

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

**SEGUNDO CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DE LA
COMPETENCIA EN COLOMBIA**

***LAS GARANTÍAS COMO MECANISMO DE TERMINACIÓN
ANTICIPADA DE LAS INVESTIGACIONES
ADMINISTRATIVAS POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE
LAS NORMAS DE COMPETENCIA***

Por: Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C. Noviembre de 2014

INDICE

LAS GARANTÍAS COMO MECANISMO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA	3
1. INTRODUCCIÓN	4
1.1. LA PERCEPCIÓN ACTUAL DE LAS GARANTÍAS EN COLOMBIA	4
1.2. LAS GARANTÍAS EN OTRAS JURISDICCIONES.....	8
1.2.1. <i>Las Garantías en Estados Unidos</i>	8
1.2.2. <i>Las Garantías en la Unión Europea</i>	8
1.2.3 LAS GARANTÍAS EN LA CAN Y EN VARIOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....	10
2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	12
2.1 FORMULACIÓN INICIAL.....	12
2.2 MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 1340 DE 2009.....	14
2.3 MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR EL DECRETO 019 DE 2012	14
3. EL CONCEPTO Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	15
4. SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA	18
4.1 LA SUFICIENCIA DE LAS GARANTÍAS COMO REQUISITO PARA SU AUTORIZACIÓN ANTES DEL 2013	18
4.2 LOS NUEVOS REQUISITOS PARA LA SUFICIENCIA DE LAS GARANTÍAS A PARTIR DEL AÑO 2013... ..	20
4.3 CRÍTICA AL NUEVO TEST DE SUFICIENCIA PLANTEADO POR LA SIC	24
4.3.1 <i>Puede haber garantías válidas que no contengan compromisos estructurales</i>	24
4.3.2 <i>La imposición de requisitos acumulativos no es exigida por la ley</i>	25
4.3.3 <i>Modificación de la doctrina probable</i>	25
5. COLATERAL.....	26
6. ESQUEMA DE SEGUIMIENTO	28
7. OPORTUNIDAD PARA OFRECER GARANTÍAS	29
7.1 SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 1340	29
7.2 SITUACIÓN ACTUAL	30
8. EL OFRECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS Y LA VIOLACIÓN DE LA LEY	31
9. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS OFRECIDAS	33
10. CONCLUSIONES.....	35

LAS GARANTÍAS COMO MECANISMO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Por
Alfonso Miranda Londoño¹

Abstract

Las garantías consagradas en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009 permiten la terminación anticipada de las investigaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas comerciales restrictivas o de competencia desleal. Sobre esta herramienta procesal se presentan diversas y opuestas posiciones, puesto que no siempre se ve como una ventaja al terminar el proceso, dado que impide que la SIC, autoridad competente, se pronuncie a fondo sobre el tema. La facultad para decidir la aceptación de las garantías la tiene la SIC gracias a la discrecionalidad, que no debe confundirse con arbitrariedad, puesto que siempre se busca cumplir con la voluntad de la ley.

En el tratamiento de este tema, también presente en otros países, se busca profundizar en la suficiencia de la garantía, la oportunidad para ofrecerlas, la eficiencia de la figura, así como el desarrollo que le ha dado la SIC y lo que hace falta para mayor seguridad jurídica en las garantías.

Palabras clave:

Garantías; discrecional; suficiencia; investigación; certeza; autoridad de la competencia.

¹ El doctor Alfonso Miranda Londoño es abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma *Esguerra Barrera Arriaga*. E-mail: amirandal62@mac.com

SETTLEMENTS AS A MECHANISM FOR EARLY CLOSURE OF ADMINISTRATIVE INVESTIGATIONS FOR THE ALLEGED VIOLATION OF COMPETITION LAWS

Abstract

Settlements consecrated in Decree 2153 of 1992 allow for the early closure of investigations carried out by the Superintendence of Industry and Commerce (“SIC”) on restrictive commercial practices or unfair competition. There are diverse positions on this procedural tool, as it is not always seen as a benefit to finish the process, regarding the fact that it prevents the SIC to make in-depth statements on the subject. The SIC has the discretionary power to decide on the acceptance of the proposed settlements; this should not be confused with arbitrariness, because its goal should always be to fulfil the law’s objective.

In dealing with this subject, which is also current in other countries, this article aims to make an in-depth analysis of the sufficiency of the proposed settlements, the opportunity to offer them, the efficiency of the figure, as well as the way that the SIC has developed it and what is needed for greater legal security of the settlements.

Key Words:

Settlements; discretion; sufficiency; antitrust authority

1. INTRODUCCIÓN²

1.1. La Percepción Actual de las Garantías en Colombia

Aprovecho la oportunidad que me brinda la amable invitación de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), con motivo del Segundo Congreso Internacional sobre Derecho de la Competencia en Colombia, para retomar las ideas que plasmé, ya desde el año 2003, en un documento sobre similar temática, el cual se publicó inicialmente en la Revista “Foro del Jurista” de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia³ y, más adelante, en la Revista de Derecho de la Competencia del CEDEC⁴.

² El autor agradece la colaboración de Natalia Fernández López, coordinadora del CEDEC.

³ Rev. Foro del Jurista. Medellín (Colombia). N° 24: 99, 2003.

⁴ Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 245-268, 2006

El tema planteado es hoy en día más relevante que en la época en la cual tuve la oportunidad de escribir el documento inicial, debido a que en la actualidad la SIC parece haber abandonado las garantías como mecanismo de terminación anticipada de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa, a pesar de que se encuentran vigentes las normas que le dieron origen a la institución y de que en la mayor parte de los países se utiliza.

El ofrecimiento y la aceptación de garantías dentro de los procesos de investigación que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas o de competencia desleal, es un evento procesal previsto en el Decreto 2153 de 1992 (Decreto 2153), la Ley 1340 de 2009 (Ley 1340) y el Decreto 019 de 2012 (Decreto 019), que implica la posibilidad para el investigado, de ofrecerle al Superintendente que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En caso de que el Superintendente considere que las garantías son suficientes, ordenará la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado.

Desde la expedición del Decreto 2153, la SIC ha dado por terminadas en forma anticipada numerosas investigaciones por medio de la aceptación de garantías, mecanismo que ha venido desarrollando conceptualmente a partir de los escasos textos legales que existen sobre la materia.⁵

Algunos sostienen que las garantías han resultado perjudiciales para el desarrollo del Derecho de la Competencia, puesto que su utilización en casos importantes ha impedido que la entidad se pronuncie de fondo y siente doctrina sobre distintos temas. Otros sostienen que la aceptación de garantías constituye un mecanismo arbitrario de amnistía a los investigados, que en muchos casos las garantías consisten en la simple promesa de cumplir la ley, que en esa forma se dejan de cumplir los objetivos contenidos en la norma y se burla el Derecho de la Competencia.⁶ Ejemplo de ello se ve en el texto “Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo”, escrito por Javier Cortázar:

“(…) parámetros laxos que han permitido que esta alternativa se haya convertido en un expediente fácil y de utilización generalizada; un excelente remedio para evitar investigaciones

⁵ Como anexo al presente documento se incluye un cuadro elaborado por la SIC y complementado por el CEDEC, en el cual se resumen las garantías que han sido aceptadas por la SIC desde la expedición del Decreto 2153 de 1992.

⁶ Cortazar, Javier. “Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia en Colombia. Análisis Crítico y Prospectivo”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003. Pag. 84. En relación con las garantías este autor, cuya opinión no comparto, manifiesta que “El problema con esta actitud indulgente es que, de una parte genera incertidumbre y, por tanto, no aporta mayor cosa al desarrollo de esta disciplina y, de la otra, que es un estímulo para la realización de conductas anticompetitivas”

*aun cuando los hechos hayan sido graves y se haya causado daño al mercado”.*⁷

En el examen Inter-pares realizado por la OCDE, en el que se comentó la política de competencia en Colombia, se explica, entre otras cosas, el sistema de garantías en este país. Al hacerlo, realiza el siguiente señalamiento:

*“Esta capacidad puede representar una útil herramienta para una autoridad de competencia, aunque parece que las normas que rigen el proceso de terminación anticipada no son claras y que este procedimiento ha sido demasiado usado.”*⁸

En los últimos tiempos y con motivo de la adhesión de Colombia a la OCDE, la SIC ha considerado que las garantías son un mecanismo excepcional, que no pueden ser aceptadas en casos de carteles y que deben incorporar compromisos de tipo estructural, características que resultan nuevas frente a la doctrina de la autoridad al respecto y que tienden a restringir y hasta a desaparecer la institución.

