

EL OFRECIMIENTO DE GARANTÍAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO¹

RESUMEN

Las garantías consagradas en el decreto 2153 de 1992 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

1 El doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO es abogado y socioeconomista javeriano. Especialista en derecho financiero de la Universidad de los Andes. Máster en derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de derecho de la competencia a nivel de pregrado y posgrado en las 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 Pontificia Universidad Javeriana. Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Socio de la firma Esguerra Gamba Barrera Arriaga Miranda Piquero González y Jaramillo.

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.

ABSTRACT

The settlements consecrated in Decree 2153 of 1992 allow the anticipated termination of the investigations carried out by the Superintendence of Industry and Commerce on restrictive commercial practices or unfair competition. There are diverse and opposing positions on this procedural tool, as it is not always seen as an advantage when finishing the process, in view of the fact that it prevents the SIC, which is the competent authority, to make an in-depth statement 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 the goal is always to fulfill the will of the law.

In dealing with this subject, which is also current in other countries, the goal is 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.

Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes y evolución normativa
 3. El concepto y las características de las garantías para el derecho de la competencia
 4. Suficiencia de la garantía
 5. Colateral
 6. Esquema de seguimiento
 7. Oportunidad para ofrecer garantías
 8. El ofrecimiento de las garantías y la violación de la ley
 9. Efectividad de las garantías ofrecidas
- Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN²

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, 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 de 1992, la SIC ha dado por terminadas en forma anticipada numerosas investigaciones por medio de la aceptación de garantías, mecanismo que ha venido desarrollando

2 El autor agradece la colaboración que le prestaron en la preparación de este documento PAULA GARAVITO, investigadora del CEDEC y CATALINA CASTRO GAITÁN y NATALIA JARAMILLO VIDALES, alumnas de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Javeriana.

conceptualmente a partir de los escasos textos legales que existen sobre la materia.

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 sienta 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 competencia³.

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 ha desarrollado una serie de criterios. En teoría, el superintendente sólo 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: 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.

3 CORTAZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia. Análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C., 2003, pág. 84. En relación con las garantías este autor, cuya opinión no comparto, manifiesta que “El problema con esta actitud indulgente es que, por una parte genera incertidumbre y, por tanto, no aporta mayor cosa al desarrollo de esta disciplina y, por la otra, que es un estímulo para la realización de conductas anticompetitivas”.

Por 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.

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 aceptar condiciones mucho menos gravosas para los investigados, que aquellas que puede pedir al juez en caso de que el proceso continúe.

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:

“ARTÍCULO 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 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

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:

“ARTÍCULO 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;”

“...”

“ARTÍCULO 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 y 266 de 2000, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, 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 inexequibilidad de las normas mencionadas, las garantías se rigen hoy día 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 ha dado la SIC, principalmente por medio de pronunciamientos radicados bajo los números 98013991, 99030993, 98075793 y 00011523 relacionados con esta materia.

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 asimila 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 n° 98013991⁴, lo siguiente:

“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 de la SIC, 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”.

4 Puede decirse que este es 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 consulta formulada por el doctor MARCO ANTONIO VELLILLA M. En relación con la expresión “garantías suficientes” utilizada en la ley.

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 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 n° 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 n° 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 36 del CCA, 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, según el cual es función de la SIC velar por el cumplimiento de las normas de competencia y atender las quejas por la violación de las mismas con el fin de:

“... alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

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

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 propuesto⁵. Para determinar que una garantía es suficiente la SIC se basa 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.

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

En el concepto n° 02111018 del 30 de enero de 2003⁶, la SIC hace 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 (sic), 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” (bastardilla 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”.

“...”

“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”.

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

Con las garantías anotadas, estimamos que se cumple suficientemente con este requisito.

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 el ofrecimiento y aceptación de garantías estén a su vez garantizadas. En efecto, al respecto la SIC dijo en el concepto n° 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 es graduado por la SIC con base a la máxima multa que podría imponer al investigado en caso de demostrarse la infracción de la ley. La SIC ha exigido garantías cuyo monto oscila entre el equivalente al 10% y el 100% del valor de la sanción máxima a imponer a las empresas investigadas. En los casos en que se reduce el valor de la póliza, se tienen en cuenta criterios tales como la capacidad financiera, las características y efectos potenciales de las conductas investigadas.

Asimismo 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.

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 éste lo considere necesario⁷.

Al respecto la SIC dijo lo siguiente, en el concepto n° 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 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” (bastardilla fuera del texto original).

De conformidad con la referencia que la SIC hace en las resoluciones de aceptación de garantías, al numeral 2° del artículo 66 del CCA, el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el investigado constituye el fundamento de hecho y de derecho de la decisión de terminación

7 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.

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

La SIC determinó en el concepto n° 96027630 de 1996⁸, que las garantías sólo pueden ser ofrecidas durante el transcurso de la investigación, de conformidad con el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. A juicio de la SIC, de acuerdo con el concepto n° 9807593 de 1999, la investigación

“inicia con la resolución de apertura de investigación que se tramita al investigado”⁹

y termina con el informe motivado del cual 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”¹⁰.

El concepto n° 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”.

8 Concepto emitido el día 25 de junio de 1996, en contestación a una consulta formulada por el doctor SANTIAGO CONCHA DELGADO.

9 Concepto 9807593 – 1999, expedido con base en la consulta formulada por el doctor JUAN PABLO RIVEROS LARA.

10 *Ibidem*.

Como se puede observar, de conformidad con los conceptos citados, las garantías pueden ser presentadas solamente hasta antes de la expedición del informe motivado que el superintendente delegado para la promoción de la competencia le presenta al superintendente de industria y comercio, por considerarse que hasta ese momento dura 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 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 es unívoco. En efecto, en el caso del cemento¹¹, la SIC aceptó las garantías ofrecidas con posterioridad al informe motivado, aunque debe reconocerse que el caso tuvo ciertas particularidades, ya

11 Resolución 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.

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 tanto, es evidente que hasta antes de que se profiera dicha resolución, la SIC podrá aceptar garantías, siempre que se cumplan los demás requisitos a que se ha hecho referencia en este escrito.

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 PAVCO¹². 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 numeral 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

12 Resolución 0843 del 6 de mayo de 1994.

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 de 1992.

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 éste admita que tales hechos constituyen conductas que él ha realizado y que esas conductas violan la ley.

En el caso del chocolate¹³, por ejemplo, las empresas investigadas aceptaron que los precios de algunos de sus productos son iguales, pero negaron haber realizado acuerdos de fijación de precios en violación de lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. 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.

Por 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

13 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.

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

En el concepto 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*” (bastardilla fuera del texto original).

Como se puede observar, en el concepto transcrito la SIC manifiesta que la consecuencia del decaimiento del acto administrativo por medio del cual se aceptaron las garantías es la reanudación de la investigación. Esta apreciación es, en mi opinión acertada e implica que el investigado mantiene en ese evento su presunción de inocencia, toda vez que la entidad aún no le ha demostrado que ha infringido la ley.

Ahora bien, aunque el punto es objeto de debate en la actualidad¹⁴, considero que para efectos de declarar el incumplimiento de las garantías, la SIC debe llevar a cabo un procedimiento, por breve que éste sea, en el cual debe permitir el ejercicio del derecho de defensa a los investigados.

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 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.
- 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.
- De conformidad con lo previsto por el numeral 2º del artículo 3º del decreto 2153 de 1992, corresponde a la SIC:

“Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, *así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la superintendencia*”.

- 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. 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.

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. Asimismo, 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.