversificar una agencia de competencia sus métodos de detección de los carteles o si debe confiar ciegamente y de manera exclusiva en estos programas de delación. Los encargados de la toma de decisiones empresariales enfrentan hoy riesgos cada vez mayores al unirse a los cárteles, pero las recompensas derivadas de la colusión exitosa siguen siendo inmensas. Si los premios por colusión son excelentes, las empresas correrán grandes riesgos para obtenerlos¹²⁸.

Es fundamental diversificar las distintas herramientas para combatir los acuerdos anticompetitivos para así no depender de una sola herramienta. Como lo dice el profesor

¹²⁸ William E. Kovacic, *Beyond Leniency*

Kovacic: *"La diversificación ayuda a evitar las trampas derivadas de confiar en una única técnica que es objeto de evasión. Para utilizar una metáfora de la carrera armamentista, la autoridad debe desarrollar una gran variedad de técnicas para enfrentar una amenaza específica al proceso competitivo. La diversificación supera la tendencia de que cualquier medida individual pueda ser derrotada por aquellos que se involucrarían en una colusión."*¹²⁹. Como dice el viejo adagio *"hecha la ley hecha la trampa"* y lo cierto es que siempre, quien quiera coludirse o romper la ley, buscara la manera de hacerlo.

Como lo dice el profesor Maillo González-Órus 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 grupos de factores que son importantes. Primero, es importante que las condiciones para obtener los beneficios de la clemencia sean claras y relativamente seguras (...) Segundo, la 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 penal y de reclamación de daños. Dada la protección de la confidencialidad de la declaración del clemente (...) Finalmente, es clave para el éxito del programa que los partícipes en el cártel teman ser descubiertos y sancionados. Para ello, la autoridad debe ser proactiva, debe ser eficaz e imponer sanciones disuasorias."*¹³⁰ Más allá de su importancia y eficiencia de los programas de delación, no podemos quedarnos ahí, hay que seguir progresando y avanzando. Es fundamental que el ordenamiento jurídico y las

¹²⁹ IBIDEM

¹³⁰ Maillo González-Órus, Jerónimo. "La Lucha Contra Los Cártels en España", Editorial Aranzadi, Madrid 2015, Pág. 281

herramientas de la autoridad de libre competencia vayan avanzando y evolucionando con el tiempo para no quedar estancados con un régimen jurídico que no se adecúe a las necesidades de la sociedad actual.

IX. Bibliografía

- González, Ó. O. (09 de 01 de 2010). Sobornos por casi \$4 billones se pagaron en 2009; cifra supera la de inversión extranjera directa. (Y. Amat, Entrevistador) *El Tiempo*.
- Murphy, J. (2012). The FTC and antitrust compliance programs. *Compliance & Ethics 23*
What's the best way to document that training has taken place? John Kleeman 29
The real "happy marriage" between the GC and compliance officer Donna Boehme 35
Creating and maintaining an authentic organization John Cross 42
Is your workplace culture hijacking your values? David Gebler Professional, 49-53.
- U.S. Department of Justice. (10 de August de 1994). *U.S. Department of Justice*. Obtenido de Leniency Policy for Individuals: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0092.pdf>
- U.S. Department of Justice. (10 de August de 1993). *U.S. Department of Justice*. Obtenido de Corporate Leniency Policy: <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (14 de 08 de 2017). *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Obtenido de Quienes Somos: <http://www.tdlc.cl/tdlc/quienes-somos/>
- International Competition Network. (2015). Relationships Between Competition Agencies and Public Procurement Bodies. *Anti-Cartel Enforcement Manual*.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2010). *Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones Públicas*.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2009). *Guidelines on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*.
- Transparency International. (2009). *Índice de Percepción de la Corrupción*.
- Mestre, J. F. (2003). *La discrecionalidad para acusar, La Fiscalía y el Principio de Oportunidad en el Estado Social de Derecho*. Bogotá.
- Peralta, O. J. (1998). *Procedimiento Acusatorio y Terminación Anticipada del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2003). *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead*.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development. (2009). *Latin American Competition Forum*. Santiago de Chile.
- Humar Jaramillo, F., & Franco Najar, S. (2017). Primera formulación de acusación por el delito de acuerdos restrictivos de la competencia en Colombia. *Derecho de la Competencia, 13*, 177-192.
- Kovacic, W. E. (2014). Beyond Leniency. En *New Frontiers of Antitrust 2014*. Bruylant.
- Humar Jaramillo, F. (2013). DERECHO PENAL ECONÓMICO: CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. *CEDEC XIII*, 101-138.
- Cartel de los Cuadernos, Resolución 54403 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 18 de 8 de 2016).
- Medidas Cautelares Odebrecht, Resolución 5216 de 2017 (Superintendencia de Industria y Comercio 16 de Febrero de 2017).