Debe advertirse que dentro de la presente administración, la SIC no ha aceptado garantías ni una sola vez. La justificación a lo anterior fue explicada por el actual Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, en su texto “¿Por qué perduran los carteles empresariales?”, publicado en *Ámbito Jurídico*. En el mencionado artículo, Robledo señala:

*“El objetivo de política pública de las autoridades de competencia no está en sancionar a las compañías que realizan conductas anticompetitivas en el mercado (ese es tan solo un medio para llegar a un fin). El objetivo está en ejercer sus funciones de forma tal que evite que dichas conductas ocurran desde un principio. Esto requiere educación, por supuesto, pero también capacidad y ejercicio sancionatorio que realmente generen factores de disuasión a quienes proyectan “salirse de la fila” ejecutando conductas que afecten a los consumidores y a la eficacia de los mercados. No puede olvidarse que la libre competencia es la columna vertebral de la economía de mercado.”*⁹

La aceptación de garantías ha sido criticada por figuras públicas. Una de ellas es el Representante David Barguil, quien ha dicho que “se necesita la aplicación de sanciones ejemplarizantes, imponiendo las más altas multas que prevé la ley de

⁷ Cortázar, Javier. “Hacia un Nuevo Derecho de la Competencia en Colombia. Análisis Crítico y eProspectivo”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003. Pag.83- 84.

⁸ Examen Interpares. “Derecho Y Política De Competencia En Colombia.” OCDE, BID. 2009. Web. 19 Nov. 2014. <<http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>>.

⁹ Robledo, Pablo Felipe. “¿Por Qué Perduran Los Carteles Empresariales?” *Ámbito Jurídico*. 30 Oct. 2014. Web. 19 Nov. 2014.

competencia, esperamos que llegue hasta sus últimas consecuencias, que no se cierre anticipadamente bajo la figura de las llamadas ‘garantías’¹⁰.

Al respecto se puede decir que la facultad para decidir sobre la aceptación de garantías es discrecional, lo que en ningún momento implica una arbitrariedad, pues para ello la entidad desarrolló en el pasado una serie de criterios. En teoría, el Superintendente solo debe aceptar las garantías que se le ofrecen, cuando éstas le brinden certeza en relación con la eliminación del elemento anticompetitivo por el cual se dio inicio a la investigación.

De allí se deriva la doble ventaja que ofrece este instrumento: El investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la Entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin que pueda resultar sancionado. La Autoridad de la Competencia, por su parte, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del investigado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación. Esto ha sido criticado por autores como Fernando Castillo y Carlos Andrés Uribe, en su escrito *“El Otorgamiento de Garantías en el Derecho de la Libre Competencia”*:

“(…) si bien el otorgamiento de garantías induce una reducción en los costos de procedimiento, en caso alguno por se ello conlleva eficiencia económica al mercado. La razón se halla en que los productores, sea o no competitiva la conducta investigada, tienen mayores incentivos para otorgar una garantía que para afrontar el procedimiento, evitando de paso cualquier castigo en relación con la conducta objeto de investigación.¹¹ (…) Al incorporar los costos de transacción que hemos denominado costos de procedimiento y costos de negociación, el análisis nos lleva a concluir que la norma inhibe a las empresas de incurrir en los costos de procedimiento que son socialmente deseables para defender una conducta competitiva.”

¹⁰ La República. “Las batallas que encabeza el Súper de Industria y Comercio”. 5 de septiembre de 2013. Web. 19 Nov. 2014.

¹¹ “El Otorgamiento de Garantías en el Derecho de la Libre Competencia”. Castillo, Fernando & Carlos Andrés Uribe. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 2, n° 2: 401-476, enero-diciembre 2006.

Esta crítica no es del todo exacta, ya que el hecho de que una garantía sea o no eficiente no depende de quien la ofrece, sino de quien las acepta, es decir, de la autoridad de competencia. Las autoridades deben velar porque las garantías que acepten, beneficien al mercado y a la economía en general. Muchas veces, los beneficios que se pueden alcanzar con un mecanismo de garantías son superiores a los que se podrían alcanzar con una multa.

De otra parte y de conformidad con la doctrina de la SIC, como se verá más adelante, es claro que el ofrecimiento de garantías no implica de ninguna manera una confesión o la aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal. En efecto, por definición normativa, la aceptación de las garantías por parte de la Superintendencia produce la terminación anticipada de la investigación, antes de que la Entidad se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, antes de que se califique la conducta investigada como anticompetitiva o desleal según sea el caso.

En estas condiciones, la ley no exige a los investigados que renuncien a su presunción de inocencia, sino que precisamente les ofrece la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas.

1.2. Las Garantías en Otras Jurisdicciones

1.2.1. Las Garantías en Estados Unidos

El concepto de la terminación anticipada de investigaciones por el ofrecimiento de garantías, la conciliación o acuerdo con la autoridad de la competencia respecto de la conducta futura del presunto infractor, no es exclusivo del Derecho de la Competencia en Colombia. En efecto, en un sistema litigado como el Norteamericano, la División Antitrust del Departamento de Justicia busca un acuerdo - *“settlement”*- con los infractores, con el objeto de evitar el litigio. En estas oportunidades el “DOJ” puede, por medio de *“consent decrees”*, aceptar condiciones mucho menos gravosas para los investigados, que aquellas que puede pedir al juez en caso de que el proceso continúe. La Comisión Federal de Comercio (a través de *consent orders*) puede también dar por terminado un proceso. Desde la década de los noventa, si no antes, tanto la FTC como el DOJ han terminado más del 90% de sus casos por medio de settlements.

1.2.2. Las Garantías en la Unión Europea

En la Unión Europea, la Comisión Europea - *como autoridad administrativa* - tiene la potestad de decidir qué casos persigue por medio de un proceso completo y cuáles puede terminar de forma anticipada por un acuerdo.

Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción en prácticas restrictivas que no estén dirigidas a imponer una multa y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. Con el paso de los años la mayoría de los procedimientos, por fuera del campo de los carteles, ha terminado por medio de transacciones.

Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe. Las decisiones relativas a los compromisos se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso. La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento si se produce la modificación la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión, si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos, o, si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes.

Ahora bien, si se encuentran frente a un cartel, se aplicará el Reglamento 773/2004, que dispone que las partes, después del inicio del procedimiento, y bajo un plazo que fija la Comisión, pueden indicar por escrito que están dispuestas a iniciar conversaciones con vistas a una transacción para, posiblemente, presentar una solicitud de transacción.

Para el desarrollo de esta actividad, la Comisión podrá informar a las partes que deseen iniciar conversaciones con vistas a una transacción sobre:

- (i) las objeciones que prevé formular en su contra;
- (ii) los elementos probatorios utilizados para determinar las objeciones previstas;
- (iii) las versiones no confidenciales de cualquier documento específico accesible que forme parte del expediente del caso en dicho momento, en la medida en que la solicitud de la parte en dicho sentido esté justificada con el fin de permitirle evaluar su posición en lo relativo a un período de tiempo o a cualquier otro aspecto particular del cartel; y

(iv) el abanico de multas potenciales

Si el procedimiento continúa, las partes interesadas deberán, con posterioridad a la información suministrada por la Comisión, presentar una solicitud de transacción que refleje el resultado de las conversaciones mantenidas a tal fin, reconociendo su participación en una infracción del artículo 101 del TFUE (acuerdos anticompetitivos) y su responsabilidad.

Definida esta condición, la Comisión presentará un pliego de cargos a las partes, donde notifique el contenido de la solicitudes de transacción, quedando a cargo de las partes confirmar que dicho pliego se encuentra conforme a las negociaciones realizadas, para que posteriormente la Comisión proceda a la toma de una decisión.

1.2.3 Las Garantías en la CAN y en varios países Latinoamericanos

En los artículos 27 y siguientes de la Decisión 608 de la CAN, se señala, de la misma manera, que si el agente económico investigado por esta autoridad ofrece un compromiso voluntario consistente en terminar la conducta objeto de investigación, la Secretaría General convocará al Comité, para analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes y se pronunciará mediante Resolución motivada, aceptando o desestimando el compromiso. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas; en caso contrario, la investigación continuará.

En la Argentina encontramos la institución de las garantías establecido para este tipo de procesos en el artículo 36 de la Ley 21.156, Ley de Defensa de la Competencia, el cual dice lo siguiente:

“ARTICULO 36. — Hasta el dictado de la resolución del artículo 34 el presunto responsable podrá comprometerse al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ello.

El compromiso estará sujeto a la aprobación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos de producir la suspensión del procedimiento.

