

ANUARIO DE

DERECHO PRIVADO

MONOGRAFÍAS

MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

06

MARIANA BERNAL FANDIÑO
Directora

ANUARIO DE

DERECHO PRIVADO

06

ISSN 2665-2714

Para citar: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.06>

Fecha de publicación: agosto de 2024

Ediciones Uniandes

Carrera 1.^a n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 3394949 ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del

30 de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



Situación actual de los programas de cumplimiento (*compliance*) en materia de prácticas restrictivas de la competencia en Colombia ¿más vale prevenir que lamentar?

JUAN SEBASTIÁN TERNERA CAMARGO*

DOI: <http://dx.doi.org/10.19053/26652714.06.08>

Resumen: El presente trabajo analiza la implementación de los programas de cumplimiento adoptados por las empresas para prevenir prácticas restrictivas de la competencia en Colombia. En este país estos programas aún no son una figura consolidada, pero existen unos primeros acercamientos por parte de la autoridad nacional de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, que reflejan el interés por avanzar en su implementación. De llevarse a cabo, dicha implementación podría generar beneficios inexplorados por la doctrina. Por esto se sugieren medidas a tomar por parte de los empresarios y la SIC para implementar este tipo de programas.

Palabras clave: Derecho de la competencia, programas de cumplimiento, prácticas restrictivas de la competencia, carteles empresariales, incentivos, medidas de aplicación de la ley, sanciones, Colombia.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes y Magister en Derecho Privado de la misma universidad. Coordinador del Grupo de Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

juansebastianternerac@hotmail.com

Current status of compliance programs regarding restrictive competition practices in Colombia: better safe than sorry?

Abstract: This paper analyzes the implementation of compliance programs adopted by companies to prevent antitrust practices in Colombia. In this country, these programs are not yet a consolidated figure, but there have been some initial approaches by the national competition authority, the Superintendence of Industry and Commerce, which reflect an interest in advancing their implementation. If carried out, such implementation could lead to benefits unexplored by the doctrine. Therefore, measures are suggested to be taken by companies and the Colombian competition agency to implement these programs.

Keywords: Competition law, compliance programs, antitrust, cartels, incentives, enforcement, fines, Colombia.

Introducción

Los carteles empresariales y los abusos de posición de dominio siguen siendo conductas recurrentes en los mercados mundiales. Esto indica que las millonarias sanciones que imponen las autoridades de competencia, aunque son la principal herramienta para prevenir su ocurrencia, no pueden ser la única. Esta situación ha llevado a que los programas de cumplimiento como mecanismo de prevención de violaciones al régimen de libre competencia (en adelante “PCPRC”) hayan tomado relevancia en la última década en todo el mundo. Una muestra de ello son las discusiones que se han dado en la Organización para la Cooperación y Desarrollo, OCDE, sobre este tipo de programas¹, la emisión de guías sobre su implementación por las autoridades de competencia de varias jurisdicciones² y la proliferación de artículos y firmas especializadas en la materia.

Esta relevancia ha llevado a que cada vez haya más interés entre empresarios y autoridades por la adopción de los PCPRC. Sin embargo, al tratarse de un asunto relativamente novedoso existen dudas e incertidumbre sobre su implementación. Dentro de este contexto, el objeto del presente escrito será determinar la situación actual de los PCPRC en Colombia, particularmente sus objetivos, beneficios, riesgos, posición de la autoridad de competencia sobre ellos y las medidas necesarias para su implementación. Este análisis les permitirá a los empresarios interesados contar con mejores elementos de juicio al momento de decidir si adoptan o no un PCPRC y como ponerlo en marcha, y a otros interesados en la materia tener un punto de partida sobre la situación jurídica actual de estos programas en Colombia.

Para determinar la situación actual de los PCPRC en Colombia, en este documento presentaré los PCPRC y expondré sus principales características, elementos, beneficios, y riesgos que han surgido en torno a ellos. Posteriormente se expondrá la regulación y algunos pronunciamientos de la autoridad de competencia sobre los PCPRC y su implementación en Colombia. Y finalmente resaltaré algunos beneficios que no han sido reconocidos que pueden derivarse de la implementación de los PCPRC en Colombia y propondré medidas que pueden adoptar la SIC y los empresarios para mejorar la implementación y maximizar los beneficios esperados de los PCPRC.

1 OCDE, “Promoting Compliance with Competition Law”, Policy Roundtables, (2011).

OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, (2021).

2 Ibidem, 10.

Lo anterior permitirá argumentar que, la implementación de los PCPRC sería beneficiosa para las empresas en Colombia y que la autoridad de competencia ha mostrado interés en fomentar su implementación, sin llegar a conceder reducciones en las sanciones a las empresas que aun contando con un PCPRC incumplan el régimen de libre competencia. Sin embargo, para alcanzar los beneficios esperados por la implementación de los PCPRC es necesario modificar el sistema de incentivos y establecer una cultura ética de cumplimiento empresarial.

I. Los programas de cumplimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia

En el presente capítulo describiré los *programas de cumplimiento para prevenir prácticas restrictivas de la competencia*, o “PCPRC”. Esta presentación busca que los lectores conozcan las principales características de estos programas y los debates que se han generado sobre ellos para posteriormente presentar los argumentos a favor de su implementación, así como los riesgos y los beneficios que se esperan de ellos y las medidas necesarias para su adecuada adopción. En primer lugar, se estudiarán su definición y objetivos. Posteriormente se expondrán las razones por las cuales los PCPRC se han tornado relevantes en materia de protección de la competencia. En tercer lugar, se presentará el debate que ha surgido sobre la utilidad de los PCPRC. Luego, se estudiarán sus posibles beneficios, sus riesgos y los elementos mínimos que debe incluir un PCPRC. Y, por último, se resumirá el debate sobre las medidas que pueden tomar las autoridades de competencia para fomentar la implementación de estos programas.

1. Definición y objetivos de los PCPRC

En primer lugar, es necesario aclarar qué se entiende por PCPRC. Los programas de cumplimiento o *compliance* son conjuntos de reglas adoptadas al interior de las empresas diseñados para minimizar el riesgo de incumplimiento de normas en el transcurso de la actividad empresarial, a través de actividades educativas, auditorías y sanciones³. En Colombia, las prácticas restrictivas de la competencia son

3 Michael Luyo Castañeda, “El impulso de los programas de cumplimiento normativo: entre la promoción y la imposición”. *Advocatus*, n.º 41 (2021), 224, <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5661>.

entendidas como todo acto, acuerdo o abuso de la posición de dominio que restrinja la libre competencia económica⁴. Por lo tanto, los PCPRC son una serie de reglas adoptadas por una empresa para educar, controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de libre competencia, minimizando el riesgo de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia⁵.

Como se desprende de su definición, los PCPRC tienen como principal objetivo evitar que la empresa incurra en infracciones al régimen de la libre competencia a través de la mitigación de riesgos⁶. Sin embargo, el objetivo de los PCPRC (como el de cualquier herramienta preventiva) no puede ser eliminar completamente las infracciones, toda vez que está sería una meta imposible de alcanzar⁷. Entonces, su objetivo consiste en reducir de manera significativa el riesgo de incurrir en una práctica restrictiva de la competencia.

2. Relevancia de los programas de cumplimiento en materia de competencia

El interés empresarial y gubernamental por reducir el riesgo de que se materialice una práctica restrictiva de la competencia ha aumentado en los últimos años.

Florence Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement?”, en *Competition Law Compliance Programmes*, ed. por J. Paha (2016), 191, doi:10.1007/978-3-319-44633-2_9.

Max Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, (2018), 109: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082650.

Eva Lachnit, “Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities”. *Utrecht Law Review*, Vol. 10 n.º 5 (2014), 32, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551856.

4 Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

5 Wouter P. J. Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement”. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1 n.º 1 (2013), 52, doi:10.1093/jaenfo/jns006.

Damien Geradin, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils”. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1 n.º 2 (2013), 326–3427, doi:10.1093/jaenfo/jnt004.

Patricia Pérez Fernández, “La Importancia De Los Programas De Cumplimiento —Compliance Programmes— En Las Políticas Sancionadoras De Las Autoridades De Competencia” (2013), 75, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4912085>.

6 Anne Riley and D. Daniel Sokol, “Rethinking compliance”. *Journal of Antitrust Enforcement*, n.º 3 (2015), 32, DOI:10.1093/jaenfo/jnu011.

7 Geradin, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils”, 335.

Esto ha derivado en que los PCPRC adquieran relevancia, a tal punto que desde 2016, más de 20 jurisdicciones han emitido guías o directrices sobre PCPRC⁸.

Existen diversas causas que llevan a las empresas a violar el régimen de la libre competencia económica. Las principales causas conocidas para incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, especialmente la creación de carteles anticompetitivos, son (i) la ignorancia de las normas en materia de libre competencia, (ii) la disminución de los ingresos o crisis empresarial⁹, (iii) los incentivos internos, por ejemplo, que la remuneración de los empleados de altos cargos esté sujeta al cumplimiento de metas muy altas¹⁰ y (iv) la indiferencia o desprecio por las normas¹¹.

Sin embargo, aun cuando se conocen las causas que originan las prácticas restrictivas de la competencia y que las sanciones se han endurecido en la última década, los autores coinciden en que las medidas tomadas por las autoridades para asegurar el cumplimiento de las normas relativas a la libre competencia (en adelante me referiré a estas medidas con el término anglosajón de *enforcement*), no han sido suficientes para detener la ocurrencia de estas prácticas¹². Esto se debe a que, si bien las sanciones por incurrir en prácticas restrictivas son altas, en ocasiones el beneficio de la infracción puede ser mucho mayor¹³. Adicionalmente, la

8 OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, (2021) 10, <http://oe.cd/ccp>.

9 Johannes Paha, “Antitrust Compliance: Managerial Incentives and Collusive Behavior”. *Managerial And Decision Economics*, n.º 38 (2017), 992, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/mde.2840>.

Andreas Stephan, “Why Managers Form Cartels And Why It Is Hard To Stop Them”, *Concurrences*. 2020 No. 4 (2020): <https://research-portal.uea.ac.uk/en/publications/why-managers-form-cartels-and-why-it-is-hard-to-stop-them>.

10 Riley and Sokol, “Rethinking compliance”, 55.

OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, (2021) 42.

