

ANÁLISIS DEL PODER DISUASORIO DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: NORMA JURÍDICA Y AUTORIDAD PÚBLICA

ANALYSIS OF THE DISSUASIVE POWER
OF PROTECTION OF FREE COMPETITION
IN COLOMBIA: LEGAL STANDARDS AND
PUBLIC AUTHORITY

ANÁLISE DO PODER DISSUASÓRIO DA
PROTEÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA
NA COLÔMBIA: NORMA JURÍDICA E
AUTORIDADE PÚBLICA

SANDRA MILENA ORTIZ-LAVERDE*
JESÚS ALFONSO SOTO-PINEDA**

* orcid.org/0000-0001-8220-3634. Universidad Externado de Colombia,
Colombia. Sandra.ortiz@uexternado.edu.co

** orcid.org/0000-0001-7104-1991. Universidad Externado de Colombia,
Colombia. jesus.soto@uexternado.edu.co

RECIBIDO: 07 DE MARZO DE 2017. ENVÍO A PARES: 02 DE MAYO DE 2017
APROBADO POR PARES: 17 DE AGOSTO DE 2017. ACEPTADO: 06 DE SEPTIEMBRE DE 2017

DOI: 10.5294/DIKA.2017.26.2.5

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
SANDRA MILENA ORTIZ-LAVERDE Y JESÚS ALFONSO SOTO-PINEDA, "ANÁLISIS DEL PODER
DISUASORIO DE LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA: NORMA JURÍDICA
Y AUTORIDAD PÚBLICA", EN *DÍKAION*, 26(2) (2017). DOI: 10.5294/DIKA.2017.26.2.5

RESUMEN

El documento analiza la capacidad disuasiva del sistema de protección de la libre competencia en Colombia mediante el estudio de dos facetas jurídicas: la normativa y la institucional. Así, a partir de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, y de la implementación normativa de políticas de competencia disuasivas en terceros sistemas de defensa de la libre competencia, el artículo examina la capacidad disuasoria del sistema implementado en Colombia. Del mismo modo, evalúa el mencionado poder disuasorio de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en sus calidades organizativas y su estructura.

PALABRAS CLAVE

Colombia; competencia; antitrust; disuasión; normativa; Superintendencia de Industria y Comercio.

ABSTRACT

The article analyzes the dissuasive capacity of the system to protect free competition in Colombia by studying its two legal facets: regulatory standards and the institutional component. The dissuasive capacity of the system implemented in Colombia is examined based on the Model Law on Competition of the United Nations Conference on Trade and Development, and on the regulatory implementation of dissuasive policies on competition in third-party systems for the defense of free competition. The article also evaluates the above-mentioned dissuasive power of the Office of the Superintendent of Industry and Commerce, based primarily on its organizational qualities and structure.

KEYWORDS

Colombia; competition; antitrust; deterrence; regulatory; Superintendencia de Industria y Comercio.

RESUMO

Este artigo analisa a capacidade dissuasiva do sistema de proteção da livre concorrência na Colômbia mediante o estudo de duas facetas jurídicas deste: a normativa e a institucional. Assim, a partir da Lei de Defesa da Concorrência, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, e da implantação normativa de políticas de concorrência dissuasivas em terceiros sistemas de defesa da livre concorrência, o artigo examina a capacidade dissuasória do sistema implantado na Colômbia. Do mesmo modo, avalia o mencionado poder dissuasório da Superintendência de Indústria e Comércio, principalmente, com base em suas qualidades organizacionais e em sua estrutura.

PALAVRAS-CHAVE

Antitruste; Colômbia; concorrência; dissuasão; normativa; Superintendência de Indústria e Comércio.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO DISUASORIO EN UN SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA; 2. NORMA JURÍDICA Y DISUASIÓN; 2.1. LOS ELEMENTOS DE LA DISUASIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE *ANTITRUST*: RECOMENDACIONES DESDE LA PERSPECTIVA COMPARADA; 2.2. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA DISUASIÓN NORMATIVA EN SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA: MARCO COMPARADO; 2.3. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA DISUASIÓN NORMATIVA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA; 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SUPERINTENDENCIAS, ESPECÍFICAMENTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO; 3.1. LA FUNCIÓN DE POLICÍA ADMINISTRATIVA. INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL OTORGADAS A LAS SUPERINTENDENCIAS EN COLOMBIA; 3.2. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. NATURALEZA JURÍDICA, FUNCIÓN SOCIAL Y OBJETIVOS; 3.3. EL PODER DISUASORIO DE LA SIC DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA; BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En ciertos ámbitos jurídicos, como el penal, se presentan hoy pocas dudas acerca de la importancia del fortalecimiento del elemento disuasión en el ejercicio de la prevención general del delito. Son muchos los criterios que le confieren al elemento disuasorio mencionado un rol fundamental en la teoría jurídico-penal, tales como el imprescindible conocimiento normativo de las consecuencias a la infracción que deben tener los potenciales transgresores; el cotejo que estos últimos deben estar capacitados para realizar de las consecuencias y los beneficios que apareja la infracción normativa; la fortaleza y suficiencia que deben caracterizar a la(s) institución(es) encargada(s) de aplicar la normativa de referencia, entre otras.

Tal y como en materia penal configura un elemento insoslayable, la disuasión se ha extendido como un imperativo en otros ámbitos jurídicos en los cuales el resarcimiento y la sanción forman parte esencial del sistema. Y es que, en efecto, en dichos contextos se ha interpretado que en otras ramas distintas a la penal, es también imprescindible trasladar a los potenciales infractores la advertencia de que la contravención del marco normativo comporta una amenaza real de sanción.¹ En ese sentido, otros ámbitos del derecho —incluso privados— le han otorgado un mayor alcance al efecto disuasorio, al observarlo como un instrumento con capacidad para fortalecer la protección concreta que ejercen. Es el caso del derecho de la libre competencia, que lo ha erigido —principalmente en materia doctrinal—²

1 Joseph RAZ, *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 39.

2 Así, por ejemplo, merecen ser resaltados los trabajos de Patrica HANH ROSOCHOWICZ, "Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law", en *European Competition Law Review* 25 (12) (2005), pp. 1 y ss. Del mismo modo, Hanna BUXBAUM, "Private enforcement of competition law in the United States - Of optimal deterrence and social cost", en Jurgen BASEDOW (editor), *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Holanda, 2007; Wouter WILS, "The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages", en *World Competition: Law and Economics Review* 32 (1) (2009), pp. 17 y ss.; y Assimakis KOMINOS, "Integrating public and private enforcement of competition law: Implications for courts and agencies", discurso pronunciado en el 16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, el 17 y 18 de junio de 2011, p. 4.

como una de las necesidades del sistema de protección de los mercados,³ mediante el planteamiento de ciertos imperativos con capacidad para vigorizar la materia. A saber: la transparencia de la autoridad pública de competencia, sus instrumentos de investigación,⁴ el ejercicio de programas delatorios⁵ y el refuerzo y la ampliación de su marco sancionatorio. Todos ellos, criterios enfocados en transmitir adecuadamente a las empresas, no solo que resulta poco recomendable poner en práctica conductas contrarias al ideario *antitrust*, sino también que de ponerse en marcha, aquellas tienen altas probabilidades de ser descubiertas y de no implicar mayores beneficios que las consecuencias sancionatorias que deben soportar.⁶

No obstante el creciente interés doctrinal en la disuasión por parte del derecho *antitrust*, la realidad es que la tarea de alcanzar el efecto disuasorio en materia de libre competencia aún está inacabada. Algunos han sugerido —e intentado— potenciar aquel elemento mediante el estímulo de las acciones de daños / responsabilidad ejercidas por competidores, aspecto que si bien se presenta como un complemento apropiado al sistema de protección, requiere a su vez de elementos adicionales suficientemente disuasorios en sede pública, que lo complementen. En ese marco, en un ámbito concreto de protección de la libre competencia como el colombiano —basado principalmente en la aplicación pública de las normas—, el estudio del efecto disuasorio es también esencial, en aras de definir el impacto de la protección de los mercados liderada por la Superintendencia de Industria y Comercio (en lo sucesivo, SIC). Siendo aquella precisamente la razón de ser del presente artículo, toda vez que sus autores entienden que resulta fundamental determinar, mediante la valoración de datos normativos y orgánicos, cuál es el verdadero resultado —en términos de desaliento a la infracción— que puede, y podrá, generar la actuación de la autoridad de competencia en Colombia.

Para lograr aquel derrotero, el presente artículo valorará diversos criterios que se enmarcan en tres facetas, que a su vez configuran las tres partes de este docu-

-
- 3 Harry WOOLF, "Public law – Private law: Why the divide? A personal view", en *Public Law*, summer, p. 221. Del mismo modo, Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, "The Economic Theory of Public enforcement of Law", en *Documento de trabajo* (159) (2000), presentado en la Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, pp. 6-7; y Paolo BUCCIROSSI, Lorenzo CIARI, *et al.*, "Measuring the deterrence properties of competition policy: The competition policy indexes", en *Journal of Competition Law & Economics* 7 (1), pp. 7-11.
 - 4 Valentine KORAH, *An introductory guide to EC Law and practice*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2007, p. 265; Richard WHISH, *Competition Law*, London, Oxford University Press, 2008, p. 269; Jesús Alfonso SOTO PINEDA, "A propósito de un elemento esencial de la defensa de la competencia en Europa: las facultades de investigación de la Comisión en materia de inspección", en *Foro, Nueva época* 16 (1) (2013a), pp. 165-212.
 - 5 Philip LOWE, Conferencia *What's the future for cartel enforcement*, 2003, p. 3; Manuel CONTHE, "Los límites de la clemencia", en *Diario Expansión*, España, 2008, p. 1, en <http://blogs.expansion.com/blogs/web/conthe.html>. Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2016; Jesús Alfonso SOTO PINEDA, "Aproximación a la implementación de los programas de clemencia como instrumentos del Derecho de la competencia", en *Con (Textos)* (3) (2010), pp. 153-175.
 - 6 Sobre el tema, Kasturi MOODALIYAR, *et al.*, "The relationship between public and private enforcement in competition law: A comparative analysis of South African, the European Union, and Swiss law", en *South African Law Journal* 127 (1) (2010), p. 153; y Jesús Alfonso SOTO PINEDA, "La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa *antitrust*", en *Revista de Derecho mercantil* (288) (2013b), pp. 232-237.

mento: i) una teórica, enfocada en definir los extremos del efecto disuasorio en un sistema de protección jurídica; ii) una normativa orientada a valorar en términos disuasorios el marco legal que sustenta la protección de la libre competencia en Colombia; y iii) una institucional, dirigida a determinar principalmente el alcance disuasorio que tiene la existencia y engranaje de la SIC.

Así, en atención a la mencionada estructura, en la primera parte se presentarán los criterios esenciales que provocan el efecto disuasorio en un sistema de protección jurídica con tintes sancionatorios o resarcitorios. A renglón seguido, en la segunda parte, se realizará una evaluación del efecto disuasorio en materia de defensa de la libre competencia, atendiendo al encaje de los elementos de la teoría general en dicho sistema concreto de protección, y, en específico, en las normas que le sustentan. Para ello, se presentarán las recomendaciones de fortalecimiento de la disuasión que alimentan la teoría del *antitrust* desde diversas latitudes, y se examinará su transposición en sistemas de relevancia, para luego analizar si el traslado de aquellas recomendaciones al sistema de protección de la libre competencia en Colombia se ha presentado adecuadamente, o debe continuar potenciando la creación de un efecto disuasorio. Así, en el apartado final se explorará la condición y suficiencia de las bases y los instrumentos que las normas de referencia le han conferido a la SIC en el marco de protección de los mercados, en aras de determinar si los pilares de aquel poder gozan de idoneidad —o no— al configurar en sí mismos un desestímulo a la infracción concurrencial.

En la última parte del documento se intentará evaluar el poder disuasorio de la autoridad de competencia en Colombia, la SIC, con base, principalmente, en sus calidades organizativas —características e inherentes—, así como en sus relaciones con otras autoridades. Valorando, por tanto, su autonomía, independencia, transparencia, compromiso, profesionalidad y las influencias bidireccionales que provoca y soporta en el ejercicio de su actividad.

Con el estudio enunciado, basado en la revisión bibliográfica, en la observación, en la comparativa con sistemas, normativas y autoridades análogas del entorno, se aspira llegar a conclusiones acerca de dos extremos, a saber: i) el nivel real de disuasión que el sistema de defensa de los mercados en Colombia está en capacidad de generar, y ii) los criterios que se deben fortalecer en dicho sistema, en la dirección de provocar un desánimo real en los potenciales infractores, a contravenir el marco normativo de protección.

1. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO DISUASORIO EN UN SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Algunas ramificaciones del derecho están provistas de una capacidad connatural para generar marcos de comportamiento en los ciudadanos, dirigidos a que estos atiendan y cumplan con los lineamientos presentes en las normas que les sustentan. Así por ejemplo, las reformas tributarias provocan una dinámica de seguimiento inmediato por parte de los ciudadanos que, al margen de las inatenciones

que por su naturaleza puedan generar, siempre se encuentran acompañadas de agitación y de un seguimiento activo por parte de los “sujetos pasivos de las obligaciones fiscales”.⁷

Pese a que ese atributo está presente en ciertas áreas jurídicas, brilla por su ausencia en otras tantas, en las cuales resulta necesario un esfuerzo adicional —de diversas aristas— encaminado a garantizar un impacto en los ciudadanos, basado en que estos últimos conozcan la ley, la cumplan y entiendan cuáles son las consecuencias que apareja su inatención.⁸ Uno de los objetivos de ese esfuerzo es crear un entorno disuasorio en torno a la conducta ilegal, que transmita de forma eficaz al potencial infractor que la desatención y el incumplimiento normativo traen aparejadas consecuencias y castigos reales, que deben ser sustento suficiente para cumplir las normas, en razón de las mayores consecuencias negativas —que positivas— que comporta violarlas.⁹

Las normas son el epicentro de los sistemas de protección, por lo que constituyen pieza fundamental de la creación del efecto disuasorio. Aunque no la única, pues de forma complementaria la disuasión requiere de un engranaje institucional y práctico que permita transponer a la realidad la obligatoriedad plasmada en la ley.¹⁰ La doctrina clásica se ha referido al tema identificando los elementos que generan un impacto disuasorio en las facetas normativa y práctica. De las obras de Beccaria,¹¹ Hobbes¹² y Bentham¹³ se extrae que los sistemas de protección con capacidad sancionatoria precisan —en el orden de ser disuasorios— de la coexistencia de los siguientes elementos: severidad, certeza y celeridad, toda vez que la carencia de alguno de ellos puede provocar que los beneficios de la contravención, desde la perspectiva del infractor, sean mayores que las pérdidas o los perjuicios que aquel pueda soportar en caso de ser descubierto.¹⁴

7 Mark GERGEN, “The logic of deterrence: Corporate tax shelters”, en *Tax Law Review* (55) (2001), pp. 255 y ss.; Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, op. cit., p. 22; y Robert COOTER, “Three effects of social norms on Law: Expression, deterrence, and internalization”, en *Oregon Law Review* 77 (1) (2000), p. 15.