Transcurridos tres (3) años del cumplimiento del compromiso del presente artículo, se archivarán las actuaciones.”

Como se puede observar, el artículo citado de la Ley Argentina permite la suspensión del procedimiento de investigación, por medio del compromiso por parte del

investigado, de cesar en forma inmediata o gradual de las conductas o hechos investigados, lo cual tiene una gran similitud con el caso Colombiano.

En el artículo 39 de la Ley de Competencia de Salvador, hay una disposición similar que señala: “(...) el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga.”

En los artículos 100 y 101 de la Ley Federal de Competencia Mexicana, se consagra un mecanismo de terminación anticipada del proceso en los siguientes términos:

“Artículo 100.- Antes de que se emita el dictamen de probable responsabilidad, en un procedimiento seguido ante la Comisión por práctica monopólica relativa o concentración ilícita, el Agente Económico sujeto a la investigación, por una sola ocasión, podrá manifestar por escrito su voluntad de acogerse al beneficio de dispensa o reducción del importe de las multas establecidas en esta Ley, siempre y cuando acredite a la Comisión:

“I. Su compromiso para suspender, suprimir o corregir la práctica o concentración correspondiente, a fin de restaurar el proceso de libre concurrencia y competencia económica, y

“II. Los medios propuestos sean jurídica y económicamente viables e idóneos para evitar llevar a cabo o, en su caso, dejar sin efectos, la práctica monopólica relativa o concentración ilícita objeto de la investigación, señalando los plazos y términos para su comprobación.

“Artículo 101. - Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del escrito al que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, la Autoridad Investigadora suspenderá la investigación, podrá prevenir al Agente Económico sujeto a la investigación para que en su caso, en un plazo de cinco días presente las aclaraciones correspondientes y dará vista al denunciante si lo hubiera para que en un plazo adicional de cinco días manifieste lo que a su derecho convenga y en un plazo de diez días presente al Pleno un dictamen con su opinión respecto a la pretensión del Agente Económico solicitante y el expediente de la investigación. La Comisión emitirá la resolución en un plazo de veinte días a partir de que la Autoridad Investigadora le presente su dictamen.

“En caso de que el Pleno no acepte la propuesta presentada por el Agente Económico solicitante, la Comisión emitirá en un plazo de cinco días el acuerdo de reanudación del procedimiento. “

Según el artículo 86(15) de la Ley 45 de 2007 de Panamá, una de las funciones de la Autoridad de Competencia de este país consiste en terminar la investigación, sin importar en qué etapa de la investigación administrativa, o desistir del proceso judicial, si éste ya se ha adelantado ante la autoridad competente, mediante la realización de transacciones, previo cumplimiento de los requisitos legales, siempre

que los agentes económicos investigados o demandados acepten medidas en torno a las conductas o a los actos investigados, incluyendo cláusulas penales que garanticen el cumplimiento del acuerdo.

Perú menciona, en el artículo 25 de su Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que el presunto o los presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos. Para hacerlo, han de cumplir con las siguientes condiciones: (i) deben reconocer los cargos, (ii) deben demostrar que la conducta no trajo consigo graves efectos y (iii) deben ofrecer medidas correctivas.

Como se puede observar, muchas jurisdicciones latinoamericanas permiten que se dé la terminación anticipada del proceso por medio de compromisos por parte del investigado.

En el presente documento se analizarán las principales características de las garantías y el desarrollo que la SIC les ha dado en Colombia a través de su aplicación.

2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

En este capítulo se explicará la forma en que la institución de las garantías fue consagrada inicialmente en la normativa de competencia y las modificaciones que ha sufrido.

2.1 Formulación inicial

El ofrecimiento y la aceptación de las garantías se encuentran regulados, por el Numeral 12 del Artículo 4º, y el inciso 4º del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Dichas normas disponen lo siguiente:

“ARTICULO 4.- FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

“...”

12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga;”

“...”

“ARTICULO 52.- “...”

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.”

Estas disposiciones y en particular la contenida en el inciso cuarto del artículo 52, fueron modificadas temporalmente por la expedición de los decretos especiales 1122 de 1999 y 266 de 2000, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional con sus sentencias C-923 de 1999 y C-1316 de 2000, por considerar que no se habían utilizado de manera adecuada las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998.

La modificación que se pretendía introducir al procedimiento de la SIC en el tema de ofrecimiento y aceptación de garantías, tenía que ver con el momento de ofrecerlas (que debía ser al inicio de la investigación) y la posibilidad que se le otorgaba a la SIC para indicar los aspectos que a su juicio se debían modificar a las garantías con el fin de que fueran aceptadas. Al respecto el artículo 120 del Decreto 266 de 2000 disponía en su parte pertinente lo siguiente:

“ARTÍCULO 120.- Procedimiento para la toma de decisiones en procedimientos de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal: Para el cumplimiento de las funciones relacionadas con promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como de las normas de competencia desleal, para todos los sectores económicos, que se inicien a partir de la vigencia del presente decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio adelantará el siguiente procedimiento:

1. Una vez se encuentre que existen motivos suficientes para continuar con el trámite, se abrirá la investigación en contra del presunto infractor para que en el término de 15 días aporte y/o solicite las pruebas que pretenda hacer valer.

Vencido el término anterior, dentro de los 5 días siguientes el denunciante podrá aportar y/o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer respecto de los hechos nuevos.

“...”

3. El Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la terminación de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, cuando a su juicio el investigado haga un ofrecimiento idóneo de que suspenderá, modificará o no incurrirá nuevamente en la conducta por la cual se investiga y presente garantías suficientes de ello. El ofrecimiento deberá realizarse dentro del término para aportar y/o solicitar pruebas y las condiciones que el Superintendente indique, aceptarse o no, dentro de los 5 días siguientes a que lo requiera. Si el investigado no aceptare los condicionamientos que el Superintendente exprese, a la comunicación en la que exprese esa circunstancia acompañará las pruebas que pretenda hacer valer en la investigación.

En los casos de competencia desleal la terminación anticipada requerirá de la aceptación del denunciante.

“...”

Como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las normas mencionadas, las garantías volvieron a regirse por lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 4º en concordancia con el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 antes transcritos, con la interpretación y desarrollo doctrinario que les dio la SIC, principalmente por medio de pronunciamientos radicados bajo los Nos. 98013991, 99030993, 98075793 y 00011523 relacionados con esta materia.

2.2 Modificación introducida por la Ley 1340 de 2009

A lo largo de la vigencia del Decreto 2153, se consideraba que las garantías se podían ofrecer en cualquier momento de la etapa investigativa, es decir, desde la apertura de la investigación hasta el informe motivado. A partir de la Ley 1340 de 2009, se considera que el plazo para presentar garantías se limita hasta el término para solicitar o aportar pruebas.

Se especificó, adicionalmente, que violar el régimen de garantías equivale a la violación de las normas del régimen de la libre competencia.

El artículo 16 de la Ley 1340 señala, adicionalmente, que la SIC expediría guías en que se establecieran los criterios con base en los cuales analizaría la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas. Al día de hoy, la SIC no ha expedido tales guías.

Por su parte, el artículo 19(4) de la Ley 1340 explica que se dará traslado a los terceros interesados sobre las garantías ofrecidas. Hay dos problemas con esta norma: el primero es que la misma no establece ninguna consideración del plazo de los terceros para pronunciarse, y el segundo es que no se hacen consideraciones sobre los efectos del pronunciamiento que realicen los terceros.

2.3 Modificación introducida por el Decreto 019 de 2012

El artículo 155 del Decreto 019 de 2012 modifica el procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el sentido de establecer de manera expresa el término que se le concede a los imputados para ejercer el derecho de defensa en una investigación por prácticas

restrictivas de la competencia, una vez les es notificada la resolución por medio de la cual se ordena la apertura de una investigación formal en su contra.

De conformidad con la norma mencionada, una vez la resolución de apertura es notificada, el o los investigados cuentan con un término de veinte (20) días hábiles para solicitar y aportar las pruebas que pretenden hacer valer en su defensa dentro de la investigación administrativa, para presentar sus descargos y para ofrecer garantías, si lo estiman pertinente.

Esta norma no resulta conveniente porque le pone una camisa de fuerza tanto a los investigados como a la autoridad, ya que en investigaciones complejas puede requerirse de un término mayor para preparar la defensa y evaluar la posibilidad y suficiencia de unas posibles garantías.

Adicionalmente, El Decreto 019 de 2012 formalizó el procedimiento de aclaración y complementación de las garantías ofrecidas por los investigados: determinó que se haría mediante aviso enviado a cualquier dato de comunicación de la empresa que conste en el Certificado de Existencia y Representación Legal.