11 Stephan, “Why Managers Form Cartels And Why It Is Hard To Stop Them” 2-5.

12 Ana María Pérez Herrán, Juan Pablo Herrera Saavedra y Francisco Melo Rodríguez, “Cumplimiento en materia de competencia: desafíos desde el análisis de riesgos y retos en su aplicación” en *Derecho de la competencia* editado por Gabriel Ibarra, Alfonso Miranda y Carlos Andrés Uribe (Colombia: Legis, 2022), 417.

Joseph E. Murphy and Donna Boehme, “Fear no evil: a compliance and ethics professionals’ response to dr. Stephan”, (2011), 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1965733.

Riley and Sokol, “Rethinking compliance”, 33.

Mona Caroline Chammas, “Competition Compliance Therapy”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 12, n.º 9 (2021), 667, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab079>.

Gianni De Stefano, “Compliance as Antitrust Cooperation: An Incentive for Cartel Enforcement”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 n.º 10 (2018), 618, DOI:10.1093/jeclap/lpy080.

13 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement?”, 194- 195.

probabilidad de detección y posterior sanción es baja, toda vez que las autoridades de competencia tienen recursos limitados y los carteles operan a través de conductas clandestinas¹⁴.

La insuficiencia del *enforcement* ha derivado en la búsqueda de soluciones distintas a las sanciones que mejoren la aplicación de las normas que protegen la libre competencia económica. Dentro de estas posibles soluciones se encuentran los PCPRC¹⁵. Estos programas han sido objeto de estudio y debate principalmente en lo relacionado a su eficacia en la mitigación del riesgo de incurrir en la práctica anticompetitiva de cartelización¹⁶.

3. Debate sobre la eficacia de los PCPRC

Como se señaló, los PCPRC han cobrado relevancia en la última década. Sin embargo, su implementación no ha sido pacífica. Aunque el objetivo del presente escrito no es profundizar sobre los debates que han surgido en torno a los PCPRC, es importante mencionarlos, con el fin de presentar mi postura sobre ellos. Adicionalmente, de su análisis se podrán derivar conclusiones útiles que aporten a la implementación de los PCPRC en Colombia.

Uno de los principales debates que ha surgido en relación con los PCPRC es si en realidad los programas funcionan, es decir, si son útiles para reducir las infracciones al régimen de competencia. Al respecto han existido dos posturas. Por un lado, están los autores que sostienen que los PCPRC no funcionan o que incluso pueden tener efectos negativos. Y por el otro, están quienes sostienen que los PCPRC sí son útiles.

Wils¹⁷ y Stephan¹⁸ han sostenido que los PCPRC son ineficaces para prevenir las prácticas restrictivas de la competencia (especialmente los carteles) por varias razones. La primera de ellas consiste en que este tipo de conductas se mantienen

14 Huffman, "Incentives To Comply With Competition Law", 113-114.

15 Riley and Sokol, Rethinking compliance", 33.

16 Ulrich Schwalbe, "Antitrust Compliance and Abusive Behaviour" en Competition Law Compliance Programmes, editado por J. Paha (2016), 104, https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/10.1007/978-3-319-44633-2_6.

17 Wils, "Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement" 8-34.

18 Andreas Stephan. "Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels", (2009), 2-16: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340.

ocultas incluso ante eventuales auditoras que se desarrollen en el marco de los programas de cumplimiento. Adicionalmente, señalan que la decisión de incurrir en prácticas anticompetitivas generalmente es tomada por los cargos principales dentro de la empresa, ya que son quienes tienen poder de decisión, y sus ingresos generalmente dependen del cumplimiento de metas. Esto derivaría en que, justamente los cargos directivos serían los menos interesados en implementar un programa de cumplimiento robusto. Otro argumento hacia la ineficacia de los PCPRC señala que no es claro con qué frecuencia estos programas previenen la ocurrencia de las infracciones¹⁹, ya que solo se puede comprobar cuando fallan²⁰. Visto de esta manera, mientras los PCPRC no modifiquen la estructura de incentivos de los funcionarios, o no permitan identificar aquellas circunstancias en las que los empleados de las empresas ocultan comportamientos ilegales, es muy poco lo que se puede esperar de estos programas.

Por otro lado, se encuentran Murphy, Boehme²¹ y Geradin²², quienes sostienen que los PCPRC sí llevan al efectivo cumplimiento de las normas en materia de competencia. Sin embargo, antes de reconocer su utilidad, los autores que defienden esta posición señalan que para que un PCPRC sea eficiente no puede estar conformado solo por elementos inconexos como un manual, algunas charlas y un *checklist*²³. Al contrario, deben implementarse programas complejos y estructurados para ser realmente efectivos, de no ser así, se trataría de programas cosméticos²⁴ e inútiles.

Murphy, Boehme y Geradin responden a los argumentos planteados por quienes no consideran efectivos a los PCPRC. Uno de sus principales contrargumentos indica que los PCPRC no buscan garantizar que no existan violaciones al régimen de competencia, lo que realmente buscan es tener un impacto positivo que mitigue los riesgos y, por lo tanto, reducir la probabilidad de infracción. En el mismo

19 Luyo, “El impulso de los programas de cumplimiento normativo”, 226.

20 Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement”, 60.

21 Murphy y Boehme, “Fear no evil: a compliance and ethics professionals’ response to dr. Stephan”, 1-14.

22 Geradin, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils”, 325-346.

23 *Ibid.*

24 Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, 119, citando a Sokol, Huffman señala que un programa “cosmético” es aquel que reúne las características para buscar incentivos ante una investigación, pero no tiene un impacto significativo en la cultura empresarial.

Joseph Murphy y William Kolasky “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, *Antitrust* 26, n.º. 2 (2012), 61, <https://www.wilmerhale.com/-/media/9706445cd04148c8803814c78cca6ac3.pdf>.

sentido, señalan que incluso con aquellos individuos que saben que están incumpliendo las normas, un PCPRC hará más difícil su labor de ocultar el acuerdo, lo cual elevará los riesgos de ser descubierto, y en ese sentido, desincentivará la formación o mantenimiento de carteles. Finalmente, respecto a la crítica relacionada con que hay poca evidencia de casos en los que los PCPRC hayan sido exitosos, los autores contestan que cuando un PCPRC es exitoso previniendo una infracción, es improbable que sea de público conocimiento, contrario a lo que sucede cuando falla.

Por último, se destaca el cambio de postura que tuvo el profesor Andreas Stephan, toda vez que, aunque era uno de los autores que señalaba que los PCPRC podrían ser ineficaces, recientemente ha señalado que los programas parecen estar moviéndose en la dirección correcta. Incluso ha afirmado que un PCPRC puede ser muy exitoso si cuenta con los elementos correctos, ayudando a reducir los riesgos de infracciones originadas por la ignorancia y por la crisis empresarial²⁵. En este sentido, los PCPRC pueden ser útiles para mitigar algunos riesgos de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia en ciertos casos, siempre que incorporen una adecuada estructura de incentivos y castigos, y eleven los costos de ser descubiertos infringiendo las normas de libre competencia.

4. Elementos y beneficios de un PCPRC efectivo

Como se señaló previamente, para que un programa de cumplimiento sea exitoso y reduzca los riesgos de infracciones, debe ser robusto y no cosmético²⁶. Además, se ha considerado que no existe un programa tipo o marco que se ajuste a todas las empresas, ya que cada una tiene diferentes riesgos y formas de mitigarlos²⁷. A pesar de que no existe un programa marco que se ajuste a todo tipo de empresa si se han considerado algunos elementos mínimos con los que debe contar un PCPRC serio y robusto.

25 Stephan, “Why Managers Form Cartels and Why It Is Hard to Stop Them”, 9-12.

26 Murphy y Kolasky “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, 61. Ana María Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica: Un tema de incentivos” (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Javeriana, 2021), 24, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53125>.

27 Murphy y Kolasky “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, 61-62. Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 27.

Como elementos mínimos de todo PCPRC se han mencionado tradicionalmente la identificación de riesgos²⁸, la comunicación, el entrenamiento, el monitoreo o auditorias, sistemas de alertas y el compromiso de los altos cargos²⁹. Respecto a la comunicación y entrenamiento, Florence Thepot señala que debe capacitarse a los empleados de todos los rangos dentro de la organización sobre el derecho de la competencia, los riesgos propios de la empresa y los procedimientos del programa³⁰. Adicionalmente resalta la relevancia que tiene el oficial de cumplimiento dentro de los programas, quien es el responsable de la implementación y seguimiento del programa. El oficial de cumplimiento debe contar con autoridad suficiente para tomar decisiones importantes dentro de la compañía³¹ y debe ser independiente de la junta directiva y los altos cargos de la empresa³².

En el mismo sentido, se ha hecho especial énfasis en la necesidad de crear una cultura de cumplimiento y no solo implementar un PCPRC aparente o fachada³³. Para esto es clave y obligatorio el compromiso real de los altos cargos y los órganos de dirección con la adecuada ejecución de los programas³⁴. Adicionalmente, vale la pena destacar otros planes de acción adelantados por las autoridades de competencia que pueden mejorar la eficacia de los PCPRC. Uno de ellos es la herramienta conocida como “*screening*”, la cual consiste en que la autoridad de competencia adelanta pruebas estadísticas para identificar problemas competitivos en

- 28 Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 24-28.
Oficina de publicaciones de la Unión Europea de la Comisión Europea, “Importancia de cumplir, Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE” (2012), 14, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/60596>.
- 29 Stephan. “Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels”, 4-5.
Murphy y Boehme, “Fear no evil: a compliance and ethics professionals’ response to dr. Stephan” 4-7.
- 30 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 197.
- 31 Riley and Sokol, “Rethinking compliance” 34-36.
- 32 Si se desea profundizar en los elementos mínimos necesarios para que un PCPRC sea eficaz se puede consultar: “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, 62.
- 33 Oficina de publicaciones de la Unión Europea de la Comisión Europea, “Importancia de cumplir, Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, 8.
Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, 117-119.
Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 24.
- 34 Riley and Sokol, “Rethinking compliance” 31-34.
Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, 117.
Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement” 191-202.

los mercados. A través de esta herramienta es posible descubrir circunstancias que puedan favorecer o indicar la existencia de afectaciones a la competencia³⁵.