- Cartel de Papeles Suaves, Resolución 31739 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 26 de 5 de 2016).
- Cartel de los Pañales, Resolución 43218 de 2016 (Superintendencia de Industria y Comercio 28 de 6 de 2016).
- Fiscalía Nacional Económica de Chile. (1973). *Decreto Ley 211 de 1973*. Santiago de Chile.
- Congreso de la República de Colombia. (2008). *Ley 1260 de 2008*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). *Ley 1340 de 2009*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). *Ley 1474 de 2011*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (1996). *Ley 256 de 1996*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Ley 906 de 2004*. Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia. (1992). *Decreto 2153 de 1992*. Bogotá.
- Presidencia de la República de Colombia. (2010). *Decreto 1523 de 2015*. Bogotá.
- Ministerio De Economía, Fomento Y Reconstrucción. (2005). *Decreto con Fuerza de Ley 1*. Santiago de Chile, Chile.
- Congreso Nacional de Chile. (2009). *Ley 20.361 de 2009*. Santiago de Chile.
- Congreso Nacional de Chile. (1874). *Código Penal*. Santiago de Chile.
- Fiscalia Nacional Económica de Chile. (marzo de 2017). *Fiscalia Nacional Económica de Chile*. Obtenido de Guía Interna sobre Delación Compensada en Casos de Colusión: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-delaci%C3%B3n-compensada-FNE-Oct2009.pdf>
- Fiscalia Nacional Economica de Chile. (14 de 08 de 2017). *Fiscalia Nacional Economica de Chile*. Obtenido de Quienes Somos: <http://www.fne.gob.cl/fne/>
- Superintendencia de Industria y Comercio. (7 de febrero de 2018). *Beneficios por Colaboración*. Obtenido de <http://www.sic.gov.co/beneficios-por-colaboracion>
- Organisation for Economic Co-operation and Development. (2002). *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes 2002*. París.
- Klawiter, D. C. (2000). Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience. *American Bar Association, 14*, 13-18.
- Hammond, S. D. (2008). Cornerstones of an Effective Leniency Program. *Competition Law International, 4*, 4-10.
- Ghosal, V., & Sokol, D. D. (2014). The Evolution of U.S. Cartel Enforcement.
- Aubert, C., Rey, P., & Kovacic, W. E. (2005). The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels*.
- Kovacic, W. E., Marshall, R. C., Marx, L. M., & Raiff, M. E. (s.f.). Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements .
- O'Neill, C. (2013). La Colaboración Eficaz y La Libre Competencia Indecopi Atrapado en el Dilema del Prisionero. *Forseti, Revista de Derecho*.
- Kovacic, W. E. (2001). Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels. *George Washington Law Review*.
- Jiménez Latorre, F. (2004). *"La Persecución de los Cáteles: La Política de Clemencia"*. *Primer Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*. Madrid.
- Ministerio del Trabajo de Colombia. (2017). *Decreto 2269 de 2017*. Bogotá.
- Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). *Guía del Programa de Beneficios por Colaboración*. Bogotá.