3. EL CONCEPTO Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS GARANTÍAS PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Debido a que las normas de libre competencia no definen lo que es una garantía en este tipo de procesos, la SIC asimiló el término al de caución, definido en el artículo 65 del Código Civil así:

“Artículo 65.- Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda.”

Así las cosas, la garantía se puede entender, en los términos de la Resolución 24.206 de 2000 expedida por la SIC (caso del chocolate) como una *“obligación, adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede”*, es decir, que reduce las consecuencias del eventual incumplimiento de la obligación principal prometida a la SIC sobre la suspensión o modificación de la conducta indebida.

En relación con la naturaleza de la facultad que tiene el Superintendente de Industria y Comercio de estudiar y aceptar o rechazar las garantías que de manera voluntaria le ofrezcan los investigados, ha dicho la Superintendencia, en el concepto radicado bajo el No. 98013991¹², lo siguiente:

¹² Puede decirse que este era el pronunciamiento doctrinario más importante expedido por la SIC respecto de esta materia. El concepto fue emitido el día 29 de abril de 1998, en contestación a la

“La anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional. La discrecionalidad no significa en ningún momento desconocimiento del principio de legalidad, sino que consiste en la realización, por parte de la administración, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones. Tampoco implica arbitrariedad al momento de decidir, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga.”

De acuerdo con la doctrina que tenía la SIC hasta antes del año 2013, para que se acepte el ofrecimiento de las garantías, debe asegurarse que la suspensión o modificación de la conducta investigada elimine el elemento que en la apertura de la investigación se consideró como anticompetitivo. Según el pronunciamiento referido, cuando se ofrezcan garantías el análisis del Superintendente debe tratar de establecer lo siguiente:

“...si lo que se ofrece asegura o no, que de cumplirse, el mercado se vería librado de las distorsiones que dieron lugar a la investigación. Para ello el ofrecimiento debe hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura...”

“Frente a una propuesta particular, entonces, la Superintendencia se (sic) realizará un análisis de correspondencia, entre la norma que se presumía violada, el comportamiento que implicaba la ilegalidad que dio origen a la investigación y lo que el investigado propone que hará. Si al aplicar la variación o suspensión ofrecida, el investigado deja de estar en el supuesto de hecho de la disposición que sirvió de sustento para la apertura de investigación, se habrá cumplido el primer requisito tendiente a la terminación de la investigación.”

Para efectos del análisis sobre la eliminación del elemento anticompetitivo, de conformidad con la consulta citada, se debe tener en cuenta el tipo de conducta de que se trate, según el siguiente criterio.

- **Conductas Terminadas:** Son aquellas que se materializan durante un período de tiempo que ya pasó, así como las de ejecución instantánea. Debido a que las

consulta formulada por el doctor Marco Antonio Velilla M. En relación con la expresión “garantías suficientes” utilizada en la ley. Sin embargo, la actual doctrina de la SIC ha modificado de manera importante el concepto de suficiencia como se puede ver en el caso del azúcar.

conductas terminadas no pueden suspenderse o modificarse, la SIC sostuvo, inicialmente, que en relación con dichas conductas no es posible aceptar garantías. No obstante, en opinión posterior la SIC aceptó que en estos casos también es posible aceptar el ofrecimiento de garantías.

En efecto, la SIC modificó la posición inicialmente planteada en el concepto radicado bajo el No. 98013991 del 29 de abril de 1999, en el sentido de que era imposible para el Superintendente aceptar garantías en relación con conductas terminadas, por medio del concepto radicado bajo el No. 000011523, en el cual se dijo lo siguiente:

“Este despacho comparte con usted que las investigaciones por conductas anticompetitivas finalizadas o instantáneas son susceptibles de ser terminadas por ofrecimiento de suspender o modificar las conductas investigadas y garantía suficiente de ello. En esa medida se reconsidera la posición que habíamos adoptado en el concepto número 98013991 – 119 del 29 de abril de 1999, cuya copia se adjunta.”

- Conductas de Ejecución Continuada: Son las que perduran en el tiempo, razón por la cual los investigados las pueden suspender o modificar.

Ahora bien, resulta claro que el ejercicio de la función de decidir sobre la finalización o no de una investigación por el otorgamiento de garantías corresponde estrictamente al Superintendente. Esta facultad implica, como ya se dijo, una potestad discrecional que se ejerce a través de la valoración que debe hacer el funcionario de lo que los investigados ofrecen realizar, frente a lo que en su opinión es necesario para preservar el Derecho de la Competencia.

De conformidad con lo establecido por el artículo 44 del C.P.A.C.A.¹³, que reprodujo de manera exacta el antiguo artículo 36 del C.C.A y que resulta aplicable al procedimiento que nos ocupa por expresa remisión del inciso final del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

De conformidad con lo anterior, esta discrecionalidad debe buscar el fin de los cometidos estatales, que en el caso de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se encuentra consagrado en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, según el cual es función de la SIC *“Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que*

¹³ Ley 1437 de 2011.

podieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”

El hecho de que la facultad para decidir sobre la aceptación de garantías sea discrecional no implica, como lo ha dicho la propia entidad, que se actúe en forma arbitraria, ya que para ello se han desarrollado una serie de criterios. El Superintendente solo acepta las garantías que se le ofrecen, cuando éstas le brinden certeza en relación con la eliminación del elemento anticompetitivo por el cual se dio inicio a la investigación.

De allí se deriva la doble ventaja que ofrece este instrumento, a la cual ya me referí anteriormente: el investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la Entidad, en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la investigación y sin que pueda resultar sancionado. La Autoridad de la Competencia por su parte, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del investigado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación.

En este orden de ideas, el análisis que realiza el Superintendente para aceptar o no las garantías debe implicar una concordancia entre la supuesta norma violada, la conducta realizada y la garantía ofrecida, en donde las conductas que se prometan permitan que el presunto hecho ilegal realizado o en realización no continúe, o bien, que se eliminen sus efectos.

4. SUFICIENCIA DE LA GARANTÍA

En este capítulo se explicará la forma en que la SIC definió inicialmente el concepto de suficiencia de la Garantía como requisito indispensable para su aceptación por el Superintendente, y los nuevos requisitos introducidos por la administración del Superintendente Robledo a partir del 2013, a propósito del *Caso del Azúcar* (Resolución No. ____).

4.1 La Suficiencia de las Garantías como requisito para su autorización antes del 2013

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 4º y el inciso 4º del artículo 52, ambos del Decreto 2153 de 1992, las garantías ofrecidas deben ser *suficientes*. Así como no está definido en el Decreto 2153 de 1992 el concepto de garantías, tampoco hay una determinación legal de lo que implica el término de suficiencia. La SIC ha dicho que la

suficiencia es un calificativo de referencia, en virtud del cuál lo que se propone es bastante para lo que se necesita, es decir, que lo suficiente es lo que se caracteriza por su aptitud e idoneidad para cumplir con determinado fin propuesto.¹⁴ Para determinar que una garantía es suficiente la SIC se basaba, antes del año 2013, en dos criterios:

- Criterio general: de acuerdo con este criterio, la conducta garantizada debe asegurar que los fines de las leyes sobre competencia a que hace referencia el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 se hagan efectivos.
- Criterio particular: de acuerdo con el criterio particular, el Superintendente valora si la garantía ofrecida brinda tranquilidad en cuanto a que la obligación principal prometida será cumplida, y que se neutralizarán los efectos nocivos del incumplimiento de lo prometido.

En el Concepto No. 02111018 del 30 de Enero de 2003¹⁵, la SIC hizo las siguientes consideraciones sobre la suficiencia de las garantías:

“En este sentido, para efectos de considerar la suficiencia de las garantías ofrecidas, es preciso adelantar un análisis en el cual se confronten la presunta infracción, la conducta investigada y el contenido de la propuesta que hace el presunto infractor, con el objeto de establecer la eliminación del elemento anticompetitivo. Así, el ofrecimiento debe incluir el compromiso de modificar o suspender efectivamente la conducta por la cual se le investiga.”

“Una vez se determina la obligación principal a cargo del oferente, se consideran suficientes aquellas garantías que brinden la seguridad de que dicha obligación será cumplida. Así mismo, debe proponerse algún condicionamiento, limitación contractual, gravamen, participación de un tercero, depósito judicial, póliza de seguro, pignoración o similar proporcional a los riesgos que conlleva la ejecución de la conducta ilegal o de que se den sus efectos dañinos.” (Subrayados fuera del texto original)

“La suficiencia es un calificativo. Un calificativo de referencia, relativo a que lo que se propone es bastante para lo que se necesita, que es lo apto o idóneo para el fin propuesto. En nuestro caso la suficiencia se predicará de un parámetro general y de uno particular.”