8 Al respecto, es relevante el estudio realizado por Martin LEROCH, “Punishment as defiance: Deterrence and perverse effects in the case of expressive crime”, en *CESifo Economic Studies* (2013), 1-22.

9 Dicha valoración del potencial infractor ha sido representada mediante el modelo de utilidad del crimen sugerido por Raymond PATERNOSTER, “How much do really know about criminal deterrence?”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology* 100 (3) (2010), p. 767. Dicho modelo se traduce en: $U(\text{crimen}) = p1(\text{beneficios del crimen}) + p2(\text{costos del crimen}) + p3(\text{beneficios de no cometer el crimen}) + p4(\text{costos de no cometer el crimen})$.

10 PREVENTION RESOURCE CENTER, Preventing underage alcohol access: Essential elements for policy, deterrence and public support, *Documento de trabajo*, Pacific Institute for Research and Evaluation, 2012, p. 14.

11 Cesare BECCARIA, *On crimes and punishments*, New York, Macmillan, 1963.

12 Thomas HOBBS, *Leviatan*, Buenos Aires, Losada, 2003.

13 Jeremy BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, Macmillan, 1948.

14 La existencia de la relación entre la percepción de riesgo de ser sancionado y el incumplimiento informado fue sugerida por los autores clásicos de la teoría disuasiva y ha sido desarrollada desde el punto de vista empírico por una parte importante de la doctrina, que ha interpretado como esencial el comprobar y afianzar su indubitada conexión, en el orden de crear los mecanismos idóneos de respuesta de los potenciales contraventores, en la dirección a la abstención. Lance LOCHNER, “Individual perceptions of the criminal justice system”, en *American Economic Review* 97

En ese sentido, la doctrina más moderna ha secundado aquella perspectiva manifestando que la severidad está relacionada principalmente con la disposición normativa de castigos contundentes por imponer al infractor. Aunque también resulta esencial el traslado a la realidad de esos castigos, por tanto, las consecuencias que a pesar de su rigurosidad sean fruto de un cálculo prudente, que en atención a la legitimidad estén en capacidad de generar un impacto en términos de proporcionalidad.¹⁵

De consuno con la severidad, la doctrina ha defendido la necesidad disuasiva del elemento certeza, traducido en la seguridad que debe tener la sociedad —y por tanto los potenciales infractores— acerca del castigo que implica la contravención, ya que además de la disposición normativa de la consecuencia a dicha infracción, existe un apoyo institucional que, por su idoneidad y eficacia, garantiza consecuencias a la inatención a la ley.¹⁶

Por otro lado, como complemento de la ecuación disuasiva, los estudiosos de la materia han añadido que los elementos previos son insuficientes sin la presencia de la celeridad. Elemento dirigido a garantizar que el espacio de tiempo entre la comisión del ilícito y la consecuencia sea breve y, por tanto, lógico, para generar un verdadero impacto en el contraventor.¹⁷ Así, la celeridad mencionada requiere, al igual que la certeza, además de la determinación clara de términos, procedi-

(1) (2007), pp. 444 y ss. ROSS MATSUEDA, DEREK KREAGER y DAVID HUIZINGA, "Deterring delinquents: A rational choice model of theft and violence", en *American Sociological Review* 71 (1) (2006), pp. 95-122. Véase igualmente la enumeración realizada por SANTIAGO ROCA y EVA CÉSPEDES, "La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú", en *Gestión y política pública* 20 (2) (2011), en la cual se determina que nunca el beneficio de la infracción normativa puede ser mayor que el monto de la consecuencia que apareja dicha contravención. Máxime, si se observa la importante relación que existe entre aquel aspecto y la probabilidad de detección de la infracción, ya que la multa debe estar dispuesta en la ley, a la baja o al alza, de acuerdo con el posible descubrimiento de la contravención por parte de la autoridad encargada de la protección concreta. A mayor probabilidad de detección, menor importe de la sanción, y a menor probabilidad de detección, mayor importe.

15 La influencia de la figura puede ser comprobada en STEPHEN DARLAUF y DANIEL NAGIN, "Imprisonment and crime. Can both be reduced?", en *Criminology and public policy* 10 (1) (2011), pp. 13-54.

16 Aspecto que incrementa su eficacia cuando un potencial contraventor ha recibido y soportado una sanción tras la comisión de un ilícito. SHAMENA ANWAR y THOMAS LOUGHRAN, "Testing a bayesian learning theory of deterrence among serious juvenile offenders", en *Criminology* 49 (3) (2011), pp. 667-698. En contra de aquella hipótesis, GREG POGARSKY *et al.*, "Modeling change in perceptions about sanctions threats: The neglected linkage in deterrence theory", en *Journal of Quantitative Criminology* 20 (4), pp. 343 y ss.

17 El mencionado argumento genera dudas a día de hoy, toda vez que algún sector de la doctrina interpreta que la contigüidad temporal del castigo para el fortalecimiento de la asociación entre la conducta desviada y sus consecuencias, que fue defendida por aquellos que estructuraron la teoría disuasiva clásica, está en entredicho en virtud de estudios posteriores, en los cuales se comprobó que para algunos individuos, el costo que les supone la sanción "demorada" en el tiempo es mayor que el que apareja la sanción que es aplicada con celeridad. GEORGE LOEWENSTEIN, "Anticipation and the valuation of delayed consumption", en *The Economic Journal* 97 (387) (1987), p. 669. Otro sector minoritario de la doctrina, ha profundizado en el aspecto enunciado y ha sugerido que el posible comportamiento *contra legem* de un infractor, no se ve influenciado por el ingrediente de celeridad, toda vez que en su opinión, la evidencia empírica no lanza resultados concluyentes en esa dirección. DANIEL NAGIN y GREG POGARSKY, "Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: Theory and evidence", en *Criminology* 39 (4) (2001), p. 869.

mientos, condiciones y plazos en la ley, de una aplicación eficiente de esta última por parte de la autoridad competente.

Los desarrollos doctrinales que han generado los planteamientos que se esgrimen sucintamente en este documento permiten confirmar que el elemento disuasorio es esencial en los sistemas de protección que incorporan un marco sancionatorio ante la contravención. Si bien la certeza, la celeridad y la severidad configuran los elementos que por antonomasia ha seguido la doctrina, otros criterios se han erigido también como fundamentos importantes de influencia de la disuasión. Así, la garantía del conocimiento de las normas por parte de los potenciales contraventores, y la posibilidad que debe ser otorgada por las “autoridades” a aquellos de realizar una valoración del efecto real que conlleva la infracción, basada en la ponderación de los elementos probabilidad, demora y costo, en el orden que esta arroje —en un sistema disuasorio efectivo— es tal, que las altas posibilidades de ser descubierto, la rapidez de los procesos involucrados y la contundencia en la sanción, no recomiendan poner en práctica la conducta *contralegem*.

Tanto si son tres los elementos que influyen la disuasión, como si son cinco, los ingredientes enunciados pueden ser adaptados a sistemas de protección como el de la libre competencia. Razón por la cual resulta imperativo abordar cómo aquellos ingredientes han sido tomados en cuenta por iniciativas normativas nacionales e internacionales en materia *antitrust*.

2. NORMA JURÍDICA Y DISUASIÓN

La determinación de las consecuencias fruto de una infracción, que se realiza en las normas, resulta fundamental en los sistemas de protección con carácter sancionatorios. Así, el efecto disuasorio del sistema se soporta principalmente en la idoneidad que este tenga de transmitir adecuadamente a la comunidad, los castigos que conlleva la comisión de un ilícito.¹⁸ Castigos heterogéneos que al no tener características estandarizadas —pero sí seguras en términos jurídicos—,¹⁹ deben tener capacidad de generar vacilación en los potenciales contraventores, al no permitirles “predecir” completamente las consecuencias de la infracción.²⁰

En ese sentido, ante las necesidades disuasivas, la norma jurídica configura el pilar del sistema de protección, principalmente en países de tradición continen-

18 Andrew VON HIRSCH, *et al.*, *Criminal Deterrence and Sentence Severity: An Analysis of Recent Research*, Cambridge, The University of Cambridge Institute of Criminology, 1999.

19 La seguridad jurídica resulta siempre imperativa en un sistema de protección. La doctrina ha resaltado aquello, a pesar de que la búsqueda de dicha seguridad pueda implicar algunas concesiones disuasivas al sistema. Fernando SAINZ MORENO, “Seguridad jurídica”, en *Temas básicos de derecho constitucional*, t. I, Navarra, s.e., 2011, pp. 353 y ss.

20 La doctrina ha resaltado que el poder de la norma en aquellos términos está en la variación, pues incluso en sistemas en los cuales la pena privativa de la libertad es la única consecuencia de la infracción, y a pesar de la severidad y contundencia que apareja, dichos sistemas no son suficientemente disuasorios, pues es la incertidumbre que se puede generar en el potencial contraventor, lo que garantiza en mayor medida el cumplimiento de la ley. S. JOHNSON, “Adult correctional services in Canada”, en *Statistics Canada*, 24 (10) (2004), p. 9.

tal. A partir de una base general que marca pautas acerca de cómo estructurar sanciones contundentes y disuasorias que provoquen un impacto real en la comunidad, cada sistema —como por ejemplo el de protección de la libre competencia— debe modular el impacto normativo y transponerlo apropiadamente a la realidad, atendiendo, en especial, a sus características inherentes: potenciales contraventores, cultura, soporte institucional, legitimidad, etc. La defensa de la competencia así lo ha entendido. Por lo que se ha detenido a realizar “recomendaciones y aplicaciones disuasivas” alrededor del globo, que merecen ser reseñadas a continuación.

2.1. Los elementos de la disuasión normativa en materia *antitrust*: recomendaciones desde la perspectiva comparada

La evaluación del elemento disuasorio en materia de libre competencia ha sido recurrente en los últimos quince años. Variadas iniciativas han intentado dar respuesta a la necesidad del sistema de protección de los mercados —con independencia del territorio— de generar un desánimo real en los potenciales infractores de las normas *antitrust*, a poner en marcha prácticas contrarias a su ideario.

Los elementos *severidad*, *certeza* y *celeridad* han sido la base principal de aquellas iniciativas, aunque otros criterios como *la probabilidad*, *la previsibilidad*, *la pérdida que se puede sufrir por parte del condenado* y *el complemento de las acciones privadas* han sustentado igualmente los debates a su alrededor. La doctrina se ha “apoderado” de una parte importante de la teoría penal para identificar los elementos de la prevención que deben adaptarse al *antitrust*. Así, ha defendido desde diversas perspectivas que en aplicación del criterio de *certeza*, una norma de defensa de la libre competencia suficientemente disuasiva debe ser siempre resultado de la implementación de una técnica legislativa impecable, que con claridad determine qué está prohibido y qué consecuencias conlleva la inatención de esa prohibición. La norma, en consonancia con aquello, atendiendo al criterio de *severidad*, debe adherir a un catálogo de sanciones contundentes que se adapten al engranaje institucional del organismo encargado de aplicar las normas,²¹ valorando la importancia de imprimir al proceso una dinámica ágil y eficiente que le permita cumplir sus objetivos (*celeridad*).

