

Unclassified

Spanish - Or. English

22 August 2022

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version)  
FOROLATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Reforzando los  
incentivos para los acuerdos de clemencia**

- Contribución de Colombia -

27 y 28 de septiembre de 2022

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Colombia PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 27-28 de septiembre de 2022, en Río de Janeiro, Brasil.

Sra. Lynn Robertson, Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.  
Sr. Alden Caribé de Sousa, CADE - alden.sousa@cade.gov.br and international@cade.gov.br.

JT03501269

## *Sesión I: Reforzando los incentivos para los acuerdos de clemencia*

### *- Contribución de Colombia\* -*

1. La presente contribución busca describir brevemente la historia del programa de clemencia en Colombia (en adelante “Programa de Beneficios por Colaboración” o “PBC”), sus principales características y, en especial, poner en evidencia las más recientes modificaciones que han surtido en la materia en el país. Como ha sido reconocido por distintas autoridades de competencia, los programas de clemencia se erigen como una de las principales herramientas para la detección y represión de los carteles empresariales en los mercados<sup>1</sup>. En el caso colombiano, el Programa de Beneficios por Colaboración fue implementado a través del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y reglamentado inicialmente por el Decreto 2896 de 2010, el cual estableció las condiciones para acceder al programa de clemencia y las reducciones a las que podían acceder los delatores<sup>2</sup>.
2. No obstante, lo anterior, ante la creciente necesidad de fortalecer la represión de conductas anticompetitivas, fueron implementadas algunas reformas a través del Decreto 1523 de 2015. Una de las modificaciones introducidas se encontraba relacionada con la oportunidad para que los delatores presentaran su solicitud de ingreso al programa, la cual se redujo hasta antes del vencimiento del término para que los investigados presentaran sus descargos y pruebas ante las imputaciones de la entidad. Con esto, se buscó lograr una eficiencia en la detección de carteles en una etapa temprana de la investigación.
3. Adicionalmente, el Decreto 1523 de 2015 dio lugar a nuevos rangos de reducción de la sanción a imponer a los delatores. En efecto, quien ocupara la primera posición de marcaje podría obtener la exoneración total de la multa, mientras que el segundo delator que acudiera a la autoridad de competencia podría obtener una reducción entre el 30% y el 50% y, el tercero y siguientes solicitantes, podrían verse beneficiados de una reducción hasta de un 25% de la sanción a imponer.
4. Otras de las reformas que tuvieron lugar incluyeron la adopción de una presunción respecto a que toda persona que solicitara acceso al PBC no era el promotor o instigador de la conducta y la adopción de la figura de beneficios adicionales o “*amnesty plus*” para quien, sin tener el primer puesto en el orden de prelación, fuera el primer solicitante para delatar la existencia de acuerdos adicionales en otro mercado.
5. Con estas reformas adoptadas por el Decreto 1523 de 2015, se generaron nuevos incentivos para que los agentes de mercado solicitaran acceso al Programa de Beneficios por Colaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio. De hecho, para el año 2015 se presentaron los niveles más altos respecto al número de aplicaciones y convenios de Beneficios por Colaboración suscritos por la entidad. Muchos de estos derivaron en la

---

\* Contribución de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

<sup>1</sup> Donald I. Baker, “The use of criminal law remedies to deter and punish cartels and bid-rigging”, *Geo. Wash. L. Rev.* 69 (2001), p. 693.

<sup>2</sup> En ese entonces, el delator que se encontraba en la primera posición de marcaje podía obtener la exoneración total de la multa o hasta un 70%; el segundo solicitante podía obtener una reducción de hasta un 50% y, el tercer y siguientes solicitantes, podían beneficiarse de una reducción de hasta un 30%.

detección y desmantelamiento de algunos de los más importantes carteles que han sido sancionados por la autoridad de competencia en Colombia, tales como (i) Vigilancia<sup>3</sup>; (ii) Pañales<sup>4</sup>; (iii) Papeles Suaves<sup>5</sup>; y (iv) Cuadernos<sup>6</sup>.

6. Ahora bien, en los últimos años esta Superintendencia identificó algunas situaciones relacionadas con la aplicación de su Programa de Beneficios por Colaboración que motivaron la implementación de reformas al mismo. Por un lado, en casos recientes se detectaron ciertos comportamientos de los agentes de mercado en el marco del PBC durante la investigación que implicaron su exclusión del mismo. Esta situación, aunque contemplada en la ley, sin duda genera un impacto negativo en la aplicación de este tipo de programas y debe ser estudiada por la autoridad.