“...”

¹⁴ Resolución 24.206 de 2000, p. 6. Caso del chocolate.

¹⁵ Concepto rendido en contestación a la consulta del señor José Leopoldo Vargas Rodríguez.

“En lo que hace al parámetro particular, las garantías serán suficientes cuando brinden tranquilidad al Superintendente de que la obligación principal será cumplida y que se neutralizarán los efectos nocivos de incumplimiento de lo prometido.”
“...”

“Por su parte, existirá suficiencia general en la medida en que se pueda concluir que la implementación de la corrección, asegurada con las garantías, incentiva los fines de la aplicación de las disposiciones sobre competencia, contemplados en el número 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.”

4.2 Los nuevos requisitos para la suficiencia de las garantías a partir del año 2013

Los nuevos requisitos de suficiencia de las garantías fueron establecidos por la SIC, en contra de su doctrina anterior, reiterada muchas veces, a propósito de la investigación iniciada en contra de ASOCAÑA, CIAMSA S.A., DICSA S.A., la mayor parte de los ingenios azucareros del país y varios de sus representantes legales y directivos principales.

La mencionada investigación fue iniciada mediante la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2013, adicionada por las Resoluciones Nos. 15294 del 8 de abril de 2013 y 50925 del 27 de agosto de 2013.

Dentro de dicho procedimiento los investigados ofrecieron garantías en tres oportunidades ya que las modificaciones de la resolución de apertura les brindó ese número de ocasiones procesales para hacerlo. En la última oportunidad la mayoría de los investigados presentó sus garantías de manera conjunta por medio del memorial radicado bajo el No. 10-57750-606 del 1 de octubre de 2013.

Las mencionadas garantías fueron rechazadas por el Superintendente por medio del oficio radicado bajo el No. 10-57750-782-1, recibido el día 20 de diciembre de 2013, decisión contra la cual se interpusieron varios recursos de reposición, los cuales fueron rechazados definitivamente por medio de la Resolución 1147 del día 20 de enero de 2014.

En los mencionados actos administrativos la SIC reiteró en primer lugar que la aceptación de garantías es discrecional del Superintendente de Industria y Comercio:

“En cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio esta facultada para adelantar investigaciones con el fin establecer la violación del régimen de competencia, a través del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el parágrafo del artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, y modificado por el Decreto 19 de 2012. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, le otorga al Superintendente de Industria y Comercio la facultad discrecional de terminar anticipadamente la investigación, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificara la conducta por la cual se le investiga.

Esta disposición señala lo siguiente:

“Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y practicas comerciales restrictivas. (Modificado art. 155 D. 19 de 2012). (...)

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificara la conducta por la cual se le investiga.

En lo previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. *Para que una investigación por violación a las normas sobre practicas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del termino concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificara la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados”.*

“De conformidad con la citada norma, la aceptación de las garantías es una decisión discrecional exclusiva del

Superintendente de Industria y Comercio. Por consiguiente, la aceptación de las garantías solamente procede cuando a juicio del Superintendente el presunto infractor brinde garantías que sean suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Es decir, es el Superintendente el que valora si las garantías son suficientes o no y basándose en este juicio de valor acepta o rechaza las garantías ofrecidas.

“Así las cosas, es claro que la misma ley sujeta al criterio del Superintendente de Industria y Comercio determinar si la garantía ofrecida es suficiente y, por consiguiente, si procede o no la terminación anticipada del proceso.”

Acto seguido la SIC definió un nuevo test de suficiencia para el ofrecimiento de garantías, las cuales deben cumplir en adelante con todos los requisitos siguientes en forma acumulativa:

“Ahora bien, esta Superintendencia ha identificado una serie de criterios cumulativos que sirven de guía para determinar cuando una garantía ofrecida es suficiente para suspender o modificar la conducta investigada, los cuales se describen a continuación:

“(i) Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley

Las garantías que se limiten a garantizar la observancia de las disposiciones en materia de protección de la competencia por parte de las investigadas no son suficientes para eliminar o modificar las conductas por las que se les investiga. El cumplimiento de las disposiciones legales es una conducta que deben desplegar las investigadas por el simple hecho de ser un agente del mercado. El régimen de competencia aplica a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente, del sector o actividad económica en que participe.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 dispone lo siguiente:

“Artículo 2. (...) Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicara respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los

mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico". (Subraya fuera del texto original)

De conformidad con la norma transcrita, es claro que todo agente del mercado, entendido como aquel que desarrolla una actividad económica o afecta o pueda afectar ese desarrollo, esta obligado a cumplir con las disposiciones en materia de protección de la competencia. Así, la obligación de las investigadas de cumplir con el régimen de protección de la competencia emana de la misma ley y no de un compromiso que adquieren mediante unas garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por ende, este tipo de garantías constituye un compromiso de las intervinientes de cumplir con un régimen legal que ya están obligadas a cumplir por virtud de la misma ley. Por las anteriores consideraciones, las garantías que constituyen compromisos de cumplir con el régimen de protección de la competencia son inocuas para garantizar la suspensión o modificación de la conducta investigada.

(ii) Las garantías deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la resolución de apertura

Entre las garantías que ofrezcan las intervinientes es indispensable, pero no suficiente, que estas adquieran compromisos que le permitan a esta la Superintendencia de Industria y Comercio asegurarse de que las investigadas cesaran o modificaran las conductas identificadas como presuntamente anticompetitivas, en términos consistentes con el régimen de protección de la competencia.

(iii) Las garantías deben ser estructurales

Esta Superintendencia considera que garantías de carácter estructural podrían ser suficientes para cesar o modificar una conducta presuntamente anticompetitiva, en la medida en que eliminen o reduzcan sustancialmente, y de manera permanente, los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas. En este sentido, las garantías estructurales están encaminadas a generar efectos pro-competitivos en el mercado que no se generarían con una sanción producto de una investigación por violación al régimen de competencia.

Así, ejemplos de garantías estructurales son la desinversión de activos de una empresa integrada verticalmente en el mercado afectado por las conductas investigadas o la eliminación de cláusulas de exclusividad en contratos con proveedores o clientes.

Por el contrario, si bien los compromisos de promocionar y abogar por el cumplimiento de las normas de competencia mediante, entre otros, publicidad, congresos y capacitaciones son deseables, por si solos, no son garantías estructurales y, por ende, no son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Igualmente, las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, pero no eliminan ni reducen los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, no constituyen garantías estructurales.

(iv) La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia

Las garantías ofrecidas deben avanzar los propósitos del derecho de la competencia, entre otros, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En cada caso concreto, se deberá evaluar si las garantías ofrecidas y la terminación anticipada de la investigación se adecuan a los fines que persiguen las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior, implica, entre otros aspectos, que la Superintendencia de industria y Comercio deberá valorar, en cada caso, si la aceptación de garantías y la terminación anticipada del procedimiento mantienen el efecto disuasivo de las sanciones por violación del régimen de protección de la competencia.

4.3 Crítica al nuevo test de suficiencia planteado por la SIC

En relación con el novedoso test de suficiencia, cuyos requisitos deben ser cumplidos de manera acumulativa por los investigados, es preciso formular los siguientes comentarios:

4.3.1 Puede haber garantías válidas que no contengan compromisos estructurales

La SIC considera que solamente se pueden aceptar las garantías si contienen compromisos de tipo estructural, ya que de lo contrario se debe considerar que no eliminan o reducen sustancialmente y de manera permanente los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas, así como tampoco generan efectos pro-competitivos.

Al respecto, se reitera que en ninguna norma o reglamento se ha dispuesto que como requisito *sine qua non* para que las figura de las garantías resulte procedente, que las mismas **eliminen de manera permanente** los incentivos económicos de las conductas anticompetitivas, pues esos incentivos no dependen de los investigados sino de circunstancias completamente exógenas a ellos.

Está claro en la ley que para que las garantías sean suficientes y puedan ser aceptadas por la SIC, los investigados deben simplemente ofrecerle al Superintendente que suspenderán o modificarán las conductas por las cuales se les investiga, pero no que deban modificar la estructura de los mercados o generar efectos pro-competitivos como ahora lo ha exigido la SIC, que con esta decisión ha quebrantado su propia doctrina, decantada a lo largo de decenas de casos.