Así las cosas, en aquella dirección “prodisuasoria”, los estudiosos de la materia han manifestado que la aplicación de las normas de libre competencia debe ser un ejemplo de eficiencia. Que, en su opinión, solo resulta posible mediante la disposición de procesos rápidos y eficaces incluidos en las normas de referencia, que a su vez se encuentren soportados en una estructura institucional idónea liderada

21 Adecuando sus sanciones al alza en aquellos casos en los cuales la autoridad no tiene capacidad —en virtud de sus recursos— para garantizar la detección y el castigo al no apego normativo, y a la baja, cuando la autoridad tenga aquella capacidad. William SHUGART, “Private antitrust enforcement: Compensation, deterrence, or extortion”, en *Cato Review of Business and Government* (13) (1990), pp. 53-61.

por la autoridad de competencia, secundada por los tribunales, y amparada adecuadamente —sin injerencias— por el poder gubernamental.²²

Por añadidura, de acuerdo con la doctrina mencionada, la protección de la libre competencia tiene importantes connotaciones de amparo del orden público, que de no ser atendidas por potenciales infractores, siempre deben conllevar consecuencias, además de económicas —que tomen en cuenta las condiciones de la infracción y las características de los contraventores—,²³ penales, privativas de la libertad y de carácter criminal,²⁴ que en consonancia con la concreción de procedimientos ágiles, representan el verdadero desincentivo a contravenir las normas *antitrust*.²⁵ Sin perjuicio de la presencia también valiosa y generadora del efecto disuasorio que configuran las acciones de daños y perjuicios ejercidas por competidores que se han podido ver menoscabados por la conducta anticompetitiva.²⁶

Los acercamientos doctrinales mencionados han generado influencia en instrumentos jurídicos de importancia que han surgido en el ámbito internacional. Así

-
- 22 Stacey DOGAN y Mark LEMLEY, “Antitrust law and regulatory gaming”, en *Texas Law Review* 87 (2009), pp. 685 y ss.
- 23 Criterios como la naturaleza del sujeto activo, su volumen de negocios, la trascendencia y capacidad de impacto de sus actuaciones, deben complementar el marco sancionatorio dispuesto en las normas de libre competencia. Aquello puede extraerse de los análisis generales que sobre la multa económica realiza Nuno GAROUPA, “The theory of optimal law enforcement”, en *Journal of Economic Survey* 11 (3) (1997), p. 269. Del mismo modo, resultan relevantes los comentarios al respecto que se realizan en Santiago DAVILA PHILIPPON, “¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones?”, en *Revista de economía y derecho* 9 (35) (2012), p. 93.
- 24 Como parte del sustento de aquella premisa, los estudios que se han presentado en Estados Unidos, de acuerdo con los cuales los carteles se han reducido de forma importante en el pasado reciente, tanto en su funcionamiento, como en su instalación, demuestran que las penas privativas de la libertad se erigen como un elemento disuasorio eficiente. Peter SCOTT, “Go directly to jail”, en *Global Competition Review* 11 (10) (2008), en: <http://www.globalcompetitionreview.com/features/article/12010/go-directly-jail/>. Fecha de consulta: 3 de enero de 2017.
- 25 En contra de aquella premisa, Katalin CSERES, Maarten PIETER SCHINKEL y Floris VOGELAAR, “Law and economics of criminal antitrust enforcement: An introduction”, en *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, London, Edward Elgar Publishing, 2006. Doctrina que se ha visto transpuesta al sistema de protección de la libre competencia de Nueva Zelanda. Así es posible comprobarlo en OCDE, *Policy Roundtables: Cartel Sanctions Against Individuals*, 2003, en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>. Fecha de consulta: 17 de enero de 2017.
- 26 Paolo BUCCIROSSI, Lorenzo CIARI, et al., “Deterrence in competition law”, en *Discussion paper* (285) (2009), pp. 1-29. Los autores valoran el poder disuasorio de la normativa de competencia al otorgar un marco en el cual las acciones privadas prosperen de presentarse ilícitos *antitrust*. Manifiestan, por tanto, que aquel elemento privado es un imperativo de la disuasión general que el sistema debe estar en capacidad de realizar *ex ante*, y que permite evitar que los agentes del mercado pongan en práctica conductas anticompetitivas. Los autores van más allá y manifiestan que la autoridad de competencia no debe tener como enfoque principal la aplicación eficiente de la normativa *antitrust*, sino, por el contrario, la disuasión propiamente dicha, pues con un nivel adecuado de aquella se maximiza el bienestar social. Derrotero que solo puede ser logrado mediante un esquema de eficiencia inequívoco de la propia autoridad y de los tribunales —siempre fundamentado en una normativa que incorpore apropiadamente la intención disuasiva—, que transmita la amenaza real de “aprehensión” a los potenciales infractores y les aleje de la contravención. Se logra así, de forma transversal, un ahorro en sus sedes que les permite centrar sus esfuerzos en garantizar el remedio y la sanción de las conductas anticompetitivas. Como complemento de la postura doctrinal enunciada, véase William SHUGART, “Private antitrust enforcement: Compensation, deterrence, or extortion”, en *Cato Review of Business and Government* (13) (1990), pp. 53-61.

por ejemplo, en aquel que representa el principal esfuerzo de unificación de la materia a nivel global: la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en los sucesivos, Ley Tipo Unctad). En dicha norma se aprecian claramente los tres elementos principales de la disuasión, mediante la implementación de una técnica legislativa que se advierte apropiada. Así por ejemplo, el mencionado instrumento atiende al elemento *certeza*, a partir de la determinación de definiciones claras, la exposición adecuada y completa de las funciones del organismo encargado de la aplicación de la ley, las sanciones por imponer; y lo que es más importante, la definición amplia de las conductas relevantes para la defensa de la libre competencia. En la misma dirección, la Ley Tipo Unctad presta especial atención a la *celeridad*, potenciando aspectos institucionales de la autoridad de defensa de la competencia, tales como la investigación, los enlaces con organismos reguladores, los procedimientos transparentes y eficientes; atiende igualmente al otorgamiento de garantías procedimentales dirigidas a incorporar vivacidad y diligencia a la actividad de la autoridad pública, como son la capacidad para imponer medidas provisionales a las empresas inmersas en investigaciones o aceptar compromisos dirigidos a remediar los efectos anticompetitivos de una conducta relevante. Sin olvidar la atmósfera de búsqueda de la eficiencia —y por lo tanto, *celeridad*— en el proceso de protección de los mercados, que está imbricada de principio a fin en la Ley Tipo Unctad, pues al tener como derroteros principales la prevención de la infracción y su remedio, ampara de forma especial la prontitud en la solución de las conductas con capacidad para deformar el ecosistema competitivo.

La mencionada ley, además de considerar los elementos *celeridad* y *certeza*, parece haber valorado igualmente la importancia del elemento disuasorio *severidad*. De ahí que además de otorgar un desarrollo amplio al aspecto sancionatorio desde el apartado económico —multas—, también haya dispuesto consecuencias penales a la infracción de las normas de libre competencia.

La *severidad* requiere en todos los ámbitos de protección la disposición de castigos variados y rigurosos que desalienten a los potenciales infractores a contravenir el marco normativo. En la defensa de la libre competencia aquel imperativo tiene incluso mayor importancia, pues a pesar de que las decisiones y la ejecución de las mismas usualmente recaen en personas naturales —trabajadores o directivos— las consecuencias concurrenciales que pueden conllevar esas decisiones recaen principalmente en la empresa a manera de multas. Por esta razón, el sistema de protección de la libre competencia requiere de un engranaje de sanciones que sirvan de desestímulo también a las personas naturales que ejecutan las decisiones en nombre de la empresa. La Ley Tipo transpone a su articulado aquella necesidad mediante la disposición de consecuencias de carácter penal, que al igual que las multas, pueden ser graduadas en función de la gravedad de la conducta anticoncurrencial, la voluntad de disimulación y los beneficios ilícitos obtenidos mediante la práctica. Además, la mencionada ley atiende al efecto disuasorio que se obtiene mediante la implementación de la *severidad* en virtud de las acciones

de daños y responsabilidad surgidas de ilícitos *antitrust*, por lo que, en fortalecimiento de aquel elemento, desarrolla igualmente aquella posibilidad de aplicación privada de las normas de libre competencia.²⁷

La Ley Tipo Unctad incorpora, por tanto, un catálogo de elementos que sirven de base a la implementación de un sistema suficientemente disuasorio de protección de la libre competencia. Y lo hace advirtiendo la importancia de aplicar una técnica legislativa apropiada que unifica en un solo cuerpo todas las cuestiones relacionadas con protección de la libre competencia, abordándolas con claridad, calidad y viabilidad. Aspectos que han sido desarrollados como imperativos de la normativa aplicable por parte de la doctrina, que los ha abordado, no solo desde la perspectiva de la *certeza*, *celeridad* y *severidad*, sino también, desde la perspectiva de la probabilidad, el costo y la demora enunciadas en el apartado 1 del presente documento.

El instrumento de la Unctad es un ejemplo de desarrollo de la disuasión que configura un prototipo a tomarse en cuenta en sistemas en crecimiento, pues con algunos matices, ha logrado trasladar a un solo cuerpo normativo las recomendaciones que han surgido en la doctrina especializada proveniente de diversas latitudes, y de las necesidades identificadas por las autoridades, profesionales y practicantes de la materia. No obstante, algunos criterios también importantes para académicos y profesionales han sido trasladados a un segundo plano y no han sido desarrollados, tales como la disposición de consecuencias reputacionales en la norma de competencia, el refuerzo de las consecuencias penales no privativas de la libertad, o la aplicación de un sistema de consecuencias a la infracción que, sin infringir el principio de legalidad, le impida al infractor prever —y calcular— las consecuencias a la infracción, y si las mismas son menores que el beneficio resultante del no apego al marco normativo.²⁸

27 Resulta de relevancia en la comprensión del efecto disuasorio que aparejan las acciones de daños y perjuicios y, por tanto, la aplicación privada de las normas de libre competencia, el estudio realizado por Fiammetta GORDON y David SQUIRES, “The deterrent effect of LIK competition enforcement”, en *The Economist* 156 (4) (2008), pp. 411-432. Del mismo modo, la importancia que al mencionado estudio le han dado trabajos académicos acerca del efecto disuasorio en cuestión, en la búsqueda de la implementación de un sistema privado de aplicación eficiente de las normas de libre competencia. Así por ejemplo, en lo referido al sistema de protección de la libre competencia en Suiza, Kai HUSCHELRATH, Nina LEHEYDA y Patrick BESCHORNER, “The Deterrent effect of antitrust sanctions: Evidence from Switzerland” en *The Antitrust Bulletin* 56 (2) (2011), pp. 427 y ss.

28 Sin embargo, algún sector de la doctrina respalda que la ley de defensa de la libre competencia debe otorgarle al potencial infractor la capacidad de adelantarse a la consecuencia que conllevará la contravención, pues no hacerlo implicaría una desatención al principio de legalidad. A favor de proporcionar un marco sancionatorio completo al infractor, que le permita prever el coste de la violación y valorar si aquel coste es mayor o menor que los beneficios por obtener con la contravención, Frederic JENNY, “Private and public enforcement complements or substitutes?”, en *3rd LEAR Conference on the Economics of Competition Law*, Roma, 2009. Como matiz a dicha postura, Terry CALVANI y Torello CALVANI, “Cartel sanctions and deterrence”, en *The Antitrust Bulletin* 56 (2), pp. 185 y ss. Así, los autores defienden que la generación de un margen de certeza en el infractor, merced de la previsibilidad promulgada por algunas corrientes, puede ser contraproducente. Por lo cual, afirman, que de ser un mal necesario ineludible del sistema otorgar los instrumentos de cálculo del beneficio y el coste a los potenciales infractores, en razón del principio de legalidad, las sanciones deben ver incrementada su contundencia, pues solo de aquel modo se podrá equilibrar ese poder que se le ofrece a los agentes del mercado, y por lo tanto, provocar el efecto disuasorio deseado.

A pesar de aquellas “desatenciones”, la norma tipo de la Unctad y los aportes de la doctrina especializada en materia de disuasión han generado una influencia importante en variados sistemas de defensa de la libre competencia alrededor del globo, con mayor o menor intensidad. Influencias que se desarrollarán a continuación, pues aportan un marco comparado que permitirá delimitar en apartados posteriores el nivel de atención que la protección de la libre competencia en Colombia le ha dado al elemento disuasorio, y si el mismo se adapta a la importancia que en otros sistemas de la región, homogéneos y de relevancia internacional, le han otorgado a aquel criterio.

2.2. La implementación de los elementos de la disuasión normativa en sistemas de protección de la libre competencia: marco comparado

En el marco del derecho comparado resulta habitual iniciar la valoración de los diversos sistemas jurídicos involucrados aludiendo, en primera instancia, a aquellos de mayor relevancia internacional e impacto mediático. En el estudio actual, aquella circunstancia se encuentra presente, no por convicción, como sí por exigencia temática, pues la defensa de la libre competencia tiene como principales referentes globales a Estados Unidos y a la Unión Europea, en virtud de la magnitud de aquellos mercados y la importancia que estos le han dado a la custodia del ecosistema competitivo.

En ese sentido, al ser el principal precedente de la materia y al responder al sistema que mayor importancia le ha conferido a la disuasión, resulta esencial en primera instancia referirse a la presencia de los elementos *certeza, celeridad y severidad* en la defensa de la libre competencia de Estados Unidos.

Así las cosas, el *antitrust* del país norteamericano se encuentra principalmente soportado en tres instrumentos: el Sherman Act de 1890, y los Clayton Act y Federal Trade Commission Act de 1914, preceptos en los cuales se evidencia la toma en consideración de los elementos de configuración de la disuasión desde variadas ópticas que favorecen la aplicación de un modelo dual público-privado. De tal modo, es necesario resaltar en primera medida, que a pesar de ser anteriores a la Ley Tipo Unctad, los tres instrumentos enunciados atendieron al elemento certeza, pues el marco de claridad acerca de aspectos capitales que contribuyen en el fortalecimiento del elemento disuasorio están presentes. Así por ejemplo, la Clayton Act realiza una descripción detallada, en sus secciones 13 y 14, de las conductas restrictivas de la competencia, atendiendo a elementos como el precio, los bienes y servicios, y la cooperación entre empresas, como ingredientes principales de los mismos. Criterios que complementa mediante la disposición de un control de integraciones empresariales, desarrollado con mayor profundidad en directrices emitidas por la Federal Trade Commission y por el Departamento de Justicia, que a su vez encuentran sus bases primordiales en la primera parte de la Sherman Act.

El elemento certeza se perfecciona igualmente en el marco legislativo norteamericano con la determinación inequívoca de la autoridad pública de competencia, los enlaces que debe emprender con otros organismos públicos —especialmente con la Antitrust Division del Departamento de Justicia— y con los tribunales, los poderes de investigación de los que está provista la autoridad, los procedimientos, las publicaciones, los términos y la información institucional anexa. Del mismo modo, la normativa *antitrust* estadounidense determina de forma clara las consecuencias ante la inatención de los preceptos en ella incorporados, y contempla aspectos anexos que le imprimen certidumbre al proceso de protección de los mercados, como lo es el de la remuneración de los profesionales del derecho involucrados, etc.

En cuanto al elemento celeridad, la normativa estadounidense también parece haber prestado especial atención a su impacto, y ha provisto el sistema de una aplicación eficiente público-privada, no solo soportada en la eficacia de la autoridad pública, sino también en la tarea de los jueces nacionales, mediante la determinación de enlaces de cooperación con la autoridad pública, dirigidos a agilizar el proceso y a favorecer que la especialización y el poder de dicha autoridad influya positivamente en la toma de decisiones en sede privada. Aspecto aquel que se encuentra igualmente relacionado con la severidad que también se distingue en la defensa de la libre competencia del país norteamericano, ya que además de disponer de consecuencias penales a la infracción, económicas o privativas de la libertad que involucran a las personas naturales que toman las decisiones anticompetenciales, ha animado a las empresas a convertirse en el “supervisor” primario de las conductas anticompetitivas, mediante el fortalecimiento de las acciones de daños y perjuicios, otorgando en la sección 15 de la Clayton Act una base para promover la litigiosidad en materia de *antitrust*.