Así mismo, Young³⁶ sostiene que con el fin de que los PCPRC sean efectivos deben generarse incentivos para que los empleados de las empresas se apeguen a ellos. En el mismo sentido Riley, Sokol³⁷ y Pérez³⁸ señalan que es imprescindible imponer sanciones a todos los empleados que incumplan lo dispuesto en el PCPRC, incluyendo a los más altos cargos de la compañía. Para ello el programa debe incorporar los procedimientos de denuncia interna, por ejemplo, denuncias anónimas al oficial de cumplimiento y debe establecer un sistema de sanciones aplicables³⁹. Todas estas consideraciones muestran lo exigente que puede llegar a ser implementar un PCPRC exitoso.

Por otro lado, un programa que cuente con estos elementos conllevará diversos beneficios para quien los implemente adecuadamente. Resulta claro que el principal beneficio de implementar un PCPRC es ajustar la cultura y el comportamiento empresarial a las normas, y en ese sentido evitar una posible sanción por prácticas restrictivas de la competencia a través de la reducción de riesgos de infracción⁴⁰. Así mismo, los programas pueden detener infracciones que ya estén ocurriendo y limitar sus daños⁴¹. En ese sentido, los PCPRC se complementan con

35 Rosa M. Abrantes-Metz, Patrick Bajari, and Joseph E. Murphy, “Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust”, (2010), 4-10, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1648948.

Rosa M. Abrantes-Metz & Albert D. Metz, “Why Screening Is A “Must Have” Tool For Effective Antitrust Compliance Programs”, (2019), 5-12, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3734004.

Fiscalía Nacional Económica, “Programas de Cumplimiento De la normativa de Libre competencia”, Chile (2012), 15, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

36 Christopher Young, “Sales Employees: Balancing Competition and Compliance”, *Journal of Health Care Compliance*, 12 (2010): <https://www.proquest.com/trade-journals/sales-employees-balancing-competition-compliance/docview/753459295/se-2>.

37 Riley and Sokol, “Rethinking compliance” 43-44.

38 Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 26.

39 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 191- 202.

40 Pérez Herrán, Herrera Saavedra y Melo Rodríguez, “Cumplimiento en materia de competencia”, 418. Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, 117-118.

41 María Flora Martín Moral, “Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado” (2021), 403, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.62648>.

Andrés Barreto, “El compliance y el derecho de la competencia” en *Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009*, editado por Aura María García Pabón, Ana María Pérez Herrán e Ismael Beltrán Prado, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 216, <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2756>.

Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement”, 60.

figuras como la delación⁴², al abrir la posibilidad de que, una vez detectada la ocurrencia de una práctica restrictiva con ocasión al programa de cumplimiento, la empresa pueda acudir a un programa de delación con el fin de solicitar una posible reducción o exoneración en las eventuales sanciones⁴³.

Adicionalmente, los PCPRC pueden tener beneficios indirectos. El primer y más importante es el de reducir las prácticas restrictivas de la competencia, lo cual redundaría en beneficios para varios actores del mercado, y especialmente los consumidores. Además, pueden tener un impacto positivo en la imagen empresarial, otorgándole una ventaja competitiva y atrayendo inversionistas⁴⁴. También pueden facilitar la adaptación de la empresa a cambios normativos o regulatorios⁴⁵. Un posible beneficio indirecto de los PCPRC que no ha sido explorado por la doctrina es el desincentivo que puede tener una empresa que esté buscando cartelizarse, para no invitar al cartel a aquella empresa que cuente con un PCPRC serio, ya que incrementaría los riesgos de ser detectado.

Existen otros beneficios de este tipo de programas que han tenido poco desarrollo. Estos son los beneficios que otorgan para prevenir infracciones unilaterales al régimen de competencia. Schwalbe⁴⁶ reconoce que los estudios sobre PCPRC normalmente se han enfocado en los carteles. Sin embargo, sostiene que los PCPRC también son útiles para prevenir infracciones unilaterales, por ejemplo, el abuso de la posición de dominio. En concreto, señala que los programas podrían permitir a las empresas saber si ostentan o no posición de dominio en el mercado. Lo cual resulta relevante al considerar que existen conductas que en caso de no ostentar posición dominante serían legales, pero en caso de tener posición de dominio podrían ser violatorias del régimen de competencia, como las conductas excluyentes o de explotación.

Sin embargo, todos estos beneficios únicamente se alcanzarán en la medida en que los PCPRC se adopten con rigor y a cabalidad. De no hacerlo, su implementación conllevará más riesgos que beneficios. Al respecto se resalta que en caso de implementar un programa cosmético e incurrir en una práctica restrictiva de la

42 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 197.

43 En Colombia los programas de delación también son conocidos como Programas de Beneficios por colaboración. Decreto 253 de 2022.

44 Fernández, “La Importancia De Los Programas De Cumplimiento —Compliance Programmes— En Las Políticas Sancionadoras De Las Autoridades De Competencia”, 77.

Barreto, “El compliance y el derecho de la competencia”, 217.

45 Pérez Herrán, Herrera Saavedra y Melo Rodríguez, “Cumplimiento en materia de competencia”, 419.

46 Schwalbe, “Antitrust Compliance and Abusive Behaviour”, 103-120.

competencia, surgirá el riesgo de que la autoridad de competencia considere que a raíz de la existencia del programa varias personas naturales —incluyendo al oficial de cumplimiento y miembros de junta directiva— conocían o debían conocer de la existencia de la conducta anticompetitiva y por lo tanto considerarlos responsables de tolerar su ejecución. Por otro lado, es preciso señalar que para la implementación de un PCPRC es necesaria una inversión de recursos. Recursos que en caso de incurrir en una práctica restrictiva y ser objeto de una sanción, no serían amortizados y al contrario se convertirían en un costo perdido.

5. Medidas gubernamentales para fomentar las políticas de cumplimiento

A raíz de las discusiones que han surgido en relación con los beneficios y eficacia de los PCPRC, resulta relevante considerar el rol que deben tomar las autoridades de competencia con relación a los PCPRC. Al respecto, varios autores sostienen que la función de las autoridades de competencia debe ser fomentar la cultura de cumplimiento y la adopción de programas serios y eficaces⁴⁷. Esto, toda vez que la función principal de las autoridades de competencia es velar por el cumplimiento de las normas sobre libre competencia⁴⁸. Por lo tanto, señalan que las autoridades deben tener un papel activo respecto de los PCPRC.⁴⁹ Sin embargo, existe un debate con relación a si el fomento que hagan las autoridades de competencia a los PCPRC debe incluir incentivos reflejados en la disminución o exoneración de las sanciones (multas) por conductas cometidas por empresas que contaban con un PCPRC. Sobre este punto existen dos posturas.

Por un lado, están Geradin, Murphy, Thepot y Kolasky quienes sostienen que las autoridades sí deberían reconocer reducciones en la sanción a las empresas que contaban con un PCPRC antes de la investigación por la comisión de prácticas restrictivas. Estos autores argumentan que las autoridades de competencia deberían reforzar los incentivos para implementar PCPRC a través de la reducción

47 Riley and Sokol, “Rethinking compliance”, 32.

Javier Sanclemente Arciniegas, “Compliance y derecho de la competencia”, *Justicia* 26 (39), (2021), <https://doi.org/10.17081/just.26.39.3920>.

48 Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, tomado del discurso de Joaquin Almunia en “Compliance and competition policy” en octubre 25 de 2010, 115.

49 Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 29-35.

de las sanciones a las empresas que logren acreditar que, aun contando con un programa serio y robusto, no pudieron evitar la ocurrencia de una infracción⁵⁰. Al respecto señalan que, el reconocimiento de incentivos es una motivación poderosa para su implementación⁵¹. Adicionalmente, Pérez Fernández sostiene que, si no se conceden estos beneficios por parte de la autoridad, los PCPRC no cumplirían de manera satisfactoria con su función preventiva, ya que se produciría un conflicto con la figura de delación. Dicho conflicto tendría lugar debido a que en la delación se atenúa o exonera a empresas que vulneran la normativa y *a posteriori* acuden a la autoridad, y no aquellas que *a priori* han invertido una cantidad importante de dinero y medios en la prevención de comportamientos anticompetitivos⁵². Por su parte Florence Thépot⁵³ considera que, si bien debe otorgarse una reducción a la sanción, esta debe ser discrecional de la autoridad y estudiada caso a caso, ya que *“la no predictibilidad de la reducción en la multa ayuda a contrarrestar la implementación de programas de cumplimiento cosméticos”*⁵⁴.

Siguiendo esta postura, algunas autoridades de competencia han optado por reconocer beneficios a las empresas que demuestren la implementación de PCPRC serios. Entre ellas se encuentra la autoridad de competencia de Estados Unidos⁵⁵, país en el cual se han fomentado las reducciones a partir de la guía de cumplimiento del año 2019⁵⁶. Sin embargo, si en la infracción estuvo involucrado algún empleado de la alta dirección, se considera que el programa fue fallido y no se reconocerá ninguna reducción⁵⁷. Otras autoridades que reconocen este tipo de

- 50 Geradin, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils”, 327.
Barreto, “El compliance y el derecho de la competencia”, 224.
Pérez Herrán, “Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica”, 29-35.
- 51 Murphy y Kolasky “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, 61.
- 52 Fernández, “La Importancia De Los Programas De Cumplimiento —Compliance Programmes— En Las Políticas Sancionadoras De Las Autoridades De Competencia”, 80.
- 53 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 199-200.
- 54 Traducción libre de Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 199.
- 55 Thepot, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement”, 192-194.
- 56 U.S. Department of Justice Antitrust Division, “Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations”, Estados Unidos 2019, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.
- 57 Donald C. Klawiter, “It Didn’t Work”: Antitrust Compliance And The Role Of The Senior Executive”, (2019), 3, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/11/CPI-Klawiter.pdf> <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/11/CPI-Klawiter.pdf>

programas como atenuante para fijar la sanción se encuentran Reino Unido, Italia y España⁵⁸. Otro caso relevante es el de Chile, ya que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha llegado a considerar la existencia de un PCPRC como un eximente de responsabilidad al entender la infracción como un hecho imposible de prevenir cuando una empresa aun contando con un PCPRC no la pudo evitar⁵⁹, tesis que fue rechazada por la Corte Suprema de Chile, quien considera que la existencia de un PCPRC no puede ser considerada como un eximente de responsabilidad ya que no está regulado como tal de forma expresa⁶⁰.

