

**INTERVENCIÓN AMICUS CURIAE A PROPÓSITO DE
LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
CONTRA EL DECRETO 2153 DE 1992**

**HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**

Referencia: INTERVENCIÓN A PROPÓSITO DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL NUMERAL 12 DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 2153 DE 1992 Y EL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992 INTERPUESTA POR EL DOCTOR MAURICIO VELANDIA

Interviniente: JUAN DAVID GUTIÉRREZ R.

Juan David Gutiérrez R., mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.090.558 de Bogotá, con tarjeta profesional número 150,012 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, por expresa solicitud de su Director el doctor Alfonso Miranda Londoño, y como profesor de la materia de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C. a nivel de pregrado y de especialización, atendiendo el requerimiento de la Honorable Corte Constitucional, presento mis consideraciones en relación con la DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL

NUMERAL 12 DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 2153 DE 1992 Y EL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992 interpuesta por el doctor Mauricio Velandia.

La presente intervención se divide en tres secciones:

- I. Consideraciones sobre la competencia de la Honorable Corte Constitucional para conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad
- II. Resumen de la demanda de inconstitucionalidad
- III. Análisis sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas

I. LA COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA

El artículo transitorio 20 de la Constitución Política otorgó al Gobierno Nacional de manera temporal—durante el término de dieciocho meses a partir de la entrada en vigencia de la Constitución— la facultad de suprimir, fusionar o reestructurar “las entidades de la rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece”. En virtud de dichas facultades transitorias el Gobierno realizó la Reforma Administrativa de 1992 a través de la expedición de 62 decretos¹.

1 Presidencia de la República, *El artículo transitorio 20: un mandato constitucional* (Bogotá D.C., Imprenta Nacional, 1994).

La naturaleza jurídica de los decretos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo transitorio 20 fue discutida ampliamente por la doctrina nacional. El debate se originaba pues los actos fueron expedidos por un organismo de la Rama Ejecutiva Nacional y por lo tanto orgánicamente tenían carácter administrativo, pero su contenido era de exclusiva competencia del Congreso² y por lo tanto materialmente tenían carácter de ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en las sentencias que profirió en virtud de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad interpuestas contra 42 de los decretos expedidos³, fue homogénea al determinar que los decretos están en el mismo orden jerárquico de la ley por tener “la misma fuerza o entidad normativa de la ley...”⁴. No obstante lo anterior, el Consejo de Estado precisó:

“desde el punto de vista formal u orgánico dichos actos son administrativos, teniendo en cuenta tanto la forma de su expedición (decretos) como el órgano que los origina (Gobierno Nacional), por lo cual no comparte el planteamiento del apoderado de la Nación, consistente en que ellos son “leyes” en sentido no sólo material sino también formal, ya que cuando, aun en las citas doctrinarias transcritas en el alegato de conclusión, se hace referencia al “poder legislativo” o al “órgano legislativo”, dichas expresiones deben entenderse respecto del poder u órgano legislativo ordinario, que en nuestro régimen constitucional es el Congreso, pues esa es la idea que está en la base de la diferencia entre los criterios material y orgánico o formal para calificar la naturaleza de los actos de las autoridades públicas”⁵.

En relación a su naturaleza jurídica, el Consejo de Estado clasifica los decretos expedidos en virtud del artículo transitorio 20 como

2 Cfr. Artículo 150, numeral 7º de la Constitución Política.

3 Presidencia de la República, *El artículo transitorio 20: un mandato constitucional*, Bogotá D.C., 1994, pág. 219 y sigs.

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de diciembre 7 de 1993, Expediente Núm. 2335. Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

5 *Id.*

“decretos con fuerza de ley” y los distingue de los decretos-leyes o extraordinarios⁶, de los reglamentos constitucionales y de los decretos legislativos.