En otro sistema de gran evolución concurrencial, como lo es el de la Unión Europea, la dinámica ha sido similar en materia disuasoria. En los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE), se plantan de forma inequívoca las conductas restrictivas por medio de la adopción de una redacción amplia que permite englobar los comportamientos empresariales que surjan de la costumbre y la evolución económica. Entre los artículos 101 y 109 del mencionado Tratado se alude a las bases del sistema que otorgan certeza acerca de las prohibiciones existentes en el marco comunitario. Directivas, reglamentos, recomendaciones y demás instrumentos jurídicos de la Unión Europea complementan el elemento certeza, atendiendo a temas esenciales para la materia, como son los poderes de investigación de la Comisión Europea como máxima autoridad pública de competencia, el programa de clemencia (delatorio), las acciones de daños y la aplicación privada de las normas de libre competencia, los plazos y procedimientos de ambas aplicaciones (pública y privada), las sanciones económicas como epicentro de la consecuencia a la infracción en sede pública, la cooperación entre autoridades, entre otras.

Lo referido a la celeridad también se ha evidenciado como prioridad del sistema de la Unión Europea, pues en el llamado paquete de modernización que emergió prin-

principalmente en el año 2003,²⁹ se promulgó de diversas maneras la idea de creación de un sistema eficiente con capacidad para garantizar respuestas disuasorias a los ilícitos *antitrust*. El Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102 del TFUE),³⁰ es uno de los instrumentos principales de la materia en la Unión Europea, pues unifica en un solo cuerpo la mayor parte de los criterios que le imprimen celeridad a los procedimientos de aplicación en sede pública y privada, y fortalece aún más el elemento certeza. Aunque también vigoriza el elemento severidad, tal y como se observa, especialmente, en los artículos 23 y 24 del mencionado instrumento. En estos últimos se determinan los criterios sancionadores en sede pública, tomando en cuenta ciertos aspectos que le otorgan contundencia a la consecuencia por la inatención de la normativa *antitrust* comunitaria, como son la valoración, en la tasación de la multa, del volumen de negocio del infractor, la solvencia de este, su capacidad de acceso al crédito y la duración de la conducta *contra legem*. Sin olvidar el refuerzo disuasorio que también se otorga vía severidad en dicho Reglamento y en instrumentos complementarios a las acciones de daños y perjuicios.

En consonancia con lo expuesto, los países miembros de la Unión Europea han implementado sistemas nacionales que han priorizado igualmente los parámetros disuasorios aplicados en la defensa de la libre competencia comunitaria. La búsqueda de la eficiencia en la aplicación normativa ha sido siempre un derrotero esencial en los Estados de la Unión. Mediante la implementación de los elementos de certeza y celeridad, dicha eficiencia se ha visto transpuesta suficientemente a los sistemas nacionales. No obstante, el elemento severidad aún se encuentra un tanto rezagado, ya que los marcos sancionatorios dispuestos en las leyes nacionales han demostrado estar un paso por detrás de los verdaderos objetivos disuasorios. Y es que si bien las normas domésticas son un reflejo de la normativa comunitaria de referencia, que valora el volumen de negocio del infractor en la tasación de la multa, no han alcanzado por sí solas a crear un desestímulo a poner en práctica infracciones a las normas *antitrust*.³¹

29 Los textos que conforman dicho paquete, además del Reglamento 1/2003, son: el Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE; así como un compendio de comunicaciones y directrices fechadas el día 27 de abril de 2004, publicadas en el *Diario Oficial* de la Unión Europea C 101/05, las cuales son, a saber: la “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia”, la “Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE”, la “Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación)”, la “Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE”, las “Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”, y las “Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado”.

30 Modificado en lo alusivo a ciertos sectores por los Reglamentos 411/2004 y 1419/2006.

31 A lo que debe añadirse, en el terreno práctico, la tarea de los *lobbies*, de los grupos de presión empresarial y las influencias de poder, que se intuyen como condicionantes de la toma de decisiones, generando así que la severidad, transpuesta en la imposición de sanciones económicas contundentes

Otros sistemas alrededor del globo se han hecho eco de la importancia de atender al elemento disuasorio en la protección de los mercados. Así por ejemplo, en los países del entorno hispanoamericano se observa una atención inequívoca al elemento certeza, que con mayores o menores aciertos en materia de técnica legislativa ha generado grupos normativos cada vez más completos. Lo cual, si bien ha generado excedentes en la protección de los mercados, no demuestra que la certeza en la aplicación de esa normativa y el traslado de aquella a la realidad sea satisfactorio en términos de celeridad y severidad.

En sistemas como el chileno, sustentado principalmente en el Decreto Ley 211 de 1973, se ha buscado equilibrar la normativa con la aplicación, a fin de potenciar criterios que contribuyan a la generación de un panorama eficiente —manifestación de la celeridad disuasiva—. Así, la defensa de la libre competencia chilena ha apostado por la salvaguarda de la independencia de la autoridad de competencia —el Tribunal de Defensa de la competencia— a través de nexos claros y exclusivos con terceras autoridades, funciones basadas en una delimitación bien estructurada de las conductas prohibidas, así como recursos y procedimientos ágiles. Determinaciones apoyadas por acciones de daños y perjuicios ante los tribunales nacionales que se enfocan también en la eficiencia, gracias al apoyo que la autoridad pública presta en sede privada mediante el otorgamiento de recursos, cooperación y colaboración.

México y Perú son también ejemplos idóneos de la atención al elemento disuasorio, pues han logrado alcanzar, tal y como el ejemplo chileno previamente referenciado, niveles altos de certeza y celeridad, gracias al sustento normativo y a la apropiada aplicación de las normas *antitrust*. El elemento severidad es aquel que ha generado algo más de resistencia en la defensa de la competencia de la región, pues con matices, aún no es claro el desestímulo que la consecuencia genera en el potencial infractor, ya que la sanción no le transmite con contundencia que el resultado de la inatención e incumplimiento de la normativa *antitrust* no puede ser compensado —y superado— por los beneficios que se desprenden de la contravención.

En ese sentido, cabe recordar que existen dos esferas en las cuales resulta imprescindible reproducir los elementos de la disuasión —certeza, celeridad y severidad— en un sistema de protección. La primera esfera es aquella que se manifiesta a través de una disposición normativa, de carácter positivo, con capacidad para soportar el sistema sustantiva y procesalmente, y la segunda, de carácter práctico, toda vez que las condiciones normativas deben trasladarse a la realidad e impactar en los potenciales infractores de las normas de referencia, mediante la actividad de los sujetos que, provistos de legitimidad, están encargados de la aplicación normativa. En el marco de la protección de la libre competencia, aquellas dos esferas se observan con claridad, pues además de la norma que sustenta el sistema, la aplicación de aquella normativa recae principalmente en una autori-

tes, a pesar de estar efectivamente incluida en la norma escrita, no sea trasladada con suficiencia a la realidad.

dad administrativa de competencia, criterio que justifica el análisis de aquellas dos esferas que se realizará en las líneas posteriores del presente documento en el caso colombiano.

2.3. Análisis de la implementación de los elementos de la disuasión normativa en el sistema de protección de la libre competencia en Colombia

Resulta pertinente recordar que el sistema de protección de la libre competencia en Colombia gira principalmente en torno a tres leyes: la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, cada una de las cuales modifica y complementa la anterior.³² La primera fue pionera en el ámbito de la libre competencia latinoamericana al incorporar determinaciones concurrenciales básicas.³³ La segunda —el Decreto 2153 de 1992— surgió como respuesta a la política de reestructuración que emprendió la administración pública en Colombia en los años noventa, erigiendo el derecho de la libre competencia como un derecho constitucional dirigido a promover la libertad de los mercados.³⁴

Las mencionadas normas, al margen de su importancia, no son el epicentro de la evaluación disuasiva que se realizará en este apartado, ya que este se basará principalmente en el análisis de la transposición de los elementos que comprenden la disuasión normativa en la Ley 1340 de 2009, principal instrumento de la protección. Al respecto, es de resaltar que un sector importante de la doctrina ha destacado —de forma transversal— la mayor capacidad disuasiva que se percibe en esta norma al ser comparada con sus predecesoras, ya que no solo tipifica de forma más concreta las conductas prohibidas objeto de sanción —circunstancia que se relaciona con la certeza imperativa que requiere una norma disuasiva—, sino que también incrementa de forma considerable la cuantía de dichas sanciones³⁵ —aspecto relacionado con la también imperativa severidad del sistema disuasorio—. Por tal razón, esta norma es más reciente, completa y destacada —en términos prácticos— que sus predecesoras, y en torno a la cual gira principalmente el presente análisis disuasorio, sin que ello obste a que en ocasiones se aluda igualmente a las anteriores normas, aún en vigor.

Así las cosas, en atención a dicha aclaración, es necesario iniciar el presente apartado manifestando que en relación con el elemento disuasorio “certeza”, la Ley 1340 de 2009 estipula de forma sucinta cuál es su ámbito de aplicación y, por tanto, cuáles son las conductas relevantes para la protección de la libre competencia en

32 David BERDEY, Alejandro BECERRA y Pilar CABRERA, “Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia”, en *Cuadernos Fedesarrollo* (44) (2013), p. 1.

33 OCDE, “Derecho y política de la libre competencia en Colombia, examen inter-pares”, 2009, p. 7.

34 *Ibid.*

35 Dionisio DE LA CRUZ CAMARGO, “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia colombiana”, en *REVISTA@ e - Mercatoria* 8 (2) (2009), p 15; y Eliana TORRADO FRANCO, “El régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la Ley 1340 de 2009”, en *Revista de Derecho Privado* (43) (2010), pp. 23-29.

Colombia. Así, la ley atiende en primer lugar a las de naturaleza restrictiva, como son los acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y en segunda, a las integraciones empresariales y su régimen.³⁶ De forma concreta, las conductas que son objeto de sanción con arreglo a la norma en cuestión, en virtud del menoscabo que conllevan para el mercado, se encuentran dispuestas en el artículo 2. Este modelo de definición de las conductas anticompetitivas, a pesar de no adoptar las recomendaciones de mayor taxatividad de la Ley Tipo Unctad, o aquellas que se extraen de sistemas como el de la Unión Europea, que ha desarrollado con algo más de profundidad en sus normas de referencia el acto colusorio y el acto abusivo, resulta en todos los casos más claro que el que se puede encontrar en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959,³⁷ toda vez que esta última simplemente atendía, como prácticas prohibidas, a los convenios que limitasen la competencia, dejando por fuera la posibilidad de castigar el propósito ilícito vinculado con una conducta abusiva atada a una posición de dominio, o incluso, ligada a una concentración empresarial. Además, la Ley 1340 ha venido a desvincular la aplicación de las normas de competencia, de aquellas conductas puestas en marcha por aquellos agentes con importantes cuotas de mercado, tal y como establecía la Ley 155 de 1959, aspecto que configura un acierto de la “nueva ley” y que garantiza que las conductas concurrenciales perniciosas puestas en marcha por agentes “intermedios” del mercado no sean desatendidas. Lo anterior contribuye tanto al grado de certeza como al de severidad que requiere un sistema normativo en aras de potenciar su efecto disuasorio.

Si bien la Ley 1340 de 2009 ha adoptado una técnica más apropiada, sorprende por ejemplo que, en términos de garantía, aún esté un escalón por detrás de iniciativas de mayor eficacia global. Así por ejemplo, en lo relativo al control de integraciones empresariales, se observa que el desarrollo no es el más apropiado, pues si bien es cierto que en la mencionada ley se indica claramente cuáles son las características que debe tener una integración para ser relevante ante la SIC —producirse entre empresas de una misma actividad económica o cadena de valor—,³⁸ éstas sugieren que solo las integraciones horizontales son dignas de análisis, cuando la realidad es que la SIC ha recurrido a una interpretación extensiva de los mencionados requisitos para poder entrar a conocer también los efectos sobre la libre competencia que puedan tener las concentraciones verticales.³⁹ Criterio que si bien es positivo en la práctica, podría ser adaptado a la norma con mayor claridad con arreglo al elemento certeza que esta requiere con miras a adherir el componente disuasorio.

Del mismo modo, también adolecen de claridad las condiciones que deben reunir las empresas a título individual, para que en ellas surja el deber de informar

36 Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

37 Dionisio DE LA CRUZ CAMARGO, “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia colombiana”, *op. cit.*, pp. 15-16.

38 Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

39 OCDE, “Derecho y política de la libre competencia en Colombia, examen inter-pares”, *op. cit.*, p. 27.

sobre estas operaciones a la autoridad. La normativa impone dicha obligación a aquellas empresas cuyos ingresos obtenidos durante el año fiscal anterior superen el número de salarios mínimos legales establecidos por la Superintendencia,⁴⁰ o igualmente supere esta cantidad el total de sus activos del mismo periodo fiscal.⁴¹ Así, es evidente que el establecimiento de un criterio variable, atado al arbitrio de la SIC, en determinación de las circunstancias económicas que deben producirse en una empresa para que surja la obligación de informar una integración en la que esté involucrada, no resulta lo suficientemente apropiado. A lo que se une la discrecionalidad que se otorga a la autoridad para generar unos rangos que pueden conllevar una pérdida de legitimidad de esta frente a los potenciales infractores.