Por otro lado, se encuentran quienes consideran que la existencia de un programa no implica, ni debería implicar la atenuación o reducción de la sanción⁶¹. Para ello argumentan que el objetivo de un PCPRC debe ser ante todo evitar las infracciones y no ser percibido como un instrumento para obtener reducciones en las multas luego de incumplir el régimen de competencia⁶². Lo anterior, debido a que esta atenuación, junto con los beneficios esperados de la infracción y la baja probabilidad de detección, podría generar un incentivo perverso⁶³. A mi juicio, esta es la postura que debería ser acogida por la autoridad de competencia colombiana, teniendo en cuenta el contexto normativo, económico y social del país, asunto sobre el cual se profundizará en el tercer capítulo del presente escrito.

Así mismo, existen autoridades que han acogido esta posición. La más importante de ellas es la Comisión Europea, autoridad encargada de velar por la libre competencia en la Unión Europea⁶⁴. Para la Comisión la implementación de un PCPRC no debe ser tenido en cuenta como un atenuante en eventuales sanciones por infracciones al régimen de competencia, pues los programas no pueden ser percibidos como un instrumento para la reducción de una multa, ya que su objetivo siempre debe ser prevenir las infracciones. Si el programa falla, significa

- 58 Martin Moral, “Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado”.
- 59 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia 167 de 2019, 93-95, http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/02/sent_167_2019.pdf.
- 60 Luyo, “El impulso de los programas de cumplimiento normativo”, 227, La Corte Suprema de Chile no está de acuerdo con la decisión, porque considera que para ser eximente de responsabilidad debe estar expresamente regulado como tal.
- 61 Luyo, “El impulso de los programas de cumplimiento normativo”, 225.
- 62 Oficina de publicaciones de la Unión Europea de la Comisión Europea, “Importancia de cumplir, Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, 19.
- 63 Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement”, 70-77.
Huffman, “Incentives To Comply With Competition Law”, 119.
- 64 OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, 17. <http://oe.cd/ccp>.

que no fue eficaz, y por lo tanto no debe reconocerse ninguna reducción de la sanción⁶⁵. Entre otras autoridades que han tomado esta posición se encuentran Países Bajos, Suecia y Turquía⁶⁶.

En síntesis, los PCPRC son una serie de medidas adoptadas por una empresa las cuales tienen como fin ajustar el comportamiento empresarial a la normativa en materia de libre competencia, minimizando el riesgo de ser objeto de sanciones. Para considerar que los PCPRC son serios y no cosméticos, deben cumplir con unos requisitos mínimos para su adecuada implementación. Así mismo, respecto a los PCPRC se han generado principalmente dos debates. El primero acerca de su eficacia para prevenir prácticas restrictivas de la competencia y el segundo sobre las medidas que pueden tomar las autoridades de competencia para fomentar su implementación. Aunque sobre el primero de ellos ya existe cierta tendencia en el sentido de considerar que los PCPRC sí son útiles para prevenir prácticas restrictivas de la competencia, sobre el segundo no existe una posición mayoritaria. Ambos debates sugieren que la implementación de estos programas requiere de un verdadero compromiso por no infringir las normas de competencia por parte de las empresas.

Con estas bases establecidas, en el siguiente capítulo se examinará el desarrollo que ha tenido la implementación de los PCPRC en Colombia.

II. Implementación y estado actual de los PCPRC en Colombia

En este capítulo describiré los pasos que se han dado en la implementación de los PCPRC en Colombia. Para ello se expondrán la regulación vigente y algunos pronunciamientos de la autoridad de competencia colombiana sobre estos programas.

El régimen de protección a la libre competencia en Colombia se ha enfocado principalmente en el *enforcement*. Esto se ha hecho a través de disposiciones prohibitivas de prácticas que restrinjan la libre competencia⁶⁷ y sanciones a

65 Oficina de publicaciones de la Unión Europea de la Comisión Europea, “Importancia de cumplir, Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, 18-19.

66 OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, 13.

67 Prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Artículos 45 a 50 del Decreto 2153 de 1992.

quien incumpla estas prohibiciones⁶⁸, con multas que pueden ser hasta de 100.000 SMLMV⁶⁹. Esta función ha sido encargada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como autoridad única en materia de competencia⁷⁰. En ejercicio de estas funciones la SIC ha encontrado e impuesto multas, a diversos infractores en mercados representativos de la economía en los casos conocidos como Azúcar⁷¹, Cementos⁷², Pañales⁷³, entre otros.

En este sentido, la regulación y pronunciamientos sobre los PCPRC y otras herramientas preventivas han sido escasos en Colombia. Estos programas de cumplimiento aún no son una figura consolidada en nuestro país⁷⁴. Sin perjuicio de lo anterior, a partir del año 2020 se han podido observar unos primeros acercamientos regulatorios y pronunciamientos de la SIC sobre la materia. Entre ellos se encuentran (i) la expedición de la Norma Técnica de Cumplimiento No. 6378 de 2020, (ii) la creación de la Dirección de Cumplimiento al interior de la Delegatura para la protección de la competencia de la SIC, (iii) algunos casos en los cuales la SIC se ha pronunciado con relación a la figura de los PCPRC y (iv) la expedición de la Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia. En el presente capítulo describiré y analizaré cada uno de estos desarrollos de los PCPRC en Colombia.

1. Norma Técnica de Cumplimiento No. 6378 de 2020

Uno de los primeros acercamientos sobre la materia en el país es la expedición de la Norma Técnica de Cumplimiento (NTC) No. 6378 de 2020. Esta norma técnica fue expedida por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC) con el acompañamiento de la SIC y otros actores relevantes de la economía colombiana⁷⁵. La NTC 6378 de 2020 aporta instrumentos valiosos para la creación e implementación de los PCPRC. Esta norma establece elementos y procedimientos

68 Artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

69 Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

70 Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009. Artículos 9 y 10 del Decreto 4886 de 2011.

71 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 del 18 de octubre de 2015.

72 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017.

73 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

74 Barreto, “El compliance y el derecho de la competencia”, 215.

75 ICONTEC. Norma Técnica de Cumplimiento No. 6378 de 2020.

mínimos con los que debería contar un PCPRC. Sin embargo, al ser emitida por una institución técnica y no por el legislador, esta no puede establecer consecuencias jurídicas y su función es servir como herramienta de consulta.

La NTC 6378 de 2020 propone varios elementos y procedimientos que deberían tener en cuenta las empresas que estén interesadas en implementar un PCPRC. Dentro de los elementos señalados se encuentran el análisis de riesgos, la responsabilidad de la alta dirección, la creación de objetivos claros y medibles del programa, la destinación de recursos suficientes y la adecuada comunicación del PCPRC a todos los colaboradores. Adicionalmente la NTC 6378 de 2020 presenta planes y procedimientos que deben ser adoptados por las empresas en el marco de un PCPRC efectivo. Los procedimientos mínimos que se deben incluir en un programa efectivo según la NTC 6378 son: (i) un procedimiento disciplinario interno, (ii) un procedimiento para la contratación, (iii) un plan de contingencia y (iv) un plan de monitoreo y vigilancia.

Esta Norma Técnica es una base para aquellas empresas que deseen incorporar un PCPRC serio, toda vez que establece actuaciones y procedimientos concretos que deben adoptar las empresas para la implementación adecuada de los programas. Quienes a su vez podrían solicitar la certificación de su cumplimiento a ICONTEC obteniendo diversos beneficios, algunos de los cuales serán desarrollados en el capítulo tercero del presente escrito.

2. Creación de la Dirección de Cumplimiento y el Grupo de Trabajo de Promoción de Buenas Prácticas de Cumplimiento en Libre Competencia

Otro acercamiento en relación con la incorporación de una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia es la creación de la Dirección de Cumplimiento al interior de la Delegatura para la protección de la competencia de la SIC⁷⁶. Esta Dirección tiene dentro de sus funciones vigilar la adopción y hacer el seguimiento de los programas de cumplimiento establecidos tanto en el marco de garantías aceptadas para la terminación anticipada de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia⁷⁷, como en los casos de imposición de condicionamientos⁷⁸

76 Artículo 5 del Decreto 92 del 2022 que modifica la estructura de la SIC.

77 Artículo 16 de la Ley 1340 de 2009.

78 Artículo 11 de la Ley 1340 de 2009.

en trámites de integraciones empresariales⁷⁹. En caso de que la Dirección encuentre que los programas de cumplimiento aceptados bajo la cualquiera de estas figuras no se esté cumpliendo en debida forma podrá iniciarse una averiguación con el fin de determinar si se ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009⁸⁰.

Así mismo, en ejercicio de sus funciones la Dirección de Cumplimiento emitió la “*Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia*”. Esta Guía busca orientar y fomentar las buenas prácticas en materia de libre competencia y será analizada más adelante en el presente capítulo.

Otra muestra del interés de la SIC por la promoción de una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia es la creación del Grupo de Trabajo de Promoción de Buenas Prácticas de Cumplimiento en Libre Competencia⁸¹. Las funciones principales de este Grupo son la capacitación y el fomento de una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia económica⁸². Sin embargo, no existe claridad sobre la manera en que estas funciones son ejercidas en la práctica, o de cómo medir su impacto, y por lo tanto no es posible determinar el aporte de este Grupo en la implementación de los PCPRC en Colombia. Unas de las posibles actuaciones que podría adelantar el Grupo en ejercicio de sus funciones serían la capacitación sobre los PCPRC a empresas interesadas en su implementación. Esta y otras medidas que puede tomar la SIC para maximizar los beneficios de los PCPRC serán desarrolladas en el tercer capítulo del presente escrito.

3. Pronunciamientos de la SIC en materia de PCPRC

Teniendo en cuenta que la figura de los PCPRC es reciente en nuestro país, existen pocos pronunciamientos en los que la autoridad de competencia haya emitido conceptos sobre estos programas. En algunas ocasiones, la SIC ha terminado

79 Numerales 7 y 8 del Artículo 5 del Decreto 92 del 2022

80 Ley 1340 de 2009. Artículo 25. “*La Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias a su favor, a los agentes del mercado, sean personas naturales o jurídicas, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las actuaciones administrativas, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de concentración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones, o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.*”

81 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 83911 de 2021.

82 Superintendencia de Industria y Comercio. Artículo 2. Resolución 83911 de 2021.

anticipadamente una investigación aceptando ofrecimientos de garantías presentados por los investigados⁸³ que incluyen la adopción de PCPRC. Sin embargo, en estos casos la autoridad de competencia se ha limitado a aceptar la implementación de los programas propuestos y a fijar un plan de seguimiento sobre ellos, sin presentar otras consideraciones en torno a los PCPRC⁸⁴.