4.3.2 La imposición de requisitos acumulativos no es exigida por la ley

La SIC ha decidido exigir de manera acumulativa que las garantías no pueden consistir en el mero cumplimiento de la ley, que deben ser efectivas para hacer cesar o modificar las conductas presuntamente ilegales, que deben ser estructurales y que deben avanzar las finalidades de las normas de competencia a la vez que se mantiene su efecto disuasivo.

Como se puede observar, el test de suficiencia estructurado por la SIC en el 2013, con su requisito acumulativo lo que en realidad genera es la virtual imposibilidad de que se puedan aceptar garantías, lo cual resulta contrario al espíritu del legislador de 1992.

4.3.3 Modificación de la doctrina probable

Por último debe considerarse que el tema de la suficiencia de las garantías había sido desarrollado por la SIC desde los años noventa, como se ha explicado aquí, y venía siendo aplicado en más de cuarenta casos, como se puede ver en el documento emanado de la propia Superintendencia que se anexa a este escrito.

A pesar de lo anterior, la Superintendencia no tuvo en cuenta la formación de la doctrina probable en esta materia, la cual implica una carga argumental para la SIC, en

desarrollo de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1340. La mencionada norma dispone lo siguiente:

“Artículo 24. Doctrina Probable y Legítima Confianza.- La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable.

La Corte Constitucional considera que, si bien la doctrina probable no debe ser obligatoria, tampoco debe haber mucha flexibilidad, de manera que con una decisión ésta no se desconozca ni se omita. En la sentencia C-836 del 2001, esta entidad declara la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1896; en este pronunciamiento, este alto tribunal explicó:

“Una decisión judicial que desconozca caprichosamente la jurisprudencia y trate de manera distinta casos previamente analizados por la jurisprudencia, so pretexto de la autonomía judicial, en realidad está desconociéndolos y omitiendo el cumplimiento de un deber constitucional.¹⁶”

De esta manera, si alguien quisiera apartarse de la doctrina probable, en los casos en los que esta figura se avale por la ley, debe dar una explicación suficiente; de lo contrario, violaría el artículo 13 de la Constitución Política, que se refiere a la igualdad de trato. Así, el encargado de tomar la decisión tendrá una carga de transparencia, por lo que deberá exponer de manera clara cuál es el precedente con el que no está de acuerdo, y una carga de argumentación, en virtud de la cual deberá exponer las razones por las que decide apartarse de la doctrina probable.

Con lo anterior, es posible concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio debió explicar, en el momento en que se apartó de la doctrina probable establecida por la misma corporación, cuál era la posición que había sido sostenida con respecto al otorgamiento de garantías, y cuáles fueron los motivos por los que se apartó de la misma.

5. COLATERAL

Aunque este término *“colateral”* no es utilizado por nuestro derecho y su significado ordinario no tiene el sentido que le ha dado la SIC, es evidente que la entidad lo ha utilizado para significar garantía. Lo que sucede es que se podría crear una confusión porque la SIC quiere indicar que es preciso que las obligaciones que se adquieren con

¹⁶ Sentencia citada por Andrés Jaramillo Hoyos en su artículo: “La Doctrina Probable en la Ley 1340 de 2009” (*Revista de Derecho de la Competencia*. Vol. 7, No. 7. 2011).

el ofrecimiento y aceptación de garantías estén a su vez garantizadas. En efecto, al respecto la SIC dijo en el concepto No. 98013991 que las garantías no se pueden referir de manera exclusiva al cumplimiento de la ley, sino que *“...el esquema que se proponga debe contener algún condicionamiento, limitación contractual, gravamen, participación de un tercero, depósito judicial, póliza de seguro, pignoración o similares, en relación directa y que puedan tenerse como proporcionales a los riesgos que existen de que la conducta continúe o de que se den sus efectos dañinos.”*

Por regla general la SIC ha admitido como *“colateral”* el otorgamiento de pólizas de cumplimiento de resoluciones judiciales expedidas por las compañías de seguros. Por regla general se presenta algún grado de discusión en cuanto al monto de la póliza, el cual ha sido en el pasado graduado por la SIC con base a la máxima multa que podría imponer al investigado en caso de demostrarse la infracción de la ley. En el pasado la SIC ha exigido garantías cuyo monto oscila entre el equivalente al 10% y el 100% del valor de la sanción máxima de 2.000 salarios mínimos mensuales que se podía imponer a las empresas investigadas. En los casos en que se reducía el valor de la póliza, se tienen en cuenta criterios tales como la capacidad financiera, las características y efectos potenciales de las conductas investigadas.

Así mismo se ha exigido el otorgamiento de pólizas para las empresas y para los administradores investigados por separado, pero en algunas oportunidades también se ha admitido que las pólizas de las empresas cubran a los administradores investigados.

El tema del Colateral ha sido fuente de debate y evolución doctrinal, a raíz de la expedición de la Ley 1340 de 2009. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por la mencionada ley, la violación de las garantías configura una infracción de libre competencia que amerita investigación y sanción de la SIC.

Por esta razón se estima que el colateral no es indispensable para la aprobación de las garantías por la SIC y adicionalmente la autoridad no podría respecto de unos mismos hechos imponer una multa y hacer efectivo el colateral, ya que ello implicaría una doble sanción para los investigados.

Así lo consideró la SIC al expedir la Resolución No. 43253 del 20 de agosto de 2010, por medio de la cual decidió aceptar garantías dentro de la investigación administrativa iniciada contra COLTEL y su representante legal por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia. En esa oportunidad la SIC manifestó frente al ofrecimiento de constituir una póliza de seguro como colateral de las obligaciones de la garantía ofrecida, que ello no era necesario. *“Lo anterior, bajo el entendido que el artículo 16 de la Ley 1340 de 2010 prevé directamente como sancionable el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de*

garantías¹⁷, el cual puede acarrear, previa solicitud de explicaciones, las sanciones previstas en los artículos 25 y 26 de la citada Ley, cuyo monto puede ascender a 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes en caso de la empresa involucrada y de hasta 2000 salarios mínimos mensuales vigentes para las personas naturales.”

A pesar de lo anterior, con posterioridad al *Caso de Coltel*, la SIC aceptó garantías que incluían el colateral, por ejemplo en el *Caso de las Tarjetas de Crédito (Resolución No. _____)*, así que este elemento de las garantías no debe considerarse como eliminado.

6. ESQUEMA DE SEGUIMIENTO

La SIC ha entendido que toda garantía debe contar con un sistema de seguimiento que le permita a la entidad cerciorarse del cumplimiento de las obligaciones prometidas, para que haya certeza de que no se continuará realizando la conducta por la cual se dio inicio a la investigación. Esta obligación surge de la facultad de verificar el adecuado funcionamiento de los mercados. El esquema de seguimiento debe dar seguridad suficiente para permitir una óptima vigilancia.

En algunos casos, el esquema de seguimiento puede ser complementado con otras obligaciones adicionales a cargo del investigado, a consideración del Superintendente, cuando este lo considere necesario.¹⁸

Al respecto la SIC dijo lo siguiente, en el Concepto No. 02111018 del 30 de Enero de 2003:

“Finalmente, a efectos de verificar el cumplimiento del ofrecimiento, debe señalarse un esquema de seguimiento que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio corroborar su ejecución. Al respecto cabe precisar que, corresponde a esta Entidad y no al presunto infractor, determinar el período de tiempo durante el cual se deben mantener las garantías ofrecidas y que por regla general no hay lugar a su “desmonte” o “levantamiento” en caso de cumplirse con el ofrecimiento hecho dado que, una vez agotado el término correspondiente, las mismas no deberán renovarse. No obstante lo anterior, en eventos excepcionales en los que puedan haber

¹⁷ “De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 ‘El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio.’ “

¹⁸ Un buen ejemplo de esta exigencia se encuentra en la Resolución 25.983 de 2000, en el caso del supuesto acuerdo de fijación de precios relacionado con el cobro del cargo por reembolso de tiquetes, iniciado por la SIC en contra de Alaico y varias aerolíneas comerciales.

variado de tal manera las circunstancias que justificaron la aceptación de las garantías, podría haber lugar a la evaluación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de su eventual terminación.” (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con la referencia que la SIC hace en las resoluciones de aceptación de garantías, al hoy derogado numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el investigado constituye el fundamento de hecho y de derecho de la decisión de terminación anticipada de la investigación, lo cual quiere decir que en el evento de que se incumplan dichas obligaciones, se produce el decaimiento del acto administrativo y la investigación se debe reanudar.