La Ley 1340 de 2009 comete imprecisiones de importancia en materia de integraciones empresariales que repercuten negativamente en el efecto disuasorio de la normativa, pues no traza unos lineamientos suficientemente claros que permitan al potencial infractor justificar en la certeza su acogimiento al ideario de la protección de la libre competencia.⁴²

No obstante aquella realidad, otros aspectos han sido atendidos en mayor medida. Así, en términos generales, en materia de protección de la libre competencia, la posibilidad de la autoridad administrativa de imponer medidas cautelares afecta de forma importante el efecto disuasorio que pueda concedérsele a una normativa de referencia, pues la simple posibilidad de puesta en práctica de dichas medidas provoca que nuevas obligaciones puedan ser impuestas al potencial infractor, adhiriendo un elemento adicional a la ponderación que este último debe hacer entre la realización de la conducta *contra legem* y la abstención. En la Ley 1340 de 2009 es posible hallar definida adecuadamente la acción en cuestión que se encuentra a disposición la SIC en aquellos casos en los cuales considere que pelagra la efectividad de su eventual resolución.⁴³ Sin embargo, no cumple así con este criterio de certeza en lo alusivo a las circunstancias en las cuales la autoridad está en capacidad de determinar aquel riesgo, pues no son enunciadas, ni se establecen criterios que permitan valorar la afectación que una actuación empresarial pueda tener en el proceso seguido por la SIC, criterio que menoscaba la certeza debida del marco normativo de protección de la libre competencia, a pesar del fortalecimiento que configura en materia de severidad.

De forma análoga, también en lo relativo al grado de certeza, pero en relación con los supuestos en los cuales pueden ser multadas personas jurídicas por infracciones a la normativa de libre competencia, el artículo 25 de la Ley 1340

40 Apartado 1º del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

41 *Ibid.*, Apartado 2º.

42 Ejemplo de esto son los supuestos en los cuales la SIC no puede objetar una integración empresarial, pues aquello está condicionado a que los interesados, dentro del proceso, evidencien que los efectos positivos de dicha operación superan los perjudiciales, a través de "estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico", sin que se definan de forma taxativa aquellos criterios que permiten determinar en qué circunstancias o bajo qué parámetros, una metodología posee ese carácter. Artículo 12 de la Ley 1340 de 2009.

43 *Ibid.*, artículo 18.

no permite discernir de forma clara en qué casos una empresa puede ser sancionada, pues contempla como supuesto para ello la “violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia”, sin remitir con precisión a la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, y especialmente a esta última, pues es en ella donde se encuentran recogidos en mayor medida los supuestos que constituyen la colusión, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas análogas.⁴⁴

Sin embargo, en cuanto a los supuestos que permiten sancionar a personas naturales,⁴⁵ sí es posible hallar un catálogo extenso de criterios que describen las acciones y condiciones por las cuales dichas personas pueden ser sancionadas. De hecho, el artículo 26 de la Ley 1340 remite de forma precisa y taxativa a las normas precedentes de protección de la libre competencia: 155 de 1959 y Decreto 2153 de 1992, con miras a favorecer la determinación de la violación. Aunque, no obstante, no dispone de forma concreta los artículos de dichas normas en los cuales se encuentra aquella disposición. Aspecto que sorprende en demasía, pues si bien se intuye que la norma pretende generar un impacto en los tradicionales infractores que por su condición de “persona natural”, han sido aquellos que en menor proporción han soportado las consecuencias de la inatención de la ley —y que además son los que usualmente ponen en práctica la conducta—; dicha circunstancia no debe justificar que se desatienda a los infractores de mayor importancia: los “empresarios colectivos”. De haber sido el objetivo de la Ley 1340 potenciar el efecto disuasorio en las personas naturales, tal vez lo más recomendable hubiese sido dar pasos en la dirección de prever consecuencias de naturaleza penal, pues al limitarse a las sanciones administrativas y económicas restringe la severidad y contundencia del sistema. La Ley Tipo de la Unctad es fundamento de aquella afirmación, pues adhiere dichas consecuencias en su cuerpo y las erige como un elemento esencial que desfavorece la realización de ponderaciones por parte de los potenciales infractores, que les pueden llevar a la infracción y no a la abstención. No se disuade de forma idónea —o por lo menos no de forma suficiente— mediante la inexactitud o la imposición de obligaciones de interpretación. Aquello genera, de acuerdo con lo esgrimido previamente en este documento acerca de las recomendaciones de carácter internacional y de la experiencia comparada, un efecto inverso, que en lugar de desmotivar el ejercicio de la conducta ilícita, abandona en un vacío ciertos criterios esenciales con capacidad para provocar un impacto en los agentes sujetos al cumplimiento de la ley.

La certeza demandada por un grupo normativo de un sistema de protección, requiere de un nivel importante de claridad. Lo contrario repercute negativamente en la conducta del potencial infractor, pues al no garantizarse la transferencia completa de la información que este último requiere para moldear su comportamiento en atención a la consecuencia que puede acarrear su desatención, indirectamente

44 En concreto el artículo 45 de la Ley 2153 de 1992 contiene el catálogo de conductas consideradas anticompetitivas por la normativa colombiana conforme a David BERDEY, Alejandro BECERRA y Pilar CABRERA, “Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia”, *op. cit.*, p. 30.

45 Artículo 26 de Ley 1340 de 2009.

tamente se está potenciando en él la actuación *contralegem*. Fundamento teórico que se aplica a la normativa de protección de la libre competencia en Colombia.

Por otro lado, pero en relación con la misma cuestión, llama la atención que en la Ley 1340, en el artículo 25, relativo a las personas jurídicas, como en el 26 relativo a las naturales, se enuncien con claridad las circunstancias que serán consideradas en la graduación de la sanción. Sin embargo, en lo relativo a la determinación de la cuantía por imponer, únicamente se establece un máximo genérico para todas las conductas, sin distinguir entre infracciones leves, graves y muy graves, con tramos individualizados que favorezcan la capacidad de las empresas para conocer de forma más aproximada la multa que podrá imponérseles de poner en práctica una conducta anticompetitiva. Aquello provoca que la amenaza de sanción difícilmente pueda resultar disuasiva. Primero, porque la discrecionalidad que la norma le otorga a la autoridad, además de menoscabar la legitimidad de esta última,⁴⁶ le puede generar al potencial infractor la sensación de que la indeterminación puede actuar en su favor; y segundo, porque el infractor en potencia ha sido puesto “sobre aviso” acerca de la consecuencia máxima que le podrá ser impuesta, la cual, en la protección de la libre competencia en Colombia, es insuficiente en términos cuantitativos, tal y como la confrontación con otros sistemas permite comprobar, menoscabando la severidad del sistema, y, por tanto, la disuasión que la normativa de referencia está en capacidad de provocar.

En relación con aquella afirmación es necesario resaltar que el grado de severidad de la norma se asocia con la contundencia de la(s) sanción(es) que aquella dispone como estándar para aplicar a supuestos de hecho concretos.⁴⁷ En lo estrictamente circunscrito a la severidad de la sanción que puede ser impuesta a una persona jurídica de acuerdo con la Ley 1340 de 2009, el hecho de que esta última no se limite a imponer como máximo de la sanción el “patrón” de 100.000 salarios mínimos —que es cincuenta veces superior al máximo existente con antelación a la aprobación de esta norma—,⁴⁸ y que permita, si el beneficio obtenido con la conducta *contralegem* es superior, multar a la empresa hasta por el 150% de dicha cantidad, supone un gran progreso en la severidad de la norma y en la creación de un efecto disuasorio real. A *contrariu sensu* de aquel acierto, en la Ley 1340 de 2009 se encuentra limitada a 2.000 salarios mínimos la multa imponible a personas físicas. “Estándar” que puede ser interpretado como insuficiente para garantizar el cumplimiento de los propósitos disuasorios que deben ser intrínsecos al sistema, pues no resulta extraño hallar en la práctica supuestos de hecho concretos en los cuales el beneficio obtenido por los sujetos activos de la

46 También se observa la mencionada discrecionalidad en el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, pues en dicho artículo se alude al “ofrecimiento de garantías suficientes para la terminación anticipada de una investigación”, pero se deja al arbitrio de la SIC la valoración de las garantías en cuestión y de las condiciones relacionadas, sin otorgar unos méritos previos al potencial infractor, que le permitan realizar una valoración en esa dirección.

47 Dionisio DE LA CRUZ CAMARGO, “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia colombiana”, *op. cit.*, p. 23.

48 Eliana TORRADO FRANCO, “El régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la ley 1340 de 2009”, *op. cit.*, p. 3.

infracción supere los perjuicios que deben soportar de ser sancionados,⁴⁹ especialmente en operaciones en las cuales se encuentran involucradas empresas de grandes dimensiones.

La Ley 1340 de 2009 configura un avance disuasorio inequívoco frente a sus predecesoras. Aún así, la norma adhiere luces y sombras, principalmente en virtud de la técnica legislativa empleada en su estructuración y la amplitud e indeterminación con las cuales se abordan ciertas temáticas que son esenciales para la protección de la libre competencia. Sorprende por ejemplo, de manera adicional a lo esgrimido hasta el momento, que un instrumento principal del sistema de defensa de los mercados —ahí donde ha sido implementado—, como lo es el programa delatorio, otorgue a la SIC un nivel de discrecionalidad máximo, que lejos de disuadir en dirección a la no comisión de la conducta anticompetitiva, provoca estructuras colusorias más sólidas, con mayor regulación interna y con mayor complicidad en su interior, al compartir la certeza de que el acogimiento al programa de colaboración con la SIC no otorga la seguridad y certidumbre necesarias para que exista una preferencia del potencial infractor a no coludir, que a coludir. Por ello, si bien es positivo y disuasorio —*per se*—, en las esferas de certeza y severidad, que el programa delatorio esté presente en el sistema, de no adoptar unos lineamientos más claros que evidencien con cierta precisión que acogerse al programa apareja mayores beneficios que no hacerlo, el mismo no generará los excedentes disuasorios requeridos.

Las normas jurídicas suelen ser reflejo del sistema en el cual operan. Por lo que la norma principal en la que se ha basado este apartado es un reflejo del sistema imperante en Colombia. La Ley 1340 debía atender —como efectivamente lo hizo—, principalmente, al *enforcement* y la aplicación que se debía desprender de la norma, y por tanto, a la cultura, los recursos y la capacidad técnica y funcional de la SIC, como autoridad de competencia en el país. De ahí que la Ley 1340 adhiera múltiples “discrecionalidades” en favor de la autoridad. Si bien la norma es el epicentro del sistema, la SIC es el brazo articulado que hace realidad lo dispuesto en la norma, por lo que resulta esencial evaluar a continuación sus condiciones inherentes y su actualidad, con miras a determinar si su posición en materia de protección de los mercados potencia el efecto disuasorio del sistema.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SUPERINTENDENCIAS, ESPECÍFICAMENTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Con antelación a la evaluación del efecto disuasorio que provoca la aplicación normativa de la SIC y su desempeño, es necesario precisar por qué surgen las superintendencias en Colombia y, particularmente, la naturaleza jurídica, fun-

49 Paolo BUCCIROSSI, LORENZO CIARI, *et al.*, “Deterrence in competition law”, en *Governance and Efficiency of Economic System*, Discussion Paper (285) (2009), pp 13-16.

ción social y objetivos que le han sido encomendados a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así las cosas, tal como se indica en la Ley 489 de 1998,⁵⁰ la administración nacional de Colombia se encuentra estructurada entre la organización prevista para la Rama Ejecutiva del poder público de orden nacional, y la estructura de la administración pública.⁵¹ El artículo 38 de la citada ley precisa que hacen parte de esta rama en el orden nacional los siguientes organismos:

1. Del Sector Central: a. La Presidencia de la República; b. La Vicepresidencia de la República; c. Los Consejos Superiores de la administración; d. Los ministerios y departamentos administrativos; e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. 2. Del Sector descentralizado por servicios: a. Los establecimientos públicos; b. Las empresas industriales y comerciales del Estado; c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; [...] e. Los institutos científicos y tecnológicos; f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Tal como se puede observar, las superintendencias se encuentran listadas como organismos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público del sector central, siendo organismos de creación legal —o través de decreto— con autonomía administrativa y financiera, ambos aspectos previstos dentro de la ley de su creación. Sobre este particular volveremos cuando hagamos alusión a la autonomía con la que cuenta la SIC para el ejercicio de sus funciones. Su mayor particularidad es que son los entes encargados de la función de inspección y vigilancia de aquellos sectores que les han sido encomendados y atribuidos por ley, o por delegación presidencial.

En el citado artículo se realiza una distinción entre las superintendencias con personería jurídica y sin personería jurídica. Estas últimas, como indica el artículo, harán parte del sector central y las primeras del sector descentralizado.⁵² En este último supuesto, estarán sujetas al régimen jurídico en la ley —o decreto— de su creación, y en lo no contemplado se remitirán a lo previsto por la Ley 489 en materia de establecimientos públicos, en el artículo 82.⁵³

50 Ley 489 de 1998, de diciembre 29, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 910 de 2000, por la cual se dictan normas sobre la organización y el funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política, y se dictan otras disposiciones.

51 Libardo RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo. General y colombiano*, Bogotá, Temis S.A., Santa Fe de 2000.

52 *Ibid.*, pp. 82 y ss.

53 "Artículo 82º. Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica. Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica, son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al

En lo que respecta a sus funciones, la citada ley no precisa un catálogo taxativo de aquellas que tienen a su cargo, por tanto, se entiende que dichas funciones son aquellas previstas en la ley de su creación o en las leyes mediante las cuales se ha reorganizado cada superintendencia y se le han otorgado nuevas facultades. Tal como lo hemos anunciado previamente, su principal función es la de inspección y vigilancia de aquellas actividades que se han considerado como vitales y fundamentales en el marco de las actividades económicas.⁵⁴

3.1. La función de policía administrativa. Inspección, vigilancia y control otorgadas a las superintendencias en Colombia

Como primera medida, en el presente apartado resulta relevante partir de un interrogante: ¿qué debe entenderse por inspección, vigilancia y control, en el marco de las actividades que deben desarrollar estos organismos?