Así mismo, en algunas oportunidades la SIC se ha pronunciado sobre los PCPRC invitando a las personas jurídicas que actúan como entidades contratantes en procesos de selección y que han sido víctimas de colusión entre sus proponentes, para que implementen un PCPRC con el fin de prevenir a futuro la ocurrencia de estas prácticas. Así lo ha sugerido la SIC a Central de Inversiones S.A.⁸⁵, a la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia EICE⁸⁶ y a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique⁸⁷.

En otras circunstancias, como lo fue un caso relativamente reciente de cartelización, la SIC le ordenó a Suzuki que adoptara un PCPRC al encontrarlo responsable de infringir el régimen de libre competencia. La SIC tomó esta decisión a través de la Resolución No. 27906 de 2022 por medio de la cual se sancionó a SUZUKI MOTOR DE COLOMBIA S.A y otros⁸⁸. Este caso es relevante por varias razones. En primer lugar, es el primer caso en el que la SIC ordenó la implementación de un PCPRC junto con una sanción por violaciones al régimen de libre competencia. En segundo lugar, en la parte considerativa de la Resolución No. 27906 de 2022, la SIC (i) señala los objetivos de los planes de cumplimiento, (ii) resalta los beneficios que puede traer para una empresa y para el mercado en general la implementación de un PCPRC, (iii) describe los elementos fundamentales que debe tener un PCPRC serio, (iv) señala que el PCPRC debe reunir las condiciones establecidas en

83 Artículo 16 de la Ley 1340 de 2009.

84 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 36870 de 2021 Por medio de la cual se conceden garantías en la investigación adelantada contra TAXI IMPERIAL S.A.S, por un presunto abuso de la posición de dominio. En esta decisión no se habla de implementación de un programa de cumplimiento, sino de un manual de cumplimiento.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 50340 de 2022 Por medio de la cual se conceden garantías en la investigación adelantada contra BAVARIA & CIA S.A, por un presunto abuso de la posición de dominio.

85 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 37344 de 2022. 31

86 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 42815 de 2022. 30

87 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 64389 de 2022. 196-197

88 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27906 de 2022.

la NTC 6378 de 2020 y (v) establece un esquema de seguimiento al programa de cumplimiento impuesto⁸⁹.

Por otra parte, en cuanto al reconocimiento de beneficios en las investigaciones sancionatorias en los casos en que el infractor contara con un PCPRC, no existe ningún pronunciamiento claro sobre la posición de la SIC. Al respecto se destacan dos posturas que parecen ser contradictorias.

La primera de ellas fue a través de la Resolución No. 41412 de 2018, por la cual se impuso una sanción en contra de BUREAU VERITAS COLOMBIA y otros. En esta decisión la SIC indicó que *“la simple existencia de un código ético o de políticas de cumplimiento de normas de competencia en sentido formal o abstracto, mal podrían servir como eximentes de responsabilidad cuando lo que se ha verificado es que en la práctica, se ha producido un actuar totalmente contrario a la ética y a las normas de competencia.”*⁹⁰. Posición que ya había sido anunciada en otros casos que no se relacionaban con PCPRC⁹¹.

La segunda postura se presentó en el caso SUZUKI, resolución en la cual la SIC al señalar los beneficios de los programas considera como uno de ellos *“permitir a las empresas demostrar legalmente su debida diligencia frente a potenciales conductas anticompetitivas”*⁹². Este podría considerarse como un primer paso para reconocer este tipo de beneficios. Sin embargo, estos beneficios podrían generar incentivos negativos que se expondrán en el capítulo tres del presente escrito.

En síntesis, han existido pocos pronunciamientos de la SIC relacionados con los PCPRC. Sin embargo, de ellos se puede entender que hay un interés creciente sobre este tipo de programas por parte de la SIC, quien los ha visto como una herramienta de prevención y ha tomado medidas tendientes a su fomento. Así mismo, se puede establecer que se ha reconocido la NTC 6378 de 2020 como un modelo a seguir válido para la implementación de los PCPRC. Por último, se resalta que, aunque en el pasado la SIC ha sido enfática en negar beneficios a las empresas que aun teniendo un PCPRC hayan infringido el régimen de competencia, recientemente ha “dejado la puerta abierta” a reconocer este tipo de incentivos.

89 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27906 de 2022, 107-111.

90 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 41412 de 2018, 30.

91 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 81391 de 2017, 189. En este caso la SIC señaló que *“(…) las actuaciones que eventualmente despliegue un investigado en el mercado que puedan evidenciar la existencia de algún interés en comportarse de forma competitiva, no necesariamente excluyen la existencia de las conductas contrarias a la libre competencia económica.”*

92 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27906 de 2022, 109-110.

4. Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia

En concordancia con la tendencia de otras autoridades de competencia internacionales⁹³, la SIC publicó su “*Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia*” (Guía) en diciembre de 2022⁹⁴. A través de la Guía se busca presentar recomendaciones para las empresas y sus directivos para la implementación de PCPRC con el propósito de evitar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia y generar una cultura de cumplimiento del régimen de libre competencia económica. Según la Guía los PCPRC pueden tener su origen en (i) la decisión voluntaria del empresario, (ii) la aceptación de garantías o la imposición de condicionamientos en una integración empresarial y (iii) la imposición de ordenes tras una investigación por violación a las normas de protección de la competencia.

En la Guía se enuncian los beneficios que conllevaría para las empresas implementar un PCPRC. Entre ellos se señalan algunos beneficios claros que surgen de la implementación de estos programas, como la prevención de multas y sanciones, beneficios reputacionales, el fomento de una cultura de cumplimiento y la disminución de efectos adversos en el caso en que aun contando con un programa como los descritos se incurra en una infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Sin embargo, la Guía menciona (sin explicarlos detalladamente) otros posibles beneficios cuya demostración es compleja. Por ejemplo, el aumento de la eficiencia económica, la prevención de la inviabilidad de la empresa y la prevención de demandas civiles por daños. Respecto a los dos primeros no es claro como la implementación de un PCPRC da lugar a ellos, teniendo en cuenta que como se señaló en el capítulo primero, la probabilidad de detección y posterior sanción de una conducta anticompetitiva es baja. Y en relación con el tercero, si bien es cierto que ante una eventual sanción por una práctica restrictiva de la competencia aquellos que acrediten haber sufrido un daño en consecuencia de ella podrán solicitar su reparación, en Colombia esta figura no ha tenido acogida por la

93 Varias autoridades de competencia de la región han publicado guías o documentos sobre PCPRC en la última década. Entre ellas se resaltan la Fiscalía Nacional Económica de Chile en 2012, INDECOPI de Perú en 2020, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador en 2021, entre otras.

94 Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia. (2022) <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2022/Guia%20competencia2-final-12-07-2022v0-5.pdf>

dificultad de probar el daño recibido, y por lo tanto este beneficio no se materializaría en nuestro contexto.

Por otro lado, la Guía incorpora una serie de recomendaciones sobre los elementos con los que debe contar un PCPRC efectivo. La Guía presenta y desarrolla diez elementos necesarios que deben tener los PCPRC que ya han sido reconocidos por otras autoridades y autores. Estos son 1) cultura y compromiso de la alta dirección, 2) análisis y gestión del riesgo, 3) asignación de recursos, 4) designar un responsable del programa, 5) establecer mecanismos de comunicación interna y canales de denuncia, 6) capacitar a los miembros de la organización, 7) generar incentivos para el cumplimiento del programa, 8) definir el proceso disciplinario interno aplicable a cualquier colaborador, 9) validar la integridad de sus proveedores y aliados y 10) evaluar el programa y sus objetivos periódicamente.

Según la Guía, los incentivos que tienen las empresas para implementar PCPRC son la prevención de infracciones a las normas sobre protección de la libre competencia y la posibilidad de acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración en caso de que a través del programa se detecte de manera temprana una conducta que podría infringir las normas sobre protección de la competencia. En este sentido es posible concluir que, aunque la SIC busca fomentar y dar herramientas para la adopción de PCPRC por parte de las empresas, no reconoce beneficios adicionales (como la reducción o exoneración de las sanciones) a las empresas que incluso teniendo estos programas incumplan el régimen de competencia.

En este sentido se destaca que la Guía es una muestra del interés de la SIC por promover una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia. Sin embargo, presenta algunos aspectos por mejorar. Por ejemplo, aunque la Guía identifica los elementos que debería tener un PCPRC, no considera las condiciones especiales del contexto normativo, económico y social de Colombia que pueden favorecer o perjudicar la implementación de los PCPRC. Tampoco presenta herramientas concretas que podrían adoptar las compañías que estén interesadas en adoptar este tipo de programas.

A modo de conclusión de este capítulo se resalta que en los últimos cinco años se ha apreciado un interés creciente en Colombia en relación con los PCPRC. Esto ha derivado en que se tomen decisiones en beneficio de su implementación y desarrollo. Respecto a los debates existentes en relación con los PCPRC desarrollados en el capítulo primero, se encuentra que en Colombia no se han presentado estas discusiones. Por un lado, respecto a la eficacia de los programas, las recientes actuaciones de la SIC indican que, para la autoridad de competencia, los programas sí son eficaces y vale la pena fomentarlos. Por otro lado, en cuanto al

reconocimiento de beneficios en las investigaciones sancionatorias en los casos en que el infractor contara con un PCPRC no existe una posición clara que permita intuir la posición de la entidad.

Una vez presentada la situación actual de los PCPRC en Colombia, en el siguiente capítulo expondré los beneficios y las posibles medidas a tomar (por empresas y autoridades) para la adecuada implementación de los PCPRC en el contexto colombiano.

III. Beneficios y medidas necesarias para la implementación de los PCPRC en el contexto colombiano

En el presente capítulo propongo algunas ideas que permitirán maximizar los beneficios de los PCPRC en el contexto colombiano. Para ello, se resaltarán algunos beneficios que no han sido reconocidos que pueden derivarse de la implementación de los PCPRC en Colombia. Adicionalmente se propondrán medidas que pueden adoptar la SIC y los empresarios para mejorar la implementación y maximizar los beneficios esperados de los PCPRC, teniendo en cuenta particularmente el contexto colombiano.