En virtud de la naturaleza jurídica de los decretos, el control de constitucionalidad de los mismos ha correspondido —a la fecha— al Consejo de Estado en virtud de su competencia residual. Precisamente en la sentencia de diciembre 7 de 1993 (Expediente Núm. 2335) por medio de la cual el Consejo de Estado conoce de “la acción pública de nulidad contra los artículos 2, numerales 2 y 5; artículo 4, numerales 15 y 16; artículo 44; artículo 45; artículo 46; artículo 47; artículo 48; artículo 49; y artículo 50 del decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992”, la competencia para realizar el control constitucional se motiva en los siguientes términos:

“Es así como, concretamente en relación con los decretos del Gobierno Nacional, su control de constitucionalidad corresponde por regla general a la jurisdicción contencioso administrativa y más exactamente al Consejo de Estado, salvo aquellos que de manera expresa y taxativa la Constitución ha señalado como de competencia de la Corte Constitucional como claramente lo indica el artículo 237-2 de la Carta, a través de lo que se ha denominado la competencia residual del Consejo de Estado en esta materia.

Y como el control jurisdiccional de los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Carta no está atribuido a la Corte Constitucional ni en el artículo 241 ni en las disposiciones transitorias de la misma, la conclusión necesaria y que la Sala reitera es que su control corresponde al Consejo de Estado, por lo cual debe procederse al estudio de fondo de la demanda”.

El decreto 2153 de 1992, así como los demás decretos expedidos por el Gobierno Nacional en virtud de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 20 no son decretos con fuerza de ley dictados por

6 Mientras las facultades contenidas en los decretos expedidos en virtud del artículo transitorio 20 de la Constitución fueron otorgadas directamente por el constituyente, los decretos-leyes o extraordinarios “son producto de la delegación voluntaria del mismo Congreso, a iniciativa del Gobierno.” *Id.*

el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución; no son decretos legislativos dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución; y tampoco son leyes pues no cumplen el supuesto formal ni orgánico para considerarse como tal.

En conclusión, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 237 numeral 2° de la Constitución la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad del decreto 2153 de 1992 corresponde al Consejo de Estado.

Por lo anterior la Honorable Corte Constitucional no es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 interpuesta por el doctor MAURICIO VELANDIA.

II. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El doctor MAURICIO VELANDIA interpuso una acción pública de inconstitucionalidad en contra del numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

A continuación se transcriben las normas mencionadas y se subraya los apartes demandados:

“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.- Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

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.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”.

De manera principal el accionante pretende que la Honorable Corte Constitucional declare la inexecutable de las mencionadas disposiciones por infringir supuestamente los artículos 2, 6, 13, 23, 29, 58, 87, 95, 229, 333 y 336 de la Carta Política. De manera subsidiaria, el accionante pretende que la Honorable Corte Constitucional declare la constitucionalidad condicionada de las disposiciones demandadas “en el entendido que: Su (sic) aplicación signifique confesión y responsabilidad del infractor”.

Antes de justificar la supuesta violación de la Carta Constitucional, el actor argumenta que en otras legislaciones del mundo existen “figuras de clemencia y amnistía” que difieren de “la figura instaurada a nivel nacional”. Como expondré en el presente texto, el actor confunde dos instituciones jurídicas del derecho de la competencia que son diferentes: la terminación anticipada de un proceso en virtud de la aceptación de

las garantías ofrecidas por el investigado y los programas de “clemencia” o de “inmunidad”.

El accionante fundamenta la inconstitucionalidad del numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 en virtud de su supuesta infracción a varias disposiciones constitucionales. Los cargos de inconstitucionalidad serán estudiados uno por uno en el mismo orden en el que se exponen en la demanda de inconstitucionalidad.

En resumen, el accionante argumenta que la figura de las garantías impide que haya un “juicio de responsabilidad por la infracción legal, pues la investigación termina sin un responsable o inocente”, en otras palabras, dicha terminación anticipada supuestamente puede conllevar a “la clausura de la investigación sin juicio de responsabilidad aun cuando alguien incumplió”.

III. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A pesar de que considero que la Honorable Corte Constitucional no es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 interpuesta por el doctor MAURICIO VELANDIA, a continuación expondré por qué las disposiciones demandadas se ajustan a la Constitución Nacional.