Así, en respuesta a dicho cuestionamiento, vale recordar que dentro de las actividades que desarrolla el Estado se encuentra la de policía. Actividad administrativa tradicional que coincide con otras tantas de la misma naturaleza, basadas en la intervención del Estado en la economía⁵⁵ y en el mantenimiento del orden público, a través de la imposición de requisitos, limitaciones, prohibiciones y cargas a los agentes económicos.⁵⁶ De allí que surja la necesidad de que la administración cree un conjunto de entidades complementarias denominadas superintendencias, encargadas del ejercicio de un conjunto de poderes y de facultades de policía orientadas al mantenimiento, la preservación y el restablecimiento del orden público, que comprende todos aquellos elementos necesarios para la conservación de las relaciones sociales: seguridad, competencia, salubridad,⁵⁷ entre otros, como aspectos por vigilar y controlar por parte del Estado, en el cumplimiento de los fines constitucionales.⁵⁸

El Consejo de Estado, sobre el particular, ha precisado qué debe entenderse como policía administrativa,

régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”.

- 54 Alexandra OLARTE RUSSY, “Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funcionamiento”. Trabajo para optar por el título de abogado. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- 55 Camilo PERDOMO VILLAMIL, “Regulación económica: caracterización y control”. Tesis de grado 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- 56 Alexandra OLARTE RUSSY, *Las funciones de inspección, vigilancia, op. cit.*, p. 20.
- 57 José ESTEVE PARDO, “Poder de policía administrativa económica: el encuadre de la regulación económica en el sistema del derecho público”, en *Revista General de Derecho Administrativo* (20) (2009), Madrid, Iustel.
- 58 Camilo PERDOMO VILLAMIL, *Regulación económica: caracterización y control, op. cit.*, p. 55. “Es decir, el Estado, con el fin de garantizar el creciente espectro de derechos consagrados en el ordenamiento jurídico (segunda y tercera generación), interviene con medidas fundamentalmente preventivas (autorizaciones) y represivas (sanciones) con el objeto de preservar el orden económico”.

... según nuestra legislación, este comprende el poder de policía, la función de policía y la mera facultad para expedir normas generales, impersonales y preexistentes reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad, o sea, hacer la ley policiva, dictar reglamentos de policía. Igualmente [...] la función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como los superintendentes, los alcaldes y los inspectores.⁵⁹

Como actividad en cabeza del Estado, la policía administrativa ha sido clasificada por la doctrina en dos clases: la primera se denomina policía administrativa general, encargada de la preservación del orden público, esto es encargada de la preservación de la seguridad pública, de la tranquilidad y la salubridad, como elementos fundamentales que deben ser garantizados para el correcto funcionamiento de la sociedad.⁶⁰ La segunda es la policía administrativa de carácter especial, que a su vez se divide en dos grandes grupos, un primer grupo encargado de garantizar las actividades tradicionales de policía sujetas a regímenes especiales, como sucede con la policía de turismo, la policía administrativa en materia de extranjería, entre otras. En el segundo grupo de la policía administrativa especial encontramos las actividades que desempeñan las superintendencias, encargadas del ejercicio de tres funciones específicas para la conservación del orden público económico, como son las de inspección, vigilancia y control, en áreas de vital importancia para la sociedad que requieren de entes especializados. Así, en áreas como la financiera y bursátil, la societaria, bancaria y de industria y comercio. En este último ámbito se encuentran actividades como la de competencia.

Sobre el particular, la Corte Constitucional colombiana⁶¹ ha venido a precisar qué debe entenderse como funciones de inspección, vigilancia y control dentro del marco de la actividad de policía administrativa:

Las funciones de inspección, vigilancia y control se caracterizan por lo siguiente: (i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones. Como se puede apreciar, la inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control.

59 COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 3887, 4247 10/06/90.

60 Libardo RODRÍGUEZ, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, op. cit., pp. 425 y ss.

61 COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 2012. Bogotá D.C., 18 de julio de 2012. P. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Todas estas son atribuciones otorgadas a las superintendencias.

En ese sentido, un aspecto fundamental para determinar el poder disuasorio de las funciones encomendadas a la SIC —y su práctica— es determinar quién es el titular de las funciones y por qué estas son delegadas por parte del presidente o por parte de la Ley.

Así pues, algunas de las funciones de las superintendencias son titularidad del presidente de la República, como podemos observar en el artículo 189, numeral 24, de la Constitución Política, que indica que:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa [...] 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la Inspección, Vigilancia y Control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo sobre las entidades cooperativas y sociedades mercantiles.

Las funciones anteriormente descritas en el artículo constitucional mencionado, corresponden a las encomendadas a las superintendencias de Sociedades, Financiera y de Economía Solidaria.

Adicionalmente, el artículo 189 de la Carta, en su numeral 22, indica que el presidente es titular de la función de inspección y vigilancia en materia de prestación de servicios públicos, función que actualmente es desempeñada por las superintendencias de Salud, de Vigilancia y Seguridad Privada, de Servicios Públicos Domiciliarios, de Notariado y Registro, de Subsidio Familiar y General de Puertos. Otro grupo de facultades de inspección, vigilancia y control son atribuidas directamente por las leyes de su creación, y es el Congreso de la República el encargado de asignarlas a entidades —como las superintendencias— sin que medie delegación alguna. Esto, conforme a lo previsto en el artículo 150, numeral 7, donde se indica:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades de orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la Constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Conforme a lo anterior, las facultades en materia de inspección, vigilancia y control encomendadas a la SIC las encontramos en este último grupo, como facultades dadas por el Congreso de la República.⁶²

62 Alexandra OLARTE RUSSY, *Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funcionamiento*, op. cit., p. 27.

3.2. SIC. Naturaleza jurídica, función social y objetivos

La SIC es un organismo de carácter técnico,⁶³ adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano. Es un organismo creado en el año 1974 mediante el Decreto 623,⁶⁴ con un amplio catálogo de funciones, entre ellas la de “Velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959 y las que la adicionan y reforman”.

El verdadero papel de la SIC, como máxima autoridad en materia de competencia, se empieza a dimensionar con el nuevo modelo económico introducido por la Constitución de 1991, particularmente en lo dispuesto en el artículo 333 de la Carta.⁶⁵ De allí que fuera necesario efectuar una reestructuración de sus funciones y de su estructura, dotándola de autonomía financiera y presupuestal, como un aspecto fundamental para el cumplimiento de sus funciones, mediante el Decreto 2153 de 1992.

El objetivo de este Decreto, tal como se enunció, fue que las nuevas facultades que se le otorgaran a la Superintendencia respondieran a la nueva realidad social y económica del momento, y tuviesen capacidad para adaptarse a los cambios. No obstante, y a pesar del acierto que aquello configuró, no se consideró en aquel momento la posibilidad de escindir las funciones propias de competencia en dos: un órgano

63 La principal característica que justifica la existencia de la Superintendencia es la diversidad de servicios de carácter cualificado que presta, la complejidad técnica y los conocimientos específicos con los que se debe contar por parte de funcionarios preparados y con una dedicación absoluta para el ejercicio de las diversas actividades asignadas en las leyes de su creación y las relaciones que tienen con los diversos órganos del Estado, lo cual permite que se compongan exclusivamente por técnicos y no políticos, a fin de garantizar su independencia.

64 Artículo 1o. de la Superintendencia de Industria y Comercio. Decreto derogado por el artículo 45 del Decreto 149 de 1976: “La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de la autonomía administrativa establecida en el presente Decreto y encargado de hacer cumplir las leyes y decretos relacionados con las actividades sujetas a su control y vigilancia”.

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

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

autónomo que se encargase de la promoción y defensa de la libre competencia,⁶⁶ y otro encargado de las funciones que inicialmente le habían sido atribuidas a la Superintendencia en el acto de su creación.⁶⁷

Con el objetivo de dotar de una mayor autonomía a la SIC, y con el fin de lograr una homogeneización de la naturaleza y el régimen jurídico de las autoridades administrativas que ejercen inspección, vigilancia y control, la Ley 1151 de 2007⁶⁸ otorgó personería jurídica a la SIC y a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, con el objeto de que estas funciones, aunque especializadas y sectoriales —pero similares en esencia—, fuesen desarrolladas por entidades de igual naturaleza y régimen jurídico, tal como se consagró en el artículo 71 de la citada Ley, donde se indicó:

Personería jurídica y adscripción, programa para la consolidación de la intervención económica del Estado. En desarrollo de este Programa, dótese de personería jurídica, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores y adscribase esta última y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública al que se refiere la Ley 43 de 1990, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Se mantiene vigente. (Énfasis agregado)

El dotarla de autonomía administrativa, personalidad jurídica propia e independencia administrativa, financiera y presupuestaria se traduce en que la entidad tenga capacidad para definir su estructura interna y la distribución del personal necesario para garantizar el cumplimiento de las funciones previstas en la Ley. Esto sugiere que su fuente de financiación no solo proviene del presupuesto nacional, sino de otros ingresos procedentes de las multas y sanciones que esta entidad imponga por —principalmente— la transgresión al régimen de competencia y el de consumo. Su independencia deviene de cómo se gestiona internamente, cómo distribuye las funciones encomendadas dentro de la planta de personal o cómo puede suplirlas contratando los servicios con terceros. Pero no se puede considerar como un ente independiente propiamente dicho, ya que la entidad pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público, y está sujeta a controles e intromisiones tácitas de diversa naturaleza. De ahí que no se pueda predicar plenamente su independencia⁶⁹ y la misma haya sido —y sea— cuestionada —así como su neutralidad en la

66 La Superintendencia de Industria y Comercio no es una entidad encargada exclusivamente de la aplicación de las normas en materia de libre competencia y promoción de la misma, sino que tiene encomendada la labor de cuatro áreas claves para la economía, como son: protección al consumidor, el subsistema nacional de calidad, la legislación en materia de propiedad intelectual y la supervisión de registros públicos delegados a las cámaras de comercio.

67 Historia de la SIC. La enmienda conllevó a la especialización funcional de la entidad; la eliminación de labores que deberían ser adelantadas por otras entidades, particularmente del nivel descentralizado territorial; la abolición de trámites y requisitos innecesarios, los cuales suponían obstáculos a la iniciativa privada y el reconocimiento de la idoneidad y aptitud de los particulares para desempeñar ciertas labores que en el pasado se radicaron en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, en <http://www.sic.gov.co/historia>

68 Ley 1151 de 2007, de julio 24, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.

69 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. I. Madrid, Thompson-Civitas, Madrid, 14 ed., 2008.

toma de decisiones—,⁷⁰ pues está expuesta a una sensación de injerencia directa o transversal del Ejecutivo, que no puede ser desconocida.

En atención a la importancia e incidencia del derecho de la competencia en las relaciones sociales, en Colombia se entendió, en un momento de gran relevancia económica, que era necesario un cambio, una modificación de aspectos básicos del régimen de competencia. Aquella intención suscitó los cambios enunciados previamente, de otorgamiento de personalidad jurídica y mayor autonomía financiera y presupuestaria para el cumplimiento de las tareas a ella encomendadas, en pro de obtener garantías en materia de competitividad e inversión. Este proceso culminó con la expedición de la Ley 1340 de 2009,⁷¹ la cual, en la modificación del régimen de competencia vigente,⁷² definió a la SIC, en su artículo 6,⁷³ como única autoridad en materia de competencia, con potestad para aplicar la normativa de referencia en todos los sectores.⁷⁴

70 José Manuel SALA ÁRQUER, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes", en *Revista de Derecho Administrativo* (42) (1984), pp. 401-422. Así, "La posición jurídica de las administraciones independientes va a quedar, pues, definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del Gobierno, y sus principios destinados a salvaguardar la unidad de la acción del Estado. De ahí que el resultado de esa tensión consista siempre en una solución de compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan solo cabe una 'influencia limitada'. El problema reside entonces en determinar hasta dónde puede llegar esa influencia gubernamental, sin desnaturalizar el carácter propio de estos organismos, y en fijar cuáles pueden ser las legítimas garantías de su independencia. Ahora bien, este análisis debe hacerse diferenciando los dos grandes grupos a que antes hemos hecho referencia: las administraciones independientes por razones técnicas o económicas- la neutralidad de los expertos y las administraciones cuya independencia viene exigida como parte de las garantías de un derecho fundamental".

71 Ley 1340 de 2009, de julio 24, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

72 Alfonso MIRANDA LONDOÑO, *El diseño de la Autoridad de competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas*, Bogotá D.C., Cedec, 2012.

73 "Capítulo III. Autoridad nacional en materia de protección de la competencia. Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. Parágrafo. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio".

74 Jairo ESCOBAR RUBIO, *Derecho de los mercados*, Bogotá, Legis, 2010. "Uno de los temas que más controversia ha generado en nuestro país, en materia de competencia, es el relativo a la naturaleza de la entidad que debe conocer de las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia y sobre el control ex ante de las integraciones empresariales. Y aunque esta controversia ha sido resuelta, por expertos internacionales que han analizado el tema, a favor de una autoridad única, como se planteó en documentos anteriores, acá se quiere llamar la atención sobre la necesidad de que esa autoridad única sea colegiada, especializada e independiente. La exigencia de que la autoridad sea única debería llevar a que las funciones actualmente asignadas a la Superintendencia -que tiene la cláusula general de competencia- y a las superintendencias Financiera y de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión Nacional de Televisión y al Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil sean transferidas a esa autoridad única. Son varias las ventajas que el país podría llegar a obtener si contara con una autoridad administrativa única y especializada que en adelante cumpliera estas funciones de vital importancia para la competitividad de la economía nacional y para el bienestar general de los consumidores". En igual sentido, Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010. Bogotá, D. C., 30 de junio de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Conforme a la legislación vigente, la Superintendencia actualmente tiene como misión y visión:

Misión: la SIC salvaguarda los derechos de los consumidores, protege la libre y sana competencia, actúa como autoridad nacional de la propiedad industrial y defiende los derechos fundamentales relacionados con la correcta administración de datos personales.

De esta manera, la SIC es parte fundamental en la estrategia estatal en favor de la competitividad y la formalización de la economía, lo cual incluye la vigilancia a las cámaras de comercio y la metrología legal en Colombia.

Visión: seremos reconocidos como una Entidad líder en el control y apoyo a la actividad empresarial y en la defensa de los derechos del consumidor colombiano y de la protección de datos personales.