7. OPORTUNIDAD PARA OFRECER GARANTÍAS

7.1 Situación anterior a la Ley 1340

La SIC determinó en el concepto No. 96027630 de 1996¹⁹, que las garantías solo pueden ser ofrecidas durante el transcurso de la investigación, de conformidad con el artículo 52 del decreto 2153 del 92. A juicio de la SIC, de acuerdo con el Concepto No. 9807593 de 1999, la investigación *“inicia con la resolución de apertura de investigación que se tramita al investigado”*²⁰ y termina con el informe motivado del cuál se corre traslado al investigado. De acuerdo con la autoridad, *“Una vez recibido el informe motivado y las alegaciones del investigado inicia la etapa del fallo.”*²¹

El Concepto No. 96027630 de 1996 dijo en su momento sobre la oportunidad para presentar garantías lo siguiente:

“(…) la oportunidad procesal para que el presunto infractor brinde las garantías, es durante el curso de la investigación, esto es, previamente a que el Superintendente de Industria y Comercio expida resolución motivada, en donde, se decida sobre la existencia de la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.”

Como se puede observar, de conformidad con los conceptos citados, las garantías podían ser presentadas solamente hasta antes de la expedición del informe motivado que el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia le presenta al

¹⁹ Concepto emitido el día 25 de junio de 1996, en contestación a una consulta formulada por el doctor Santiago Concha Delgado.

²⁰ Concepto 9807593 – 1999, expedido con base en la consulta formulada por el doctor Juan Pablo Riveros Lara.

²¹ Ibidem.

Superintendente de Industria y Comercio, por considerarse que hasta ese momento duraba la etapa de instrucción y que con posterioridad al mismo viene la etapa de fallo.

Esta fue además la tesis aplicada por la SIC en la investigación iniciada contra la Asociación de Procesadores Independientes de Leche y otros, por la realización de acuerdos anticompetitivos de fijación de precios, en violación del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por medio de la Resolución No. 10023 del 2003, la SIC resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto por Derilac S.A., por medio del cual solicitaba que se le aceptaran las garantías que había ofrecido con posterioridad a la presentación del informe motivado.

Para Derilac S.A. el asunto revestía una gran importancia, puesto que había ofrecido unas garantías similares a las que les fueron aceptadas a los demás investigados, quienes las presentaron antes de la presentación del informe motivado, con lo cual se les terminó la investigación sin sanciones, mientras que Derilac S.A. fue sancionada. Al respecto Derilac S.A. argumentó que el informe motivado “...hace parte íntegra, esencial diríamos nosotros de la investigación.” La SIC por su parte reiteró que en su opinión las garantías se pueden presentar durante la etapa de la “instrucción”, la cual termina con la expedición del informe motivado, razón por la cual se abstuvo de aceptar las garantías que presentó Derilac S.A. y le impuso una sanción pecuniaria a la mencionada empresa.

Este criterio no fue unívoco. En efecto, en el caso del cemento,²² la SIC aceptó las garantías ofrecidas con posterioridad al informe motivado, aunque debe reconocerse que el caso tuvo ciertas particularidades, ya que fue decidido por el Superintendente de Sociedades, en calidad de Superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* debido al impedimento declarado por el titular.

En mi criterio, la totalidad del procedimiento administrativo que adelanta la SIC es una investigación, la cual culmina una vez queda en firme la resolución que resuelve el recurso de reposición, en el evento de que se haga uso del mismo. Por lo tanto, es evidente que hasta antes de que se profiera dicha resolución, la SIC podría haber aceptado garantías, siempre que se cumplieran los demás requisitos a que se ha hecho referencia en este escrito.

7.2 Situación actual

²² Resolución No. 17.464 de 1999, por medio del cual la SIC aceptó las garantías ofrecidas por los principales fabricantes de cementos, contra los cuales había abierto una investigación por la presunta realización de acuerdos de repartición de mercados de tipo horizontal y acuerdos de compartir información a través del Instituto del Cemento ICPC.

Como se advirtió arriba, uno de los cambios más importantes en el procedimiento de prácticas restrictivas es precisamente el relacionado con la oportunidad para el ofrecimiento de garantías. Como ya se vio, de conformidad con lo previsto por La Ley 1340 y el Decreto 019, hoy en día las garantías solamente pueden ser válidamente ofrecidas dentro del término de veinte (20) días hábiles que la ley otorga para ofrecer descargos y solicitar pruebas. Este término se cuenta a partir de la notificación de la resolución de apertura de la investigación.

8. EL OFRECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS Y LA VIOLACIÓN DE LA LEY

En relación con este aspecto la SIC ha pasado por varias etapas y ha resuelto varios casos a través de los cuales ha ido madurando su posición hasta llegar a la situación actual.

El primer caso que resulta conveniente analizar es el de Pavco²³. En este caso la SIC abrió una investigación con el objeto de determinar si entre Pavco y sus distribuidores se habían realizado acuerdos anticompetitivos relativos a precios, ventas atadas y colusión en licitaciones públicas, en violación de los numerales 1, 7 y 9, respectivamente, del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En la resolución que se comenta la SIC hace una valoración respecto de las conductas, su demostración y su confrontación con las normas violadas y manifiesta que las garantías se aceptan en atención a su suficiencia y a que fueron ofrecidas dentro del traslado de la resolución de apertura. Al respecto dijo la SIC lo siguiente:

“Lo cierto es que la procedencia de una solicitud de suspensión de investigación depende, fundamentalmente, del análisis que se haga del caso particular. En todo caso resulta vital el momento en el cual los investigados presentan su solicitud, pues mal podría pensarse que los particulares cuentan con una alternativa de perdón para sus infracciones cuando la investigación esté por terminar y los esfuerzos de la administración se encuentran a punto de acreditar la existencia de una contravención. En el presente caso debe considerarse que las garantías se ofrecieron dentro del término del traslado de la apertura de investigación.”

Sin embargo, la posición de la SIC varió notablemente en 1995 con la expedición de la resolución por medio de la cual se aceptaron las garantías ofrecidas por Comcel y Celumóvil, operadores de telefonía celular investigados por supuesta fijación de precios y aplicación de tarifas discriminatorias, en violación del numeral 1º del artículo 47 y el numeral 2º del artículo 50 del decreto 2153.

²³ Resolución 0843 del 6 de mayo de 1994.

Debe tenerse en cuenta la particular coyuntura que enfrentaba la Superintendencia, ya que los operadores de telefonía celular, que hacía un año habían pagado más de 300 millones de dólares cada uno por la concesión, podrían enfrentar la caducidad del contrato, ya que de conformidad con el literal d) del artículo 43 del Decreto 741 de 1993, constituye una causal especial de caducidad del contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular *“La violación a la prohibición de incurrir en prácticas monopolísticas impidiendo la libre competencia en los términos establecidos en la ley, el presente Decreto y el pliego de condiciones de la licitación;”*.

En vista de lo anterior, la SIC realizó un análisis de lo que significa el ofrecimiento y aceptación de garantías y manifestó en el considerando segundo de la resolución de aceptación de garantías el ejercicio de la facultad de dar por terminadas las investigaciones con base en el ofrecimiento de garantías *“implica inhibirse, tanto la administración como los presuntos infractores, de pronunciarse acerca de la existencia o no de las conductas materia de la investigación”*.

No existe pronunciamiento doctrinario de la SIC en el cual haya modificado la posición establecida en el caso de celular. Sin embargo algunos sostienen que el ofrecimiento de garantías implica la aceptación de la culpabilidad. Dicha opinión, que considero errada, se funda en la redacción que generalmente usa la SIC al aceptar garantías.

Para poner un ejemplo, por medio de la Resolución 19.644 de 1998, la SIC decidió aceptar las garantías ofrecidas por Postobón, Panamco y Bavaria, empresas contra las cuales había iniciado una investigación por presuntos acuerdos horizontales y verticales de precios y acuerdos de repartición geográfica de mercados de tipo vertical, lo cual supuestamente violaba los numerales 1º y 3º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Al aceptar las garantías por medio de la resolución mencionada, la SIC dijo que: *“Los investigados, al hacer el ofrecimiento (de garantías) aceptan los supuestos de hecho por los cuales se inició la investigación y eliminan el elemento anticompetitivo”*.

Los términos que utiliza la SIC pueden llevar a pensar en forma errónea que el ofrecimiento de garantías implica una aceptación, por parte del investigado, de que ha violado la ley. Esto no es así: lo que implica el ofrecimiento de garantías es que los hechos que sirvieron de base a la apertura de la investigación son aceptados por el investigado, pero no necesariamente que este admita que tales hechos constituyen conductas que él ha realizado y que esas conductas violan la ley.