1. Beneficios de la Implementación de los PCPRC en Colombia

A lo largo del presente trabajo se han señalado diversos beneficios que puede conllevar la implementación de un PCPRC para las empresas. Entre ellos se resaltan la disminución del riesgo de sanciones —las cuales en Colombia pueden ser hasta de 100.000 SMLMV⁹⁵—, la adopción de una cultura empresarial de cumplimiento, la adaptación a cambios regulatorios y un impacto positivo en la reputación empresarial. Sin embargo, en esta sección se destacarán algunos beneficios poco estudiados que pueden ser especialmente relevantes en el contexto colombiano.

95 Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

1.1. Reducción de las infracciones originadas por la ignorancia

Los PCPRC pueden ser beneficiosos para reducir los riesgos de la ocurrencia de infracciones originadas por la ignorancia. Al respecto, se resalta que si bien las normas sobre el derecho de la competencia en Colombia han existido desde mediados del siglo XX⁹⁶, a partir de la primera década del presente siglo y en particular después de la expedición de la Ley 1340 de 2009 el régimen de protección de la libre competencia aumento su relevancia en el país. Por lo tanto, en algunas empresas, principalmente pequeñas y medianas, pueden existir limitaciones en el conocimiento de dicho régimen.

A esto se suma el hecho que en Colombia algunas conductas son reprochables si son anticompetitivas por objeto o por efecto. Especialmente las prohibiciones “por efecto” pueden derivar en situaciones en las que un empresario o empleado (que no es experto en derecho de la competencia) no tenga la certeza de si sus actuaciones son o no ilegales. El desconocimiento del régimen de libre competencia en empresas pequeñas y medianas se puede observar en casos como “*Agencias de Casting*”⁹⁷ o “*Carga fluvial*”⁹⁸, casos en los que las empresas en una muestra de desconocimiento de las normas de libre competencia celebraron acuerdos anticompetitivos y los protocolizaron a través de escritura pública o reconocieron su existencia ante una entidad de inspección, vigilancia y control.

En casos como estos de empresas pequeñas y medianas serían especialmente beneficiosos los PCPRC, ya que pueden contribuir a aclarar dudas sobre las actuaciones de los empleados para prevenir que se infrinja el régimen de libre competencia por ignorancia. Sin embargo, no puede desconocerse el hecho de que este tipo de empresas no necesariamente disponen de los recursos necesarios para implementar programas como los comentados en este documento. Además, por regla general entre más pequeña sea la empresa, menor será el impacto de sus conductas en el mercado y viceversa. Por lo tanto, el análisis de los beneficios y las medidas necesarias para la implementación de los PCPRC debe estar enfocado en las grandes empresas del país que cuentan con poder de mercado. Adicionalmente, en las grandes empresas los empleados necesariamente cuentan con conocimientos generales del régimen de libre competencia y en ese sentido, por regla general,

96 Ley 155 de 1959.

Decreto 2061 de 1955.

97 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 30300 de 2023.

98 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 3885 de 2024.

las infracciones no se originan en la ignorancia del régimen sino en los incentivos internos, en su arrogancia al considerar que no serán descubiertos o en el simple desprecio por las normas.

1.2. Prevención de conductas restrictivas de la competencia unilaterales

Retomando con los beneficios de los PCPRC en Colombia es preciso resaltar un beneficio sobre el cual no se ha profundizado por parte de la doctrina ni de las autoridades de competencia, quienes se han enfocado principalmente en los PCPRC como mecanismos para la prevención de carteles empresariales. Este beneficio consiste en la prevención de conductas restrictivas de la competencia unilaterales, es decir, el abuso de la posición de dominio⁹⁹ y los actos restrictivos de la competencia¹⁰⁰.

A diferencia de los acuerdos de precios u otros carteles empresariales que son ampliamente conocidos como conductas que atentan contra la libre competencia, en algunas conductas unilaterales puede no resultar muy claro para un empresario si su actuar constituye una infracción al régimen de libre competencia, como en el caso del abuso de la posición de dominio. Es decir, el límite entre buscar competir de manera recia pero leal y abusar de la posición de dominio puede ser difuso para alguien ajeno al derecho de la competencia. En casos como estos los PCPRC pueden ser de gran ayuda para verificar si una empresa ostenta posición de dominio o cuenta con poder de mercado suficiente para determinar las condiciones del mercado. Y en este sentido, se podrá establecer si la conducta que quiere ejecutar la empresa vulnera o no el régimen de libre competencia.

Con el fin de ilustrar la anterior situación se presenta este ejemplo: La empresa A, cuya actividad económica es la fabricación y venta de helados al por mayor, participa en un mercado oligopólico junto a otras dos compañías en el país, B y C. La empresa A tiene una participación en el mercado cercana al 40%, la empresa B el 35% y la empresa C el 25%. La empresa A ha notado que la empresa C ha ofrecido varias promociones a sus distribuidores lo que ha derivado en una disminución en los ingresos de la empresa A, toda vez que los distribuidores han optado por preferir los productos con promociones de la empresa C. Ante esta situación el gerente comercial de la empresa A quiere establecer una política de

99 Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

100 Artículo 48 del Decreto 2153 de 1992

exclusividades con sus distribuidores con el fin de recuperar y aumentar su participación en el mercado.

En un caso como este, aunque los empleados con cargos directivos que están facultados para tomar esta clase de decisiones tengan conocimientos generales sobre el régimen de libre competencia, puede no ser claro para ellos si la empresa ostenta posición de dominio y si esta conducta de celebrar acuerdos de exclusividad, conducta que normalmente sería lícita y usual, en situaciones específicas podría llegar a ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia. Por lo tanto, en circunstancias como estas o similares, los PCPRC pueden ser útiles para prevenir conductas restrictivas de la competencia unilaterales, pues a través de ellos deben estudiarse los riesgos de la empresa y de la decisión y así determinar si el comportamiento se ajusta al régimen de la libre competencia económica.

1.3. Efectos de red de los PCPRC

Por otro lado, existe otro beneficio de los PCPRC relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia¹⁰¹ o carteles que no ha sido explorado, sus efectos de red. Este beneficio consiste en el desincentivo que puede tener una empresa que esté buscando cartelizarse, para no invitar al cartel a aquella empresa que cuente con un PCPRC serio, ya que incrementaría los riesgos de ser detectado.

Como se señaló en el primer capítulo del presente trabajo, el *enforcement* ha sido insuficiente para evitar la ocurrencia de las prácticas restrictivas de la competencia y en particular de los carteles por dos razones, la utilidad de la infracción suele ser alta y la probabilidad de detección y sanción baja. En este sentido, el valor económico esperado de la decisión de cartelizarse es positivo. Sin embargo, si una empresa cuenta con un PCPRC robusto, disminuye la probabilidad de que otra empresa instigadora de un cartel la invite a participar en dicho acuerdo, pues incrementa su riesgo de ser descubierta y por lo tanto disminuye el valor económico esperado del cartel.

A modo de ejemplo se presenta el siguiente escenario. En el mercado de pañales desechables participan cuatro competidores principales (W, X, Y, y Z), entre los cuales se distribuye el 95% de la participación del mercado. Al ser este un mercado oligopólico, transparente y con un producto homogéneo la empresa Z ve la oportunidad de conformar un cartel de precios y de repartición de mercado por zonas geográficas con el fin de aumentar las utilidades empresariales. Sin embargo,

101 Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

cuando los directivos de la empresa Z están planificando el cartel, encuentran que la empresa W cuenta con un PCPRC fuerte desde hace tres años y que la empresa X inició recientemente con la implementación de un PCPRC. Esta situación necesariamente incrementa el riesgo de ser delatado o de que el cartel sea detectado, razón por la cual, teniendo en cuenta el esquema de incentivos, la empresa Z se abstendría de invitar a W y X a participar en el cartel o en el mejor de los casos desistiría de la idea de conformarlo.

En este sentido, los efectos de red de los PCPRC hacen que sea menos probable que se generen carteles en el mercado, al aumentar el riesgo de delación o detección. Por lo tanto, entre más empresas los implementen mayores serán los efectos de red y se reducirá la probabilidad de que alguna empresa busque conformar un cartel, al disminuir el valor económico esperado de la cartelización.

2. Medidas para mejorar la implementación y maximizar los beneficios de los PCPRC en Colombia

En el presente trabajo se han señalado los diferentes beneficios que pueden derivarse de la implementación adecuada de los PCPRC por parte de las empresas en Colombia. Sin embargo, estos beneficios podrían no materializarse si no se toman las medidas necesarias para que los PCPRC no sean simples programas fachada o cosméticos. Teniendo esto en cuenta, a continuación, se plantearán algunas medidas necesarias que deberían adoptarse por parte de las empresas y la SIC para mejorar la implementación y maximizar los beneficios de los PCPRC en Colombia.

En primer lugar, antes de determinar las medidas que deben acogerse en el marco de la implementación de los PCPRC en Colombia, es necesario que tanto las empresas como la autoridad de competencia reconozcan que los agentes de mercado —empresas, empleados y partes interesadas— actúan conforme a los incentivos que tienen, y son estos incentivos los que determinan si los agentes ajustan su comportamiento a las normas de libre competencia o no. Por lo tanto, para que los PCPRC sean efectivos para mitigar los riesgos de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia deben incorporar una adecuada estructura de incentivos que determinen la conducta de los agentes.

Teniendo claro que los PCPRC deben modificar los incentivos de los agentes de mercado, a continuación, se propondrán algunas medidas a tener en cuenta a la hora de implementar un PCPRC.

2.1. Medidas a tomar por parte de las empresas

Como se indicó previamente, los PCPRC no pueden ser solamente un manual o un programa que se quede en el papel. Al contrario, las medidas que se incorporen en el marco de los programas deben modificar los incentivos de los empleados de la empresa. Esta no es una tarea sencilla, y debe estar guiada por un cambio cultural empresarial transversal que impacte a accionistas, directores, empleados, proveedores, entre otras partes interesadas.

En el marco empresarial el principal incentivo de las partes interesadas es la maximización de utilidades en el menor plazo posible. Sin embargo, si una empresa y sus directores no les incorporan un sentido ético a sus decisiones, en una suerte de aplicación de la frase “el fin justifica los medios”, será más probable que pasen por alto prohibiciones legales con sus correspondientes consecuencias negativas (sanciones, multas). Por lo tanto, en el marco de un programa de cumplimiento con el cual se busca disminuir el riesgo de infringir normas jurídicas, las partes interesadas deben incluir dentro de sus objetivos, no solo la utilidad económica, sino también la incorporación de un comportamiento ético transversal en la compañía. En este sentido, la principal medida empresarial para implementar un PCPRC de manera exitosa será establecer una cultura de ética empresarial y modificar los incentivos de las partes interesadas.