- Griffin, J. (2003). *The Modern Leniency Program After Ten Years: "A Summary Overview of the Antitrust division's criminal enforcement Program"*. San Francisco: ABA Antitrust Law Annual Meeting.
- Department of Justice. (6 de Diciembre de 2013). *United States Department of Justice*. Obtenido de Comunicado de Prensa: www.justice.gov/atr/public/press_releases/2013/302027.pdf
- Varney, C. A., & Terzaken, J. (s.f.). Chapter 27: United States. En *The Cartels and Leniency Review*.
- United States Government. (2011). *Report of the United States Government Accountability Office to the Congressional Committees*. Washington.
- Department of Justice. (19 de Noviembre de 2008). *Department of Justice*. Obtenido de Frequently Asked Questions About The Antitrust Division's Leniency Program And Model Leniency Letters: <https://www.justice.gov/atr/page/file/926521/download>
- Hammond, S. D. (8 de Marzo de 2001). When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom? San Francisco, California, Estados Unidos.
- Bedoya Sierra, L. F., Guzmán Díaz, C. A., & Vanegas Peña, C. P. (2010). *Principio De Oportunidad: Bases Conceptuales Para Su Aplicación*. Fiscalía General de la Nación.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2015). *Proyecto de Ley 38 de 2015*. Bogotá.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2015). *Exposición de Motivos Proyecto de Ley 38 de 2015*. Bogotá D.C.
- Gutierrez R., J. D. (8 de Mayo de 2011). *La colusión en licitaciones públicas sería tipificada como delito en Colombia*. Obtenido de Blog La Libre Competencia: <https://lalibrecompetencia.com/2011/05/08/la-colusion-en-licitaciones-publicas-seria-tipificada-como-delito-en-colombia/>
- Maillo González-Orús, J., & Beneyto, J. M. (2015). *La Lucha Contra Los Cártels en España*. Madrid: Arazandi.
- van der Voorde, S., & Hernández, D. (2011). Chapter 7: Chile. En *The Public Competition Enforcement Review* (pág. 81). Londres: Law Business Research.
- García Cachafeiro, F. (2009). Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia. En M. P. Bello Martín-Crespo, & F. Hernández Rodríguez, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español* (pág. 39). Cizur: Arazandi.
- Cortázar Mora, J. (2012). Capítulo V: Derecho Antimonopolios Norteamericano: Modelo y Enfoque. En J. Cortázar Mora, *Competencia Global. Derecho, Mercados y Globalización*. Bogotá: Temis.
- Pak, C., Weick, D. P., & Lee, T. L. (2014). Chapter 27: United States. En *The Private Competition Enforcement Review*. London: Law Business Research.
- Navarro, A. C. (2015). La inmunidad y el principio de oportunidad en el proceso penal. En U. S. Arboleda, *Cuaderno de Derecho Penal*. Bogotá.
- Henao, L. F. (2005). Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Colombiano. En F. Bernate, L. M. Díaz, J. C. Forero, J. P. Galeano, L. F. Henao, J. Lombana, . . . F. Sintura, *Sistema Penal Acusatorio* (págs. 49-56). Bogotá: Centro Editorial Universidad de Rosario.
- Duarte Bohórquez, J. L. (s.f.). *Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. El Libro Total.
- Congress of the United States of America. (1914). *Clayton Antitrust Act*. Washington D.C.

- Góngora Mera, M. E. (14 de Octubre de 2004). *El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia*. Recuperado el Marzo de 2018, de Nürenberfer Menschenrechtszentrum NMRZ: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/regionen/oportunidad-procedimiento-penal-colombia>
- Sentencia C-673 de 2005, C-673 de 2005 (Corte Constitucional de Colombia; M.P. CLara Inés Vargas Hernández 2005).
- Sentencia C-095 de 2007, C-095 de 2007 (Corte Constitucional de Colombia; M.P. Jaime Araujo Rentería 2007).
- Urbano Martínez, J. J. (2006). Los Fines Constitucionales Del Proceso Penal Como Parámetros De Control Del Principio De Oportunidad. En *Derecho Penal y Criminología* (Vol. 27, págs. 111-128). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guzmán Zapater, C. (31 de Julio de 2012). EL “PROGRAMA DE CLEMENCIA” EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: UNA VISIÓN PRÁCTICA.
- Vidal Martínez, P. (2009). PROGRAMAS ESPAÑOL Y COMUNITARIO DE CLEMENCIA. En S. Martinez Lage, *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*. Madrid: Marcial Pons.
- Saavedra, M. (21 de septiembre de 2015). *Voz Populi*. Obtenido de Así es el programa de 'chivatos' de la CNMC: ‘Clemencia’ destapa el 75% de los cárteles: https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/empresas/CNMC-Precios-Programa_Clemencia-Clemencia-cartel-carteles_empresariales-cartel_del_papel-cartel_del_automovil_2_845035493.html
- Guzmán Zapater, C. (17 de enero de 2012). *Hay Derecho*. Obtenido de El programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia: <https://hayderecho.com/2012/01/17/el-programa-de-clemencia-en-el-sistema-espanol-de-defensa-de-la-competencia/>
- Berenguer, L. (28 de 1 de 2010). "Henkel se ha ahorrado cuatro millones por la clemencia". *5 Días*. (J. Lázaro, Entrevistador) El País.
- Gobierno de España. (3 de julio de 2007). Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid, España.
- López Gálvez, I. (2016). *Achieving and efficient and effective leniency programme: the Spanish experience*. Madrid: CNMC.