En el *Caso Inicial del Chocolate*²⁴, por ejemplo, las empresas investigadas aceptaron que los precios de algunos de sus productos son iguales, pero negaron haber realizado

²⁴ Resolución 24.206 del 28 de septiembre de 2000, modificada parcialmente por la Resolución 35.445 del 29 de diciembre de 2000, por medio de las cuales la SIC aceptó las garantías ofrecidas por Casa Luker y Nacional de Chocolates, contra las cuales había iniciado una investigación por supuestos acuerdos de fijación de precios en violación del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153.

acuerdos de fijación de precios en violación de lo dispuesto por el artículo 47(1) del Decreto 2153. Resulta claro que si los investigados pueden demostrar que el hecho en el que se funda la apertura de la investigación no es cierto, posiblemente no pueden ofrecer garantías.

De otra parte y de conformidad con la doctrina de la SIC, es claro que el ofrecimiento de garantías no implica de ninguna manera una confesión o la aceptación de que se incurrió en una conducta ilegal. En efecto, por definición de la ley, la aceptación de las garantías por parte de la Superintendencia produce la terminación anticipada de la investigación, antes de que la Entidad se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, antes de que se califique la conducta investigada como anticompetitiva.

En estas condiciones, resulta claro que la ley no exige a los investigados que renuncien a su presunción de inocencia, sino que precisamente les ofrece la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas.

En suma, son muy diversas las razones por las que un investigado decide ofrecer garantías, y su ofrecimiento y aprobación no constituyen reconocimiento alguno sobre la comisión de una conducta ilegal.

9. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS OFRECIDAS

9.1 Situación antes de la Ley 1340

En el Concepto No. 02111018 del 30 de Enero de 2003, la SIC hizo las siguientes consideraciones sobre el efecto de la aceptación de garantías, así como de los efectos de su incumplimiento:

“La aceptación de las garantías ofrecidas dentro de las investigaciones adelantadas para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, deviene en la terminación del proceso y su objeto es hacer efectiva la modificación o cesación de los actos objeto de investigación. Sin embargo, su incumplimiento dará lugar al decaimiento de la resolución de terminación de la investigación y la consecuente reanudación de la misma.” (Subrayado fuera del texto original).

Como se puede observar, en el concepto transcrito la SIC manifestó que la consecuencia del decaimiento del acto administrativo por medio del cual se aceptaron las garantías es la reanudación de la investigación. Esta apreciación implicaba que el investigado

mantenía en ese evento su presunción de inocencia, toda vez que la entidad aún no le había demostrado que ha infringido la ley.

Ahora bien, aunque el punto fue objeto de debate²⁵, considero que para efectos de declarar el incumplimiento de las garantías, la SIC debía llevar a cabo un procedimiento, en el cual se debía permitir el ejercicio del derecho de defensa a los investigados.

9.2 Situación a partir de la Ley 1340

Hoy en día, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1340, la SIC impone sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de *“...la terminación de una investigación por aceptación de garantías”*.

Lo anterior indica que por medio de la aceptación de las garantías la SIC pone fin a la investigación de prácticas restrictivas y a pesar de los pronunciamientos anteriores, no se encuentra caso alguno en el cual la SIC haya declarado el incumplimiento de la garantía y haya reiniciado la investigación. Es decir, que la investigación inicial, terminada de manera anticipada por la aceptación de garantías, terminada se queda. Lo que si ha sucedido, es que producido el evento del incumplimiento, la SIC ha abierto investigaciones en contra de las empresas para demostrar dicho incumplimiento, el cual hoy en día se considera como una infracción del régimen de libre competencia, susceptible de ser sancionado con la máxima sanción a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 1340, es decir, con 100.000 salarios mínimos mensuales (el equivalente a unos 60.000 millones de pesos) o el 150% de la utilidad obtenida con la infracción, lo que sea mayor.

Una vez declarado el incumplimiento de la garantía, surge la inquietud respecto del momento en que puede hacerse efectiva la póliza de seguros que constituye lo que la SIC ha llamado el *“Colateral”* o seguridad de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la resolución de aceptación de garantías. Al respecto, como ya se vio arriba, se discute si el colateral debe seguir existiendo en atención a que el incumplimiento de la garantía es hoy día una infracción de prácticas restrictivas; sin embargo, como se explicó, esta posición no ha sido mantenida por la SIC. En todo caso, en el evento de que exista el colateral, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- La recta utilización de la póliza otorgada consistiría en emplearla como medio para hacer efectivo el pago de la multa que se le llegara a imponer por la violación de la ley, en el evento de que ello resultara demostrado dentro de la investigación.

²⁵ Por medio de las resoluciones 07437 del 26 de marzo de 2003 y 9.633 del día 8 de abril de 2003, la SIC declaró el incumplimiento de las garantías en el caso del arroz y el del chocolate respectivamente.

- En efecto, lo lógico sería que en la parte resolutive de la resolución en la cual se sancionara a los investigados por la violación de la ley, se declarara el siniestro de la póliza con el fin de hacer efectivo el pago de la multa que se hubiera impuesto.
- Este criterio es el que tuvo en cuenta la SIC al crear el mecanismo del “*colateral*” y por esa razón siempre se ha vinculado el valor de la póliza al valor de la sanción que eventualmente podría aplicar la entidad.
- Podría alegarse que la póliza lo que garantiza es el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado en virtud del ofrecimiento y aceptación de las garantías. Al respecto debe considerarse que la aceptación de garantías contiene una serie de instrucciones que imparte la entidad al investigado y las cuales éste se encuentra obligado a cumplir.
- En el evento de que la SIC, después de adelantar un procedimiento con respeto por el debido proceso y el derecho de defensa llegara a la conclusión de que se han incumplido las garantías, podría imponer las sanciones correspondientes a esa infracción y asegurar el pago de esas multas con las pólizas otorgadas.

10. CONCLUSIONES

Como quedó expresado atrás, las garantías constituyen un instrumento muy valioso tanto para la SIC como para los investigados, que además es utilizado de manera muy extendida en el mundo. En el evento de que el instrumento sea bien utilizado, se preservará el Derecho de la Competencia y la SIC podrá concluir más casos sin incurrir en el desgaste de la demostración de la ilegalidad de las conductas.

Debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 1340 la SIC tiene “... *el deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional*”, deber que se puede cumplir de varias maneras: **(i)** Mediante la declaración de violación de las normas de competencia, formulación de órdenes de cesar las conductas ilegales y la imposición de las sanciones correspondientes; **(ii)** mediante la aceptación de garantías como mecanismo para la terminación anticipada de las investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia; **(iii)** mediante el programa de abogacía de la competencia y colaboración entre las autoridades estatales; y **(iv)** mediante los programas de difusión y capacitación del Derecho de la Competencia.

Es decir, que contrario a lo que muchos pueden creer, la finalidad y la función principal de la autoridad de competencia es precisamente la protección de la libre y leal competencia, no la imposición de multas. Sin embargo, persiste la percepción equivocada en el sentido de que solamente la imposición de multas es una prueba del buen desempeño de la autoridad y del éxito de su lucha contra las prácticas

restrictivas. Esta errónea percepción es alimentada por los medios de comunicación, ansiosos de noticias impactantes. Tampoco contribuye el hecho de que de conformidad con el ya citado artículo 25 de la Ley 1340, las multas por la violación de las normas de competencia van a parar al patrimonio de la SIC, con lo cual se crea un incentivo económico inapropiado, que hace que la autoridad se incline más por la imposición de sanciones que por la aceptación de garantías.

Es indudable sin embargo, que existe el peligro de que se acepten garantías sin el suficiente fundamento, con lo cual se perjudicaría a toda la comunidad. Así mismo, es preciso que la SIC garantice a los investigados el debido proceso a la hora de declarar el incumplimiento de las garantías, ya que los efectos de tal decisión pueden ser muy graves.

Con el objeto de brindar mayor seguridad jurídica, sería conveniente que se desarrollara el concepto de las garantías en la ley, que se establecieran sus características, requisitos y procedimientos. Que se definieran figuras poco claras como la del “*colateral*” y se dictaran normas sobre los esquemas de seguimiento y su duración. De lo contrario, empresas que de buena fe podrían estar interesadas en asumir compromisos y buscar el estricto cumplimiento de la ley, preferirán atenerse a las resultas del proceso antes que acudir al mecanismo expedito y eficiente de las garantías.

Por último considero, que el hecho de que la investigación se termine en forma anticipada y no se realice una valoración de la conducta investigada, no quiere decir que la SIC no pueda sentar valiosa doctrina sobre múltiples aspectos procesales y sustanciales, sucedió en el caso del cemento, al cual ya he hecho referencia.