7. Ejemplo de lo anterior es el denominado caso de “Cloro-Soda”, sancionado en el año 2019<sup>7</sup>. En dicha oportunidad la autoridad de competencia sancionó la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el mercado de la comercialización del cloro y sus derivados, el cual contó con la colaboración de un delator quien confesó su participación en el acuerdo de repartición de clientes. Sin embargo, luego de un análisis exhaustivo, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que el delator había incumplido con las obligaciones que le eran exigibles en el marco del PBC, específicamente al haber controvertido los hechos que habían sido reconocidos en el trámite de la solicitud de beneficios, apuntando probablemente a que aconteciera la caducidad de la facultad sancionatoria de la entidad. Esta contradicción tuvo como consecuencia la exclusión del delator en un primer momento de los beneficios que podría obtener. Sin embargo, una vez el aplicante se retractó de haber controvertido los hechos reconocidos inicialmente, se le otorgaron los beneficios causados.

8. Otro caso que vale la pena resaltar es el denominado caso “Mineros”<sup>8</sup>. En esa oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a distintas empresas del sector minero, por haberse cartelizado en el mercado de producción de materiales pétreos para construcción extraídos del lecho del río y cuyos clientes eran distintos contratistas de la empresa estatal petrolera de Colombia, **ECOPETROL**. Varias de las empresas investigadas participaron como delatores en el Programa de Beneficios por Colaboración<sup>9</sup>, permitiendo así desarticular el cartel anticompetitivo sancionado. Siguiendo lo establecido en el Decreto 1523 de 2015, los agentes de mercado confesaron su participación en los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica, reconociendo su responsabilidad y aportando pruebas relevantes que demostraron la existencia y ejecución de los acuerdos de asignación de cuotas de suministro y de fijación de precios.

---

<sup>3</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 de 2017.

<sup>4</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 43218 de 2016.

<sup>5</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31739 de 2016.

<sup>6</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 54403 de 2016.

<sup>7</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 57600 de 2019.

<sup>8</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 10220 de 2021.

<sup>9</sup> De acuerdo con las normas vigentes para la época, no existía un límite para el número de aplicaciones al Programa de Beneficios por Colaboración, lo que permitió que en este caso se hubiesen presentado siete (7) aplicaciones.

9. Sin embargo, finalizada la actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio tomó la decisión de no conceder los beneficios a un grupo de delatores ya que incumplieron con las obligaciones derivadas de los respectivos Convenios suscritos con la Superintendencia, principalmente al advertirse que no habían cesado su participación en las conductas anticompetitivas sancionadas.

10. Por otro lado, esta Superintendencia identificó que desde el año 2015 se ha presentado una disminución significativa en la solicitud de ingresos al PBC por parte de agentes de mercado. En efecto, mientras que en 2015 se recibieron 6 solicitudes, en 2017 esta cifra correspondió a 1 y, en 2020, a 0. Sobre este punto, la Superintendencia advirtió que esta circunstancia no era una tendencia exclusiva de Colombia, sino que se trataba de un fenómeno que se estaría presentando en la mayoría de jurisdicciones, y que probablemente podría estar respondiendo también a una falta de incentivos para los agentes de mercado para aplicar al programa o al aumento de desincentivos, como los desarrollos en acciones civiles por daños derivados de conductas anticompetitivas.

11. Ante lo aquí señalado, esta Superintendencia elaboró, promovió y puso en funcionamiento una serie de ajustes al programa que buscan aumentar los incentivos de los infractores a acogerse al mismo, principalmente por medio de reformas encaminadas a otorgar mayores niveles de beneficios a quienes se presenten al programa antes de que la Superintendencia de Industria y Comercio dé inicio formal a una investigación administrativa, así como de garantizar la confidencialidad de la información aportada, entre otros.

12. En este sentido, y luego de un análisis económico, se determinó que con el diseño del programa de clemencia establecido en el anterior Decreto 1523 de 2015, crecía la probabilidad de que se generaran dos posibles respuestas por parte de los participantes de una conducta anticompetitiva: una en la que ninguno de los participantes delataran la infracción y otra en la que todos los cartelistas delataran la práctica anticompetitiva. De este modo, mediante un modelo de teoría de juegos, se estudiaron una serie de reformas que demostraron que con su aplicación la probabilidad de alcanzar un solo equilibrio no cooperativo aumentaba significativamente. En otras palabras, las reformas al Programa de Beneficios por Colaboración que fueron estudiadas por esta Superintendencia reducían el dilema que enfrenta el cartelizado y lo incentiva a adoptar una respuesta no cooperativa frente a sus co-cartelistas.