Para el efecto, se consolidará una estructura administrativa soportada en un talento humano que se distinguirá por su profesionalismo y compromiso y con una clara orientación de servicio al país y en un sistema integrado de gestión, apoyado en procesos automatizados que atenderán los requerimientos de los usuarios institucionales.⁷⁵

3.3. El poder disuasorio de la SIC desde el punto de vista de su autonomía e independencia

Algunos de los aspectos imperativos que resultan necesarios en el análisis del poder disuasorio de la SIC se relacionan con la autonomía e independencia que esta tiene en el desarrollo de sus funciones. Estos aspectos no solo se predicen de las superintendencias en el país, sino también de las comisiones de regulación y similares, que configuran importantes garantías frente a la administración⁷⁶ y la comunidad, en virtud de su carácter inherente.⁷⁷ Sin embargo, los mencionados

75 Ley 1340 de 2009, artículo 6.

76 Francisco Javier JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el derecho público español: Tipología y régimen jurídico*, Alcalá de Henares-Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. Este autor señala que dichas garantías se concretan en:

"Carácter Orgánico: donde la designación de los miembros directivos de dichos Organismos, requieren de la participación conjunta tanto de las Cortes Generales como del Gobierno. Asimismo, los nombramientos están supeditada exigencia de una serie de condiciones, como es la de acreditar la capacidad tanto profesional, competencia y experiencia en el campo correspondiente. El carácter colegiado de este tipo de Organismos, estableciéndose un sistema de mayorías para la toma de decisiones por parte de la entidad. El establecimiento de un plazo de duración de los mandatos de los directivos, superior al de la legislatura, lo que se traduce en una de los principales instrumentos para garantizar la independencia de los directivos para el desempeño efectivo de sus funciones. Y por último, para cerrar este conjunto de funciones, el establecimiento de una lista cerrada de motivos por los cuales se producirá o bien el cese o la destitución de los directivos.

Garantías funcionales: la asignación de competencias propias y facultades de actuación con autonomía respecto a la Administración General del Estado, lo que implica que la creación de este tipo de Organismos implica la eliminación de las facultades de dirección característica típica de las relaciones de jerarquía entre los órganos pertenecientes a una persona jurídica, o ente el Estado u otro tipo de organismos autónomos, así como, la eliminación de las órdenes, instrucciones y del poder de sustitución de sus decisiones por otras dictadas por órganos de la Administración Central del Estado y, consecuentemente con ello, quiebra del sistema ordinario de alzas y, finalmente, aplicación de un control de mera legalidad sobre sus actos".

77 José Ramón PARADA VÁZQUEZ, "Las administraciones independientes. Origen y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas", en VV.AA., *Administración instrumental*.

elementos no pueden ser entendidos de forma absoluta, ni en la dirección de considerar a las superintendencias —y en concreto a la SIC—, entes aislados de la Administración, ni en considerarlas administraciones en sentido estricto, o entes desligados de los demás poderes estatales, ya que su alto grado de autonomía e independencia lo impide:

Para comprender este debate entre vinculación e independencia, y la solución a la que se ha llegado, debemos interpretar estos términos, en el contexto en que son utilizados; cuando la ley habla de independencia de estos entes no lo hace para reconocerles una independencia rigurosa o estricta y menos aún absoluta.⁷⁸

De ahí que sea necesario revisar cuál es el grado de autonomía e independencia real de la Superintendencia en atención al nominador, el presidente de la República, así como al régimen de adscripción al Ministerio de Industria y Comercio de la entidad.

Una de las soluciones al problema de la autonomía se concretó con la expedición del Decreto 4886 de 2011 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por medio del cual se modificó la estructura de la SIC, se determinaron las funciones de sus dependencias y se dictaron otras disposiciones.

Así, uno de los aspectos más cuestionados por parte de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE),⁷⁹ al efectuar una revisión de la estructura y las funciones de la SIC dentro del proceso de ingreso de Colombia a la mencionada organización, fue el de la institucionalidad y la forma de designación del superintendente de Industria y Comercio, debido a que la designación de aquel y su remoción le competen al presidente de la República. Este aspecto no permitía determinar —y percibir con claridad— la independencia de la autoridad frente al Ejecutivo en la toma de decisiones y en el régimen y la práctica sancionatoria de las protecciones que ejerce. Por ello, la OCDE sugirió que el sistema podría estar involucrado con cierto nivel de injerencia del Ejecutivo en el ejercicio de las potestades de la SIC.

Observando las recomendaciones dadas por la mencionada Organización, se efectuó una revisión de las condiciones, así como de las calidades necesarias para designar a los superintendentes, y en este caso concreto, para elegir al superintendente de Industria y Comercio. Las modificaciones en cuestión se incorpora-

Libro Homenaje a M. F. Clavero Arévalo, Madrid, Civitas, 1994; José Ramón PARADA VÁZQUEZ, "Administración independiente (Introducción)", en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. I, Madrid, Civitas, 1995, pp. 284-292.

78 Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1993.

79 OCDE y BID, *Derecho de la competencia en Colombia. Examen inter-pares*, 2009, en <https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2017. En igual sentido puede verse el estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de Telecomunicaciones en Colombia, elaborado por esta Organización en 2014, donde se efectúa la revisión del marco institucional del sector TIC, donde se consideró indispensable que se garantizara la independencia del regulador de la autoridad de competencia.

ron en el Decreto 1817 de 2015,⁸⁰ como aspectos fundamentales para garantizar la independencia de dicho funcionario. Para tal efecto, se establecieron una serie de calidades imperativas para ser cumplidas por parte de los aspirantes al cargo, a saber: contar con un Título profesional y título de posgrado en la modalidad de maestría o doctorado en áreas afines a las funciones del empleo que se va a desempeñar, y contar con 10 años de experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo, adquirida en el sector público o privado, o mediante experiencia docente en el ejercicio de la cátedra universitaria en disciplinas relacionadas con las funciones del empleo.

Un aspecto que incorpora la norma es que será designado el aspirante que cumpla no solo con los requisitos, sino que atienda a la invitación pública que realizará el presidente, para que los aspirantes sometan su hoja de vida a consideración para ocupar el respectivo cargo; el nominador está empoderado, si lo considera oportuno, para convocarlos a entrevista. Se cuestiona la ausencia del legislativo en la labor de designación del superintendente dada la importancia de las funciones y actividades encomendadas a la SIC. Con la participación del legislativo el análisis del perfil puede ser más profundo y detallado, por el valor de sus conocimientos y la visión general de la entidad. De esta manera configura una legitimación democrática en capacidad de refrendar la designación del funcionario por parte de otra rama del poder público,⁸¹ y le otorga a la persona designada el poder que requiere para el ejercicio de su cargo, además de por sus méritos y currículum, por la constatación de sus conocimientos en materia de competencia y consumo, como principales actividades encomendadas a la SIC.

Un aspecto novedoso de la reforma, que no permite garantizar la independencia del superintendente, es que este será nombrado por parte del presidente para el respectivo periodo presidencial. Bajo la experiencia comparada, se considera que un aspecto fundamental que permite garantizar la independencia de los máximos organismos o directivas de las entidades es desligar el periodo para el cual son designados, del periodo presidencial. En este caso, la norma no permite que se garantice una total independencia del superintendente debido a que estos coinciden. No obstante, es posible también interpretar aquella circunstancia desde otra perspectiva, bajo la cual el amparo del Ejecutivo, soportado en una estructura de mayor solidez, le confiere una evolución paulatina de independencia y autonomía al cargo y a la autoridad.

Ahora bien, al margen de aquella circunstancia, pero igualmente en lo referido a la independencia y autonomía mencionadas, uno de los principales inconvenientes del sistema se presenta en virtud de que la Superintendencia no se dedica de

80 Decreto 0001817 de 2015, de septiembre 15, por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y la remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades.

81 Sandra Milena ORTIZ LAVERDE, Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC, Memoria para optar por el título de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2014.

forma exclusiva a la aplicación de la normativa de Competencia, a pesar de ser la única autoridad encargada de ella, conforme al artículo 6 de la Ley 1340 de 2009. Tal como lo precisó la OCDE en el 2009,⁸² tanto el superintendente de Industria y Comercio como el superintendente delegado en materia de competencia desarrollan tareas de otras naturalezas, y la delegatura en materia de competencia no cuenta con facultades propias. Aspectos que no fueron subsanados en la Ley 1340 de 2009 y que a su vez adhieren mayor profundidad, con arreglo a la realidad del nombramiento y “retiro” del superintendente delegado para la competencia, quien puede ser efectivamente removido de su cargo por parte del superintendente de Industria y Comercio, lo que genera una dependencia del primero sobre este último en el ejercicio de sus funciones,⁸³ y no permite garantizar una plena independencia entre las labores de investigación y decisión.⁸⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, no solo es necesario una modificación del modelo vigente de protección de la libre competencia, sino una reforma de variados criterios, que se encuentran contenidos en el Proyecto de Ley 038 de 2015 por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la SIC, y se dictan otras disposiciones.⁸⁵ Lo que se requiere efectivamente es una verdadera modificación que se configure mediante la consolidación de una autoridad de competencia que se nutra de la experiencia pasada, pero también, de la experiencia comparada surgida del estudio de terceras autoridades de competencia alrededor del globo, toda vez que gracias a aquellas atenciones será posible consolidar un sistema de mayor colegiatura en el cual la unipersonalidad sea apartada, favoreciendo la especialización y el enfoque exclusivo a los asuntos de libre competencia y a la aplicación de la normativa que les sustenta.⁸⁶ Solo de dicha forma la disuasión del sistema se verá complementada, ya que al eliminar la individualidad y la injerencia del Ejecutivo, la protección de la libre competencia obtendrá legitimidad, especialización y técnica, e impactará positivamente en los mercados, a través del envío de un mensaje claro que permita a los potenciales contraventores comprender que los costos de la infracción al marco de referencia de la libre competencia pueden ser mayores que los beneficios obtenidos con la misma de ser puesta en marcha.

La creación de una autoridad colegiada de competencia que goce de independencia, con profesionales especializados en la aplicación de la normativa de libre competencia —empleados públicos o trabajadores oficiales—, permitiría una aplicación adecuada del derecho de la competencia, y un incremento del poder disuasorio de la autoridad de competencia, lo cual a su vez permitiría dimensionar su papel

82 OCDE y BID, *Derecho de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares*, op. cit., pp. 9 y ss.

83 Decreto 1687 de 2010, artículo 3, numeral 50. Funciones del superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del superintendente de Industria y Comercio: “50. Nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo con las normas vigentes”.

84 Alfonso MIRANDA LONDOÑO, “El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas”, op. cit., p. 8.

85 Alfonso MIRANDA LONDOÑO, *Análisis del Proyecto de Ley 038 de 2015 por la cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones*, Bogotá D.C., Cedec, 2012.

86 OCDE y BID, *Derecho de la competencia en Colombia. Examen inter-pares*, op. cit., pp. 65 y ss.

y aceptación por parte de la sociedad, como garante de la estabilidad económica y de la competencia. Esto implicaría que la autoridad contara con amplios recursos humanos y presupuestarios para garantizar el cumplimiento de las funciones impuestas y la protección de la competencia.

Del mismo modo, es necesario tomar en cuenta un aspecto adicional que influencia la consolidación de un efecto disuasorio en la SIC, y es aquel referido a otorgar garantías respecto de la independencia de la autoridad frente al Gobierno. Este aspecto pretendió ser enmendado con la expedición del Decreto 0001817 de 2015, de septiembre 15, que incorporó un conjunto de reglas para la designación del superintendente, pero que no quedó suficientemente solventado del todo con el mencionado decreto,⁸⁷ lo que provoca una extensión de los inconvenientes de independencia, autonomía y legitimidad que se perciben en la realidad de la SIC.

Por último, debe destacarse que para que sea garantizada la neutralidad de la entidad resulta imperativo que se pueda contar con una separación efectiva entre las labores de investigación e instrucción y del encargado de proferir el fallo, en el entendido de que si bien la investigación puede ser adelantada por personal especializado, el acto definitivo por el cual se adopta la sanción es proferido por un funcionario que no es independiente, neutral e imparcial, que es el superintendente delegado de Promoción de la Competencia, cuya designación y remoción está en cabeza del superintendente de Industria y Comercio. Adicionalmente, es indispensable que la delegatura cuente con mayores competencias y mayores facultades resolutorias y de investigación para la aplicación de la ley de competencia. Esto permitiría incrementar la percepción social respecto de las actividades que realiza la entidad en pro de la competitividad y su salvaguarda.⁸⁸

Para garantizar esta neutralidad es indispensable contar con otro tipo de mecanismos para la designación de este funcionario, principalmente otorgándole periodos fijos para el ejercicio de sus funciones, limitando estas a las labores de promoción y defensa del sistema de protección de la libre competencia. De esta manera, la opinión pública y el sector empresarial tendrán mayor certeza de que las decisiones son siempre adoptadas conforme a las pruebas recabadas durante la investigación, y que la sanción impuesta responde al conjunto de valoraciones realizadas durante al proceso, ajenas a cualquier tipo de injerencia política o intrusión por parte del superior jerárquico,⁸⁹ garantizando así, efectivamente, la neutralidad de las decisiones, las cuales estarán sujetas al control de la Rama Judicial, que revisará la legalidad de sus actuaciones.

87 Alfonso MIRANDA LONDOÑO, "El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas", *op. cit.*, p. 11. La propuesta realizada en el año 2012 consistía en que la autoridad fuera independiente del Gobierno, para lo cual era indispensable modificar el proceso de designación de los miembros de la Superintendencia, particularmente el del Superintendente Delegado de Promoción de la Competencia.

88 OCDE y BID, *Derecho de la competencia en Colombia. Examen inter-pares*, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

89 Alfonso MIRANDA LONDOÑO, "El diseño de la autoridad de competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas", *op. cit.*, p. 11.

CONCLUSIONES

Los sistemas de protección con tintes sancionatorios requieren de la disposición normativa de las consecuencias que provoca su contravención. Los ciudadanos deben tener noticia de aquellas consecuencias, las cuales deben ser diversas y variadas, con el ánimo de crear un ambiente de “vacilación” en el potencial contraventor de la normativa de referencia, que le permita adelantarse a ciertos caracteres básicos de la consecuencia, pero no a la profundidad de esta.