Sin embargo, debe reconocerse que el cambio hacia una cultura de ética empresarial no será algo que ocurra de un día para otro simplemente con la implementación de un PCPRC. Este cambio no es una tarea sencilla y puede ser especialmente difícil en ambientes hostiles para este tipo de programas, por ejemplo, en mercados en los que existen muchos incentivos para cartelizarse o incluso en empresas en las que esté ejecutándose un acuerdo anticompetitivo.

En este tipo de compañías con ambientes hostiles hacia la adopción de un PCPRC su implementación debe hacerse de manera progresiva, a través de un programa en el que se pueda reconocer que se han cometido errores, pero se refuerce la voluntad de acoger una nueva cultura ética. Para ello, el programa debe generar incentivos para que en caso de que se esté ejecutando una conducta anticompetitiva, los empleados la revelen al programa para tomar las medidas necesarias e iniciar una nueva etapa empresarial en la que cualquier infracción posterior a la adopción del programa deberá ser sancionada.

En esta clase de ambientes, la implementación de un PCPRC funcionará como una forma de rehabilitar el comportamiento empresarial y de los empleados¹⁰². Sin

102 Johannes Paha, “Antitrust Compliance: Managerial Incentives and Collusive Behavior”.

embargo, para lograr este cambio en la cultura empresarial es fundamental cambiar el sistema de incentivos y recompensas dentro de la compañía. Con el fin de modificar los incentivos y en el marco de un PCPRC se deben adoptar ciertas medidas por parte de la empresa interesada en establecer una cultura de cumplimiento. En este sentido, como complemento a las medidas señaladas en la NTC No. 6378 y en la Guía¹⁰³, se propondrán otras medidas que pueden mejorar la implementación de los PCPRC, divididas en los elementos de educación, control y sanción.

En primer lugar, en relación con el elemento de la educación es necesario que los PCPRC, además de capacitar a los empleados con poder de decisión sobre cuales conductas podrían llegar a ser restrictivas de la competencia, deben tender a instaurar una cultura de ética empresarial. Esto se logra a través de la conciencia de los impactos negativos que tienen las conductas restrictivas de la competencia en el mercado y en los consumidores.

Generar esta conciencia es relevante toda vez que en el ámbito empresarial se tiende a priorizar la obtención de utilidades o el cumplimiento de metas exageradas sin importar el camino utilizado para conseguir estos objetivos. A raíz de esta concepción meramente utilitarista de la actividad empresarial, las conductas anti-competitivas y los agentes que las ejecutan dentro de la empresa normalmente no son objeto de reproche social al interior de la compañía, incluso en una empresa sin una cultura ética consolidada podría considerarse como una actuación ejemplar en la que se prioriza el cumplimiento de metas y las utilidades de la empresa sobre otros valores. En este sentido, es importante que los PCPRC modifiquen esta concepción sobre las prácticas anticompetitivas y resalten las consecuencias negativas que se derivan de ellas.

Adicionalmente, de la mano del cambio en la concepción de los objetivos empresariales, en el marco de los PCPRC debe implementarse una modificación a la manera en que se fijan y miden las metas empresariales. Como se señaló previamente, en el ámbito empresarial se prioriza la maximización de utilidades, por esta razón resulta habitual que al interior de las empresas se fijen metas de ventas o ingresos a los empleados, y normalmente el cumplimiento de estas metas condiciona la obtención de beneficios (aumentos salariales, ascensos, primas de éxito, bonificaciones, etc.). Sin embargo, estos incentivos pueden ser contraproducentes,

103 Para profundizar en otros elementos tradicionales de los PCPRC se puede acudir a Joseph Murphy y William Kolasky “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, Riley and Sokol, Rethinking compliance”, ICONTEC. Norma Técnica de Cumplimiento No. 6378 de 2020, y Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia.

ya que son estos los que pueden contribuir a que los empleados incumplan algunas normas para alcanzar las metas y recibir los beneficios. En este sentido, los PCPRC deben tender a disminuir o remplazar estos incentivos. Esto se logrará fijando metas realizables o diversificando las metas que dan lugar a la obtención de beneficios.

En segundo lugar, respecto al elemento de control, es necesario que los PCPRC cuenten con alta capacidad de detectar infracciones dentro de la empresa. Para lograr este objetivo los programas deben aumentar la probabilidad de detección interna y tomar acciones concretas en caso de identificar una posible infracción al PCPRC (y, acto seguido, de las normas de libre competencia) y de esta manera se disminuirán los incentivos para que los empleados actúen en contra de las disposiciones del programa y del régimen de libre competencia. Con el fin de aumentar la capacidad del programa para detectar infracciones dentro de la empresa se proponen dos medidas concretas, la implementación de auditorías y la constitución de programas de delación al interior de la empresa.

Las auditorias que se implementen en el marco de los PCPRC deben tener la capacidad de identificar circunstancias e indicios que señalen la posible existencia de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, para que esta medida sea efectiva debe adelantarse por personas independientes a la compañía (oficial de cumplimiento o asesores externos) y debe incluir elementos como análisis del mercado, *screening*, e incluso contar con una herramienta similar a las visitas administrativas de inspección de la SIC en las cuales se practiquen entrevistas y se revise la información de los dispositivos corporativos. Así mismo, la ausencia injustificada de los empleados en las auditorias debe dar lugar a sanciones internas.

Por otro lado, los PCPRC deben implementar programas de delación al interior de la empresa. Este mecanismo busca que los empleados de la empresa denuncien, ante el oficial de cumplimiento o el órgano que este designe, comportamientos sospechosos que puedan indicar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia al interior de la compañía. El programa debe asegurar que se pueda denunciar de manera anónima, sin temor a represalias y así mismo garantizar que se adoptarán las medidas de investigación y sanciones internas a que haya lugar.

En tercer lugar, en relación con el elemento de sanción, los PCPRC deben implementar sanciones serias y efectivas para los empleados que incumplan las reglas que se establezcan en el programa, sin importar el cargo del empleado. Al respecto se resalta que la imposición de sanciones a los empleados que buscan maximizar las utilidades de la empresa a corto plazo puede ser conflictivo, sin embargo, estas sanciones deben ser obligatorias, pues hacen parte de la creación de una cultura ética empresarial en la que se resalte que “no todo vale” para la obtención de

utilidades económicas. Adicionalmente, en caso de no sancionar las infracciones al PCPRC se transmite el mensaje a los empleados según el cual su aplicación es discrecional, lo que puede dar lugar a infracciones al régimen de libre competencia con la eventual sanción que de ellas se deriva para la empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que en el marco de los PCPRC se plasme con claridad el procedimiento disciplinario interno que se usará en caso de que se presente una infracción al programa. Este procedimiento debe ajustarse al régimen laboral colombiano y debe incluir las conductas sancionables, las posibles sanciones y el órgano encargado de imponer las sanciones internas.

En el mismo sentido, los programas deben ser claros sobre las sanciones a las que podrían exponerse los empleados —incluyendo a los directores y administradores— en caso de incumplir las disposiciones del PCPRC. Las sanciones deberán depender del grado de la infracción, iniciando por los llamados de atención, la suspensión del trabajador y finalmente el despido con justa causa.

Adicionalmente, el PCPRC debe considerar las medidas *ex post* que debe tomar la empresa en caso de identificar que uno o varios empleados han participado en prácticas restrictivas de la competencia, además de las medidas disciplinarias internas necesarias. En este sentido, las medidas deberán depender de la conducta anticompetitiva identificada y el momento en que esta es detectada. En caso de que la conducta no se haya consumado o no haya tenido impactos en el mercado —tras un análisis del oficial de cumplimiento o de asesores externos— bastaría con suspender la ejecución de la conducta y tomar las medidas disciplinarias internas correspondientes. Sin embargo, en el caso en que la conducta ya se hubiere o se esté ejecutando la empresa, el oficial de cumplimiento o quien se designe debería acudir ante la SIC con el fin de acogerse al programa de beneficios por colaboración.

2.2. Medidas a tomar por parte de la autoridad de competencia

Una de las funciones de la SIC es fomentar una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia económica¹⁰⁴. En este sentido, deben estudiarse posibles medidas a tomar por parte de la SIC para mejorar la implementación de los PCPRC y maximizar sus beneficios. Al respecto debe recordarse el debate expuesto en

104 Artículo 10 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el Decreto 092 de 2022.

el capítulo primero del presente trabajo sobre si el fomento que hagan las autoridades de competencia a los PCPRC debe incluir incentivos reflejados en la disminución o exoneración de las sanciones (multas) por conductas cometidas por empresas que contaban con un PCPRC.

En Colombia, la posición más acertada en torno al debate pareciera ser aquella que señala que la existencia de un programa de cumplimiento no debe implicar la atenuación o reducción de la sanción. Esto toda vez que el objetivo de un PCPRC debe ser ante todo evitar las infracciones y no ser percibido como un instrumento para obtener reducciones en las multas luego de incumplir el régimen de competencia¹⁰⁵. Si el programa falla, significa que no fue eficaz, y por lo tanto no debe reconocerse ninguna reducción de la sanción¹⁰⁶. Adicionalmente la implementación de este beneficio, sumado a la baja probabilidad de detección de la infracción por parte de la autoridad colombiana, crearía incentivos perversos para las compañías. Estos incentivos podrían dar lugar a que una empresa sin una cultura ética que busque maximizar sus utilidades económicas a corto plazo implemente un PCPRC fachada, luego ejecute una práctica restrictiva de la competencia y en caso de ser detectado por la autoridad, indicar que su PCPRC falló por razones ajenas a la empresa y solicitar los beneficios en la reducción de la sanción. Esta situación que no puede ser aceptada ni incentivada con la concesión de beneficios por el simple hecho de haber implementado un PCPRC.

Por otro lado, en cumplimiento de su función de fomentar una política de cumplimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia, la SIC puede tomar medidas de promoción de los PCPRC. Dentro de estas medidas la SIC, y en particular la Dirección de Cumplimiento, podrían tomar dos clases de medidas. En relación con las empresas pequeñas y medianas del país, podrían adelantar planes y jornadas de educación y capacitación sobre las normas y conductas del régimen de la libre competencia, esto con el fin de que las empresas conozcan el régimen y se disminuyan las infracciones originadas en la ignorancia como “*Agencias de Casting*”¹⁰⁷ o “*Carga fluvial*”¹⁰⁸.