13. Basados en lo planteado por Aguado y De La Heras (2012), Goehring y Kahan (1976)<sup>10</sup> y Tullock (1985)<sup>11</sup>, el modelo propuesto por esta Superintendencia tomó en consideración cuatro agentes de mercado involucrados en una colusión o cartelización empresarial, todos ellos con el mismo grado de responsabilidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Igualmente, se establecieron variaciones en los niveles de beneficios dependiendo del orden de llegada al PBC. Así, se estudió el escenario en que los beneficios a los delatores son menores cuando la solicitud de ingreso se efectúa después de la apertura de investigación. Asimismo, es de precisar que la variable de resultado utilizada en el modelo correspondió a la probabilidad que percibe el cartelista de ser detectado o descubierto por la Autoridad. De este modo, en la medida en que esta probabilidad aumente, el cartelista enfrentará mayores incentivos a solicitar el ingreso al PBC.

---

<sup>10</sup> Goehring, D. & Kahan, J. (1976). The uniform N-person Prisoner's Dilemma game. *Journal of Conflict Resolution*, 20(1), p.p. 111-128.

<sup>11</sup> Tullock, G. (1985). Adam Smith and the Prisoners' Dilemma. *The Quarterly Journal of Economics*, 100, p.p. 1073-1081

14. Tras la simulación de dos escenarios, los cuales incluyeron 491 simulaciones, esta Superintendencia concluyó desde la perspectiva económica que las modificaciones estudiadas al PBC aumentaban la probabilidad de que bajo las nuevas circunstancias un infractor delatara era del 68% en contraposición al 10% en el escenario contrafactual.

15. Si bien, los análisis presentados no son exhaustivos, esta Superintendencia reconoce que, mediante este modelo fue posible simular cómo la modificación del PBC llevaría a un cambio en el beneficio esperado de los potenciales delatores, por cuenta de la reducción de los beneficios, específicamente la eliminación de la posibilidad de acceder al 100% de la exoneración de la multa, a quienes soliciten ingreso al programa después de la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos por parte de la Entidad. En este sentido, *ceteris paribus*, se encontró que la modificación del PBC aumentaba la probabilidad de que se presentaran solicitudes de ingreso al mencionado programa.

16. En otras palabras, al aumentar los incentivos a presentarse antes de la apertura de investigación, se lleva a los infractores a un escenario no cooperativo entre ellos. Lo anterior ilustra precisamente la conclusión del modelo, en el sentido de que implementar el ajuste al PBC facilita la obtención de equilibrios de Nash, lo que podría llevar a un incremento en el número de solicitudes de ingreso al Programa, un mayor desmantelamiento de carteles y a un ahorro de recursos por parte de la Autoridad de Competencia.

17. Teniendo en cuenta el mencionado análisis económico, el Programa de Beneficios por Colaboración en Colombia fue reformado, con el ánimo de promover su utilización por parte de los agentes de mercado que pudieran estar incurriendo en una práctica anticompetitiva. Dichas modificaciones, que se describirán a continuación, fueron llevadas a cabo por la Ley 2195 de 2022 y el Decreto 253 de 2022.

18. Como primera medida, se amplió la posibilidad de que los beneficios del programa no se vieran limitados a casos de acuerdos anticompetitivos, sino a la existencia de toda conducta contraria a la libre competencia, adelantada de manera coordinada por dos (2) o más agentes de mercado<sup>12</sup>. Este cambio respondió al hecho de que en el ordenamiento nacional colombiano, además de una lista taxativa de acuerdos restrictivos de la competencia, existe la posibilidad para la Autoridad de Competencia de sancionar todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica, las cuales en ocasiones se materializan a través de conductas coordinadas que pueden ser objeto de delación.

19. Por otro lado, y teniendo en cuenta el análisis de teoría de juegos desarrollado por la Superintendencia, se modificaron los beneficios a otorgar a quien se presentara al programa de delación<sup>13</sup>. Así, se estableció que frente a una misma conducta, se podrán acoger al Programa de Beneficios por Colaboración hasta tres (3) delatores, quienes obtendrán los siguientes beneficios dependiendo del momento en que cumplan con los requisitos para marcar su entrada al programa:

---

<sup>12</sup> Artículo 2.2.2.29.1.1. del Decreto 253 de 2022 por medio del cual se sustituye el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1074 de 2015.

<sup>13</sup> Artículo 2.2.2.29.2.2. *Ibidem*.

Table 1.