En ese sentido, el elemento disuasorio es fundamental para la protección de la libre competencia. La adaptación de los principios penales que han nutrido ese ingrediente, al derecho *antitrust*, así lo demuestra. La norma y la aplicación de aquella, realizada por la autoridad de competencia, son esenciales en la creación de un impacto disuasorio eficiente.

Así, en materia normativa, los caracteres de la disuasión —certeza, severidad y celeridad— han sido trasladados a recomendaciones realizadas por la doctrina y por iniciativas internacionales como la Ley Tipo Unctad, que han resaltado como imperativos de las normas de libre competencia la claridad, la determinación inequívoca de la autoridad encargada del *enforcement* de aquel grupo normativo, sus procedimientos, las sanciones que tiene capacidad de imponer, así como las conductas relevantes para la materia.

Del mismo modo, en materia institucional, la teoría disuasiva recomienda que la autoridad de competencia esté provista de total legitimidad. Criterio que se ve influenciado por la total independencia de la que debe gozar aquella, tanto en sus procedimientos como en sus decisiones. Igualmente importantes son los recursos con los que cuenta para llevar a cabo su actividad y el profesionalismo e idoneidad de sus recursos humanos.

En atención a los criterios normativos e institucionales que influyen la creación de un marco disuasorio, la evaluación de aquellos en el sistema de protección de la libre competencia en Colombia demuestra que actualmente se ha tomado una dirección apropiada en la protección de los mercados, pero que puede incrementar su eficiencia y su impacto en los potenciales contraventores, mediante ciertas variaciones, tales como modular el nivel de “discrecionalidad” que la norma de protección de la libre competencia le otorga a la SIC en lo relativo a toma de decisiones e incoación de procedimientos, valoraciones de méritos probatorios en el marco del programa delatorio, así como en la determinación de un rumbo sancionatorio de mayor contundencia. Aspectos que tienen margen amplio de mejora y que le pueden otorgar al sistema, de ser incrementada su calidad normativa, un mayor alcance y una mayor eficiencia.

Por otro lado, en el apartado institucional, si bien la actividad de la SIC se está llevando a cabo en un marco de eficiencia mayoritariamente satisfactorio, son varios los aspectos que pueden ser ajustados con el ánimo de crear un ecosistema de protección de los mercados más disuasorio, en el cual se invite a los potenciales

contraventores a realizar sus actividades empresariales eludiendo prácticas contrarias al ideario *antitrust*. La forma de elección del superintendente de Industria y Comercio, así como la elección del superintendente delegado para la competencia generan dudas acerca de su eficiencia en términos disuasorios. La elección del primero está atada a una decisión gubernamental sobre la cual la OCDE ha tenido serios reparos, al entenderla como un menoscabo a la independencia que requiere la autoridad de competencia para llevar a cabo su actividad. De un modo similar, la elección del segundo, el Superintendente delegado para la competencia, provoca dudas en términos de eficiencia disuasiva, pues que este último sea nombrado y removido de forma libre por el superintendente de Industria y Comercio genera que la independencia entre las labores de investigación y decisión no estén deslindadas con claridad, menoscabando la confianza en la Autoridad, sin contribuir en la creación de un ambiente de legitimidad en torno a ella.

La valoración en el ámbito comparado sugiere que la autoridad de competencia en Colombia requiere de un giro paulatino que destierre la individualidad de la responsabilidad máxima de protección del mercado, y se dirija hacia la colectividad en la cúpula del organismo. Los recursos acopiados por la autoridad para lograr una mayor especialización y liberación de responsabilidades de primer nivel en la cabeza de la institución pueden verse incrementados en ese ámbito de actuación.

La autoridad requiere, por tanto, en aquella dirección disuasiva, de independencia hacia el exterior (sin injerencias gubernamentales) y hacia el interior, sin dependencia de aquellos que llevan labores de investigación, y de aquellos sobre los cuales recaen las de decisión. Es necesario igualmente, a mayor abundamiento, de un giro hacia la colegiatura del organismo, que conlleve mayor especialización y genere más contrapesos en el interior de la institución, otorgándole legitimidad frente a los potenciales contraventores y la comunidad, a fin de disuadirlos de poner en práctica actuaciones contrarias al ideario *antitrust*.

BIBLIOGRAFÍA

- ANWAR, Shamena y LOUGHRAN, Thomas, "Testing a bayesian learning theory of deterrence among serious juvenile offenders", en *Criminology* 49 (3) (2011).
- BECCARIA, Cesare, *On crimes and punishments*, New York, Macmillan, 1963.
- BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, Macmillan, 1948.
- BERDEY, David, BECERRA, Alejandro y CABRERA, Pilar, "Análisis económico de la normativa de libre competencia en Colombia", en *Cuadernos Fedesarrollo* (44) (2013).
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las administraciones independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1993.
- BUCCIROSSI, Paolo, CIARI, Lorenzo, *et al.*, "Deterrence in competition law", en *Governance and Efficiency of Economic System*, Discussion Paper GESY (285) (2009).

- BUCCIROSSI, Paolo, CIARI, Lorenzo, *et al.*, “Measuring the deterrence properties of competition policy: The competition policy indexes”, en *Journal of Competition Law & Economics* 7 (1) (2009).
- BUXBAUM, Hanna, “Private enforcement of competition law in the United States - Of optimal deterrence and social cost”, en Jurgen BASEDOW (editor), *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer Law International, The Hague, Alphen aan den Rijn, 2007.
- COLOMBIA, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, radicación 3887, 4247 10/06/90.
- COLOMBIA, *Constitución Política de Colombia de 1991*.
- COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010, de 30 de junio de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 2012, de 18 de julio de 2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- COLOMBIA, Decreto 0001817 de 2015, de 15 de septiembre, *por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades*.
- COLOMBIA, Decreto 1687 de 2010, *Por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009*.
- COLOMBIA, Ley 1151 de 2007, de julio 24, *por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*.
- COLOMBIA, Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.
- COLOMBIA, Ley 489 de 1998, de 29 de diciembre, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 910 de 2000, *por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*.
- CONTHE, Manuel, “Los límites de la clemencia”, en *Diario Expansión*, España, 2008.
- COOTER, Robert, “Three effects of social norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization”, en *Oregon Law Review* 77 (1) (2000).
- CSERES, Katalin, Maarten PIETER SCHINKEL y Floris VOGELAAR, “Law and economics of criminal antitrust enforcement: An introduction”, en *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, London, Edward Elgar Publishing, 2006.
- DARLAUF, Stephen y Daniel NAGIN, “Imprisonment and crime. Can both be reduced?”, en *Criminology and public policy* 10 (1) (2011).

- DAVILA PHILIPPON, Santiago, “¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones?”, en *Revista de economía y derecho* 9 (35) (2012).
- DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio, “Régimen sancionatorio en la nueva ley de competencia colombiana”, en *REVIST@ e - Mercatoria* 8 (2) (2009).
- DOGAN, Stacey y Mark LEMLEY, “Antitrust law and regulatory gaming”, en *Texas Law Review* 87 (2009).
- ESCOBAR RUBIO, Jairo, *Derecho de los mercados*, Bogotá, Legis, 2010.
- ESTEVE PARDO, José, “Poder de policía administrativa económica: el encuadre de la regulación económica en el sistema del derecho público”, en *Revista general de derecho administrativo* (20) (2009), Madrid, Iustel.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. I. Madrid, Thompson-Civitas, 14^a ed., 2008.
- GAROUPA, Nuno, “The theory of optimal law enforcement”, en *Journal of Economic Survey* 11 (3) (1997).
- GERGEN, Mark, “The logic of deterrence: Corporate tax shelters”, en *Tax Law Review* (55) (2001).
- GORDON, Fiammetta y David SQUIRES, “The deterrent effect of LIK competition enforcement”, en *The Economist* 156 (4) (2008).
- HOBBS, Thomas, *Leviatan*, Buenos Aires, Losada, 2003.
- HUSCHELRATH, Kai, Nina LEHEYDA y Patrick BESCHORNER, “The deterrent effect of antitrust sanctions: Evidence from Switzerland”, en *The antitrust bulletin* 56 (2) (2011).
- JENNY, Frederic, “Private and public enforcement complements or substitutes?”, en *3rd LEAR Conference on the Economics of Competition Law*, Roma, 2009.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, *Los organismos autónomos en el derecho público español: Tipología y régimen jurídico*, Alcalá de Henares- Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- JOHNSON, S., “Adult correctional services in Canada”, en *Statistics Canada* 24 (10) (2004).
- KOMNINOS, Assimakis, “Integrating public and private enforcement of competition law: Implications for courts and agencies”, en el *16th Annual EU Competition Law and Policy Workshop*, 2011.
- KORAH, Valentine, *An introductory guide to EC Law and practice*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2007.
- LEROCH, Martin, “Punishment as defiance: Deterrence and perverse effects in the case of expressive crime”, en *CESifo Economic Studies* (2013).
- LOCHNER, Lance, “Individual perceptions of the criminal justice system”, en *American Economic Review* 97 (1) (2007).

- LOEWENSTEIN, George, "Anticipation and the valuation of delayed consumption", en *The Economic Journal* 97 (387) (1987).
- LOWE, Philip, Conferencia *What's the future for cartel enforcement*, 2003.
- MATSUEDA, Ross, Derek KREAGER y David HUIZINGA, "Deterring delinquents: A rational choice model of theft and violence", en *American Sociological Review* 71 (1) (2006).
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *Análisis del Proyecto de Ley 038 de 2015, por el cual se introducen modificaciones al régimen de protección de la competencia, a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C., Cedec, 2012.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, *El diseño de la Autoridad de competencia en Colombia: necesidad de introducir reformas*, Bogotá D.C., Cedec, 2012.
- MOODALIYAR, Kasturi, *et al.*, "The relationship between public and private enforcement in competition law: A comparative analysis of South African, the European Unión, and Swiss law", en *South African Law Journal* 127 (1) (2010).
- NAGIN, Daniel y Greg POGARSKY, "Integrating celerity, impulsivity, and extralegal sanction threats into a model of general deterrence: Theory and evidence", en *Criminology* 39 (4) (2001), p. 869.
- OCDE y BID, *Derecho y política de la libre competencia en Colombia, examen inter pares*, 2009.
- OCDE, *Policy Roundtables: Cartel sanctions against individuals*, Ocde, 2003.
- OCDE, *Estudio sobre políticas y regulación de Telecomunicaciones en Colombia*, Ocde, 2014.
- OLARTE RUSSY, Alexandra, *Las funciones de inspección, vigilancia y control de las superintendencias, su estructura y funcionamiento*, Trabajo para optar por el título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- ORTIZ LAVERDE, Sandra Milena, *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia - CNMC*, Memoria para optar para el título de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, "Administración independiente (Introducción)", en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, "Las administraciones independientes. Origen y evolución de las entidades instrumentales de las administraciones públicas", en VV.AA., *Administración instrumental. Libro homenaje a M. F. Clavero Arévalo*, Madrid, Civitas, 1994.
- PATERNOSTER, Raymons, "How much do really know about criminal deterrence?", en *The Journal of Criminal Law and Criminology* 100 (3) (2010).
- PERDOMO VILLAMIL, Camilo, *Regulación económica: caracterización y control*, Tesis de grado 67, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

- POGARSKY, Greg, et al., "Modeling change in perceptions about sanctions threats: The neglected linkage in deterrence theory", en *Journal of Quantitative Criminology* 20 (4) (2004).
- POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL, "The economic theory of public enforcement of Law", *Documento de trabajo* 159, presentado en la Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, 2000.
- PREVENTION RESOURCE CENTER, Preventing underage alcohol access: Essential elements for policy, deterrence and public support, *Documento de trabajo*, Pacific Institute for Research and Evaluation, 2012.
- RAZ, Joseph, *The concept of a legal system: An introduction to the theory of legal system*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- ROCA, Santiago y Eva CÉSPEDES, "La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú", en *Gestión y política pública* 20 (2) (2011).
- RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo. General y colombiano*, Bogotá, Temis, 2000.
- ROSOCHOWICZ HANH, Patrica, "Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law", en *European Competition Law Review* 25 (12) (2005).
- SAINZ MORENO, Fernando, "Seguridad jurídica", en *Temas básicos de derecho constitucional*, t. I, Navarra, s.e., 2011.
- SALA ÁRQUER, José Manuel, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes", en *Revista de Derecho Administrativo* (42) (1984).
- SCOTT, Peter, "Go directly to jail", en *Global Competition Review* 11 (10) (2008).
- SHUGART, William, "Private antitrust enforcement: Compensation, deterrence, or extortion", en *Cato Review of Business and Government* (13) (1990).
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, "A propósito de un elemento esencial de la defensa de la competencia en Europa: las facultades de investigación de la Comisión en materia de inspección", en *Foro, Nueva época* 16 (1) (2013).
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, "Aproximación a la implementación de los programas de clemencia como instrumentos del Derecho de la competencia", en *Con (Textos)* (3) (2010).
- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso, "La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa *antitrust*", en *Revista de Derecho Mercantil* (288) (2013).
- TORRADO FRANCO, Eliana, "El régimen sancionatorio y el otorgamiento de garantías sobre prácticas restrictivas de la competencia en la ley 1340 de 2009", en *Revista de Derecho Privado* (43) (2010).
- UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81*

y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación), Bélgica, UE.

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE*, Bélgica, UE.

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE*, Bélgica, UE.

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*, Bélgica, UE.

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*, Bélgica, UE.

UNIÓN EUROPEA, Comisión Europea. Reglamento (CE) 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, Bélgica, UE.

VON HIRSCH, Andrew, et al., *Criminal deterrence and sentence severity: an analysis of recent research*, Cambridge, The University of Cambridge Institute of Criminology, 1999.

WHISH, Richard, *Competition Law*, London, Oxford University Press, 2008.

WILS, Wouter, "The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages", en *World Competition: Law and Economics Review* 32 (1) (2009).

WOOLF, Harry, "Public Law – Private law: Why the divide? A personal view", en *Public Law* (220) (1986).