En primer lugar se expone la institución jurídica de los “compromisos” o “garantías” en el derecho de la competencia y se distinguen de otra institución jurídica denominada “programas de clemencia” o “programas de inmunidad”. Como se ha mencionado anteriormente, el actor confunde dichas instituciones, lo que lo lleva a hacer afirmaciones erradas sobre su naturaleza y sobre su existencia en otras legislaciones del mundo.

En segundo lugar, se analizarán cada uno los cargos de inconstitucionalidad expuestos por el actor a la luz de la Constitución,

la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la teleología de la institución de ofrecimiento de garantías.

1. LOS “COMPROMISOS” O “GARANTÍAS” (“*SETTLEMENTS*”)
 EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LOS
 “PROGRAMAS DE CLEMENCIA” O “DE INMUNIDAD”
 (“*LENIENCY PROGRAMS*”)

Como se ha reiterado en el presente documento, el doctor MAURICIO VELANDIA confunde dos instituciones del derecho de la competencia que son diferentes a pesar de compartir rasgos comunes. En la presente sección se exponen las principales características del “ofrecimiento de garantías” y los “programas de clemencia”. En segundo lugar se expondrá su aplicación en el ordenamiento jurídico nacional y subregional.

1.1. LOS “COMPROMISOS” O “GARANTÍAS” COMO INSTITUCIÓN DEL
 DERECHO DE LA COMPETENCIA

La institución de “ofrecimiento de garantías” (conocida en otras jurisdicciones como “compromisos” o “*settlements*”) es aquella en virtud de la cual la autoridad de la competencia puede terminar de manera anticipada un procedimiento administrativo sancionador siempre y cuando el investigado o presunto infractor brinde certeza sobre la eliminación del elemento anticompetitivo de la conducta que originó la investigación y se salvaguarde el interés público⁷.

7 Véase en general: ALFONSO MIRANDA L., ‘El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*. CARLOS ANDRÉS URIBE, FERNANDO CASTILLO, *et al.*, ‘El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (Un análisis jurídico y económico)’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*. WOUTER P. J. WILS, ‘Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003’ (2006) Volumen 29, No. 3 *World Competition*. Wouter P. J. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, próximamente

Esta figura jurídica, eminentemente procesal, está presente en diversos ordenamientos jurídicos como es el caso de Estados Unidos⁸, la Unión Europea⁹, la Comunidad Andina de Naciones¹⁰, Argentina¹¹, Brasil¹², El Salvador¹³, España¹⁴, México¹⁵, Panamá¹⁶ y Perú¹⁷, entre otros. En Colombia¹⁸, el ofrecimiento de garantías está consagrado en el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 y ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁹ y por la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio.

en CD. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), 'European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law (Hart Publishing, 2009).

- 8 *Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act* de 1974) que fue reformado en el 2004 y de manera general, para los procedimientos civiles y criminales, en 15 U.S.C. § 16.
- 9 Artículo 9 del Reglamento No. 1 de 2003.
- 10 Artículos 27 al 30 de la Decisión 608 de 2005.
- 11 Artículo 36 de la Ley 25.156 de 1999.
- 12 Artículo 53 de la *Lei* 8,884 de 1994.
- 13 Artículo 39, inciso primero de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 528 de 2004, reformado por el Decreto Legislativo 436 de 2007).
- 14 Artículo 52 de la Ley 15 de 2007 y el artículo 39 del Real Decreto 26 de 2008 de la República de España.
- 15 Artículo 33 bis 2, Ley Federal de Competencia Económica (reformada en 2006).
- 16 Artículo 86, numeral 15, de la Ley 45 de 2007.
- 17 Artículo 25 del Decreto Legislativo 1034 de 2008 (Ley Represión Conductas Anticompetitivas).
- 18 Para un análisis comprensivo sobre el ofrecimiento de garantías en Colombia, véase ALFONSO MIRANDA L., 'El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia' (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*. CARLOS ANDRÉS URIBE, FERNANDO CASTILLO, *et al.*, 'El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (Un análisis jurídico y económico)' (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*.
- 19 Véase, entre otros, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de noviembre 26 de 1998, Expediente número 4919, Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de junio 27 de 2003, Radicación número: 25000-23-24-000-2000-00844-01(8415). Consejera ponente: Dra. OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO.