<b>Momento de solicitud de ingreso</b>	<b>Primer solicitante</b>	<b>Segundo solicitante</b>	<b>Tercer solicitante</b>
<i>Hasta el día antes de la fecha de expedición del acto administrativo que da apertura a la investigación y formulación de pliego de cargos</i>	Exoneración total	Exoneración entre el 30% y el 50% de la multa a imponer	Exoneración hasta el 25% de la multa a imponer
<i>El día de la fecha de expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, o con posterioridad a la misma</i>	Exoneración hasta el 30% de la multa a imponer	Exoneración hasta el 20% de la multa a imponer	Exoneración hasta el 15% de la multa a imponer

Source: SIC

20. Por otro lado, se ajustó la redacción de la norma, de forma que se eliminara cualquier incertidumbre sobre las obligaciones de los solicitantes de beneficios y las causales de exclusión. Así, se dejó expresamente establecido que los solicitantes de beneficios por colaboración deben suministrar y aportar pruebas útiles sobre la existencia de la conducta<sup>14</sup>. A su vez, y para enfrentar las críticas por las expulsiones de aplicantes que se han presentado en casos recientes por no cumplir con los requisitos del PBC, se agregó explícitamente como causal de pérdida de los beneficios el que el delator no haya cesado inmediatamente su participación en la conducta anticompetitiva<sup>15</sup>. El objetivo de dicha reforma también fue evitar que un delator pueda seguir obteniendo beneficios por una conducta delatada mientras se adelanta la investigación, para después resultar exonerado de una multa, situación que como ya se analizó anteriormente, ocurrió en un reciente caso sancionado por esta Autoridad<sup>16</sup>.

21. Ahora bien, otro de los ajustes relevantes hechos sobre el Programa de Beneficios por Colaboración, consistió en promover ante el Congreso de la República reformas para establecer que el proceso de negociación de beneficios sea reservado, garantizando la reserva sobre la identidad del solicitante y de la información que aporte hasta la suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración. Igualmente, una vez suscrito el Convenio, la identidad del beneficiario, así como las pruebas que aporte a la Superintendencia de Industria y Comercio y que sean trasladadas al expediente de la respectiva investigación, serán reservados hasta que se profiera y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiere lugar<sup>17</sup>.

22. Adicionalmente, se realizaron reformas legales con el fin de buscar disminuir los desincentivos que pudieran generarse por la posible existencia de procesos de carácter civil en contra de los cartelistas<sup>18</sup>. Así, se estableció que quien en el marco del Programa de

<sup>14</sup> Artículo 2.2.2.29.2.6. *Ibídem*.

<sup>15</sup> Artículo 2.2.2.29.3.1. *Ibídem*.

<sup>16</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 10220 de 2021.

<sup>17</sup> Artículo 66 de la Ley 2195 de 2022.

<sup>18</sup> Vale mencionar que dicha reforma se encuentra en línea con propuestas a nivel internacional respecto a la forma de eliminar desincentivos a la participación en los programas de delación. “It is therefore prudent for competition agencies to think about ways to safeguard leniency incentives. The right balance must be struck between public and private enforcement so that the exposure of private enforcement does not unduly disincentives self-reporting to public enforcement officials. Of course, the idea behind a special liability regime is not to absolve the leniency recipient from civil liability for damages completely, but to provide the right set of incentives to encourage cooperation, including assurance that the leniency applicant does not suffer worse consequences from damages

Beneficios por Colaboración obtenga la exoneración total o parcial de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no responderá solidariamente por los daños causado en virtud de la conducta anticompetitiva, y en consecuencia responderá en proporción a su participación en la causación de los daños a terceros<sup>19</sup>.

23. Finalmente, y teniendo en cuenta que la reducción de la sanción a través de los programas de clemencia solamente resulta llamativa en tanto se enfrente con sanciones lo suficientemente altas que hagan más costosa la participación en la conducta anticompetitiva, a través de la Ley 2195 de 2022 se aumentó sustancialmente la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, quien podrá imponer la sanción que resulte mayor de los siguientes criterios: **(i)** los ingresos operacionales del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, en este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) de dichos ingresos; **(ii)** el patrimonio del infractor en el año fiscal inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, en este evento, la sanción no podrá exceder el veinte por ciento (20%) del valor de su patrimonio; **(iii)** un monto en salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo del infractor, en este evento, la sanción no podrá exceder de cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; y **(iv)** el valor del contrato estatal en los casos de prácticas comerciales restrictivas que afecten o puedan afectar procesos de contratación pública. En este caso, la multa no podrá exceder el treinta por ciento (30%) del valor del contrato<sup>20</sup>.

24. Así las cosas, y en aplicación de las reformas adoptadas, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad nacional de protección de la libre competencia en Colombia, espera aumentar la participación de los agentes de mercado en el Programa de Beneficios por Colaboración.

---

actions than its co-cartelists.” ICN. Cartel Working Group 2019. Development of Private Enforcement of Competition Law in ICN Jurisdictions.

<sup>19</sup> Artículo 66 de la Ley 2195 de 2022.

<sup>20</sup> Artículo 67 de la Ley 2195 de 2022.