105 Oficina de publicaciones de la Unión Europea de la Comisión Europea, “Importancia de cumplir, Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, 19.

106 *Ibid.*

107 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 30300 de 2023.

108 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3885 de 2024.

Finalmente, debe señalarse que la principal medida que puede implementar la SIC para fomentar una política de cumplimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia es fortalecer y ejercer la herramienta del *enforcement*. Esto toda vez que, al ser una autoridad de competencia robusta que demuestre alta capacidad para encontrar y sancionar prácticas restrictivas, aumenta los incentivos para que las empresas busquen cumplir el régimen de libre competencia. Situación que a su vez incrementa los incentivos empresariales para buscar obtener los beneficios que se generan tras la implementación de un PCPRC.

Conclusiones

La insuficiencia del *enforcement* ha derivado en la búsqueda de soluciones distintas a las sanciones que mejoren la aplicación de las normas que protegen la libre competencia económica. Dentro de estas posibles soluciones se encuentran los PCPRC, los cuales son una serie de reglas adoptadas por una empresa para educar, controlar y vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de libre competencia, minimizando el riesgo de incurrir en prácticas restrictivas de la competencia.

Sin embargo, la implementación de los PCPRC no ha sido pacífica. Alrededor de ellos se han generado dos debates. El primero acerca de su eficacia para prevenir prácticas restrictivas de la competencia y el segundo sobre las medidas que pueden tomar las autoridades de competencia para fomentar su implementación. Aunque sobre el primer debate ya existe cierta tendencia en el sentido de considerar que sí son útiles para prevenir prácticas restrictivas de la competencia, sobre el segundo no existe una posición mayoritaria.

En Colombia, la regulación y pronunciamientos sobre los PCPRC han sido escasos. Por lo tanto, estos programas de cumplimiento aún no son una figura consolidada en nuestro país. Sin embargo, en los últimos cinco años se ha apreciado un interés creciente en Colombia en relación con los PCPRC. Esto se refleja en la creación de grupos dentro de la SIC, cuya función es promover la cultura de competencia y en la expedición de decisiones y guías sobre los PCPRC en Colombia. Respecto a los debates existentes en relación con los PCPRC en Colombia no se han presentado estas discusiones. Por un lado, respecto a la eficacia de los programas, se encontró que, para la SIC los PCPRC sí son eficaces y vale la pena fomentarlos. Por otro lado, en cuanto al reconocimiento de beneficios en las investigaciones sancionatorias en los casos en que el infractor contara con un PCPRC no existe una posición clara que permita intuir la posición de la entidad.

La implementación de los PCPRC en Colombia conllevaría beneficios que no han sido reconocidos por la doctrina. Estos beneficios consisten en la reducción de las infracciones originadas por la ignorancia, la prevención de conductas restrictivas de la competencia unilaterales y los efectos de red de los PCPRC los cuales harían menos probable que se generen carteles en los mercados, al aumentar el riesgo de delación o detección. Sin embargo, si los programas no son implementados con rigor en el marco de una cultura ética empresarial, podrían conllevar más riesgos que beneficios.

Para alcanzar dichos beneficios se proponen medidas que pueden adoptar la SIC y los empresarios para mejorar la implementación de los PCPRC en Colombia. En relación con las empresas se sugieren elementos de educación, control y sanción. La principal tarea de estos planes será modificar los incentivos de los agentes de mercado y establecer una cultura de ética empresarial. Mientras que respecto a la autoridad de competencia se propone mejorar sus funciones sobre promoción de los PCPRC y fortalecer el ejercicio de su herramienta de *enforcement*.

Bibliografía

Abrantes-Metz, Rosa M. and Bajari, Patrick and Murphy, Joseph E., Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust (July 26, 2010). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1648948> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1648948>

Abrantes-Metz, Rosa M. and Metz, Albert, Why Screening Is a ‘Must Have’ Tool for Effective Antitrust Compliance Programs (November 20, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3734004> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3734004>

Barreto Andrés, “El compliance y el derecho de la competencia” en Competencia económica: reflexiones sobre los diez años de la Ley 1340 de 2009, editado por Aura María García Pabón, Ana María Pérez Herrán e Ismael Beltrán Prado, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 209 – 229, <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2756>

Chammas, Mona Caroline, Competition Compliance Therapy, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 9, November 2021, Pages 667–668, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab079>

De Stefano Gianni, “Compliance as Antitrust Cooperation: An Incentive for Cartel Enforcement”. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9 n.º 10 (2018), 6-7, doi:10.1093/jeclap/lpy080

Decreto 2061 de 1955.

Decreto 2153 de 1992.

Decreto 253 de 2022.

Decreto 4886 de 2011.

Decreto 92 del 2022.

European Commission, Directorate-General for Competition, La importancia de cumplir: qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE, Publications Office, 2013, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/60596>

Fiscalía Nacional Económica, “Programas de Cumplimiento De la normativa de Libre competencia”, Chile (2012), 15, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

Geradin Damien, “Antitrust compliance programmes and optimal anti-trust enforcement: a reply to Wouter Wils”. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1 n.º 2 (2013), 325–346, doi:10.1093/jaenfo/jnt004

Huffman, Max, Incentives for Compliance with Competition Laws (2018). *Loyola Consumer Law Review*, vol. 30, p. 108, 2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3082650> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3082650>

ICONTEC, Norma Técnica de Cumplimiento No. 6378 de 2020.

Klawiter Donald C., “IT DIDN’T WORK”: ANTITRUST COMPLIANCE AND THE ROLE OF THE SENIOR EXECUTIVE”, (2019): <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/11/CPI-Klawiter.pdf>

Lachnit Eva, “Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities”. *Utrecht Law Review*, Vol. 10 n.º 5 (2014): https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2551856

Ley 1340 de 2009.

Ley 155 de 1959.

Luyo Castañeda, Michael. 2021. «El Impulso De Los Programas De Cumplimiento Normativo: Entre La promoción Y La imposición». *Advocatus*, n.º 041 (diciembre), 223-34. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5661>.

Martín Moral, María Flora. 2021. «Programas De Cumplimiento Normativo En Materia De Competencia. Estudio De La guía española Y Otras

Experiencias De Derecho Comparado». CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL 13 (2), 402-22. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264>.

Murphy Joseph y Kolasky William “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, *Antitrust* 26, n°. 2 (2012): <https://www.wilmerhale.com/-/media/9706445cd04148c8803814c78cca6ac3.pdf>

Murphy, Joseph E. and Boehme, Donna, *Fear No Evil: A Compliance and Ethics Professionals’ Response to Dr. Stephan* (November 28, 2011). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1965733>

OCDE, “Promoting Compliance with Competition Law”, Policy Roundtables, (2011). <https://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>

OCDE, “Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE”, (2021): <http://oe.cd/ccp>

Paha, J. (2017) *Antitrust Compliance: Managerial Incentives and Collusive Behavior*. *Manage. Decis. Econ.*, 38: 992–1002. doi: 10.1002/mde.2840.

Pérez Fernández Patricia, “LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO —COMPLIANCE PROGRAMMES— EN LAS POLÍTICAS SANCIONADORAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA” (2013), 75 - 90: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4912085>

Pérez Herrán, Ana. 2021. *Hacia la implementación de programas de cumplimiento de la libre competencia económica: un tema de incentivos*. <http://hdl.handle.net/10554/53125>

Pérez Herrán, Herrera Saavedra y Melo Rodríguez, “Cumplimiento en materia de competencia: desafíos desde el análisis de riesgos y retos en su aplicación” en *Derecho de la competencia* editado por Gabriel Ibarra, Alfonso Miranda y Carlos Andrés Uribe (Colombia: Legis, 2022)

Riley, Anne and Sokol, D. Daniel, *Rethinking Compliance* (August 25, 2014). 3 *J. of Antitrust Enforcement* 31 (2015), University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>

Sancllemente Arciniegas Javier, “Compliance y derecho de la competencia”, *Justicia* 26 (39), (2021): <https://doi.org/10.17081/just.26.39.3920>.

Schwalbe, U. (2016). *Antitrust Compliance and Abusive Behaviour*. En: Paha, J. (eds) *Competition Law Compliance Programmes*. Springer, Cham. https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/10.1007/978-3-319-44633-2_6

Stephan Andreas, “WHY MANAGERS FORM CARTELS AND WHY IT IS HARD TO STOP THEM”, *Concurrences*. 2020 No. 4 (2020): <https://research-portal.uea.ac.uk/en/publications/why-managers-form-cartels-and-why-it-is-hard-to-stop-them>

Stephan, Andreas, *Hear No Evil, See No Evil: Why Antitrust Compliance Programmes May Be Ineffective at Preventing Cartels* (July 10, 2009). SEE NO EVIL: CARTELS AND THE LIMITS OF ANTITRUST COMPLIANCE PROGRAMS’, Vol. 31, pp. 231-239, *The Company Lawyer*, ESRC CCP Working Paper No. 09-09, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1432340>.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 43218 de 2016.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 41412 de 2018.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 36870 de 2021.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83910 de 2021.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83911 de 2021.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27906 de 2022.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 50340 de 2022.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64389 de 2022.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 42815 de 2022.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37344 de 2022.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3885 de 2024.

Superintendencia de Industria y Comercio. Guía de Orientación para la Implementación de Programas de Cumplimiento en Derecho de la Competencia. (2022)

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30300 de 2023.

Thepot Florence, “Can Compliance Programmes Contribute to Effective Antitrust Enforcement?”, en *Competition Law Compliance Programmes*, editado por J. Paha (2016), 191- 202: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-44633-2_9

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia 167 de 2019.

U.S. Department of Justice Antitrust Division, “Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations”, Estados Unidos 2019, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>.

Wils Wouter P. J., “Antitrust compliance programmes and optimal anti-trust enforcement”. *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1 n.º 1 (2013), 52–81, doi:10.1093/jaenfo/jns006

Young Christopher, “Sales Employees: Balancing Competition and Compliance”, *Journal of Health Care Compliance*, 12 (2010): <https://www.proquest.com/trade-journals/sales-employees-balancing-competition-compliance/docview/753459295/se-2>.