En los Estados Unidos, la jurisdicción con mayor experiencia en la aplicación de las normas antimonopolio, la terminación anticipada de los procesos mediante la negociación de compromisos (“*settlements*”) se ha aplicado desde hace casi un siglo por el Departamento de Justicia de Estados Unidos (a través de *consent decrees*) y la Comisión Federal de Comercio (a través de *consent orders*)²⁰.

En el caso concreto de la Unión Europea, cuyo régimen del libre competencia es similar al colombiano, existe un procedimiento a través del cual los investigados por una supuesta infracción a la normativa de libre competencia pueden obtener beneficios (v. gr. la terminación del procedimiento administrativo) a cambio de suspender su conducta y aceptar la imposición de determinadas obligaciones de dar, hacer o no hacer (compromisos)²¹.

El procedimiento fue introducido por el Reglamento No. 1 de 2003 del Consejo de la Unión Europea, cuya inspiración está en los procedimientos de terminación anticipada aplicados en la jurisdicción federal de Estados Unidos²². El artículo 9 del Reglamento No. 1 de 2003 del Consejo de la Unión Europea establece lo siguiente:

“Artículo 9

Compromisos

1. Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos

20 Véase Departamento de Justicia - División Antitrust, *Antitrust Division Manual*, Capítulo II. Disponible en la página de Internet del Departamento de Justicia de Estados Unidos en:

<http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm>

21 Para un estudio sobre la terminación anticipada en virtud de la aceptación de compromisos en la Unión Europea, véase WOUTER P. J. WILS, *The use of settlements in public antitrust enforcement: objectives and principles*, próximamente en CD. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), ‘European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law (Hart Publishing, 2009).

22 A pesar de que presentan algunas diferencias de forma y de fondo en su aplicación en las dos jurisdicciones.

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. La decisión podrá ser adoptada por un periodo de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión.

2. La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento:

- a) si se produce la modificación la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión;
- b) si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos, o
- c) si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes”.

En la decisión de la Comisión por medio de la cual se aceptan los compromisos ofrecidos por los investigados constará 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”²³. Se debe precisar que en las “consideraciones” del Reglamento No. 1 de 2003 se establece que la terminación por medio de compromisos no aplica para aquellos procedimientos en los cuales “la Comisión se disponga a imponer una multa”²⁴.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha establecido que el artículo 9 del Reglamento No. 1 de 2003 no obliga a la Comisión a aceptar siempre los compromisos ofrecidos por las empresas y a desistir en todos los casos de continuar con los respectivos procedimientos sancionatorios²⁵.

23 Consideración 13 del Reglamento 1 de 2003.

24 Consideración 13 del Reglamento 1 de 2003.

25 *Cfr.* WOUTER P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, próximamente en C. D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), ‘European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law (Hart Publishing, 2009).

1.2. LOS “PROGRAMAS DE CLEMENCIA” O DE “INMUNIDAD” COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En la demanda de inconstitucionalidad el actor describe de manera detallada la institución de los “programas de clemencia” o “programas de inmunidad”, en donde se le da inmunidad criminal o administrativa al primer miembro de un cartel que cumpla con determinados requisitos acumulativos²⁶. Principalmente, se otorgará inmunidad a quien (i) revele la existencia de una actividad colusoria, (ii) mediante la entrega de pruebas decisivas, (iii) antes de que la autoridad de la competencia haya iniciado una investigación o tenga información sobre la existencia del cartel, (iv) bajo la condición de que la empresa aplicante suspenda su participación en el cartel, (v) continúe con su plena colaboración durante el proceso iniciado contra los otros miembros del cartel, y (vi) no haya sido la empresa instigadora de la práctica anticompetitiva²⁷.

La institución que ha sido implementada en las jurisdicciones mencionadas por el actor (y otras como Perú²⁸, Panamá²⁹, El Salvador³⁰, México³¹ y Brasil³²) no ha sido incorporada al derecho de la competencia colombiano. No sobra advertir que en la actualidad cursa en el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 195 de 2007³³

26 Para un estudio sobre los programas de clemencia de Estados Unidos y de la Unión Europea, véase NICOLO ZINGALES, *European and American leniency programme: two models towards convergence?* (2008), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1101803>

27 HANS-WILHELM, KRÜGER, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis* (2001), págs. 3-6.

28 Artículo 26 del Decreto Legislativo 1034 de 2008 (Ley Represión Conductas Anticompetitivas).

29 Artículo 104 de la Ley 45 de 2007.

30 Artículo 39, inciso segundo de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 528 de 2004, reformado por el Decreto Legislativo 436 de 2007).

31 Artículo 33 bis 3, Ley Federal de Competencia Económica (reformada en 2006).

32 Administrador por la *Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça* en virtud de la *Lei* No. 10149 de 2000.

33 El Proyecto de Ley 195 de 2007 se encuentra pendiente de estudio y aprobación la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado de la República.

en el que precisamente se pretende incluir un “programa de beneficios por colaboración con la autoridad”³⁴.

Como se explicó anteriormente, los programas de “clemencia”, “delación” o de “inmunidad” le permiten a la autoridad de la competencia otorgar a una empresa infractora inmunidad o la reducción de las penalidades como reconocimiento por la voluntaria entrega de evidencia que le permite a la autoridad detectar y sancionar una conducta colusoria. Se trata de una herramienta inspirada en la *teoría de juegos* que desincentiva la realización y mantenimiento de prácticas colusorias pues introduce un ingrediente de incertidumbre y desconfianza entre los participantes de un cartel ante la posibilidad de que uno de los miembros confiese para obtener la inmunidad y de esta forma delate al grupo³⁵. Adicionalmente esta institución le permite a la autoridad de

34 Proyecto de Ley 195 de 2007, “Por medio del cual se dictan normas en materia de integración y prácticas restrictivas de la competencia”: “*Artículo 10º. Beneficios por colaboración con la autoridad. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los participantes, aún cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente investigación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:*

1. Cuando la información provenga de uno de los participantes en la práctica prohibida, los beneficios para éste incluirán la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta por tal participación, siempre y cuando no se trate del instigador o promotor de la conducta.

2. La autoridad de competencia establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: a) La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de su participación y el beneficio obtenido con la conducta ilegal. b) La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

35 Cfr: ALFONSO MIRANDA L. y JUAN DAVID GUTIÉRREZ, ‘Fundamentos económicos del derecho de la competencia’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, págs. 292-293. Para un análisis económico de los programas de clemencia, véase

competencia acceder a evidencia directa sobre conductas anticompetitivas de empresas que posiblemente no podría obtener de otra forma.

La aplicación de esta institución ha sido muy exitosa en países como Brasil donde en la actualidad ocho de diez casos sobre carteles se inician en virtud de la aplicación de uno de los miembros al programa de clemencia.

1.3. EL OFRECIMIENTO DE GARANTÍAS O COMPROMISOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO³⁶

El ofrecimiento y la aceptación de garantías dentro de los procesos de investigación que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio 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.

De acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, 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. Para tal efecto la Superintendencia de Industria y Comercio requerirá que las garantías ofrecidas sean suficientes, es

HANS-WILHELM KRÜGER, *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis* (2001), disponible en <http://rile.brinkster.net/Thesis/Krueger.pdf>

36 Para la redacción del presente subtítulo se tomaron algunos extractos de ALFONSO MIRANDA L. y JUAN DAVID GUTIÉRREZ, “*Compilación de Normas sobre Derecho de la Competencia en Colombia: Referencias Jurisprudenciales, Concordancias y Anotaciones*”. (Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá, 2005).

decir, que sean idóneas para cumplir el fin perseguido, que consiste en la eliminación del elemento competitivo de la conducta investigada³⁷.

Desde la expedición del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dado por terminadas en forma anticipada numerosas investigaciones por medio de la aceptación de garantías. 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 efecto, el superintendente de Industria y Comercio sólo aceptará 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 manera accesoria, la Superintendencia ha solicitado a quien ofrece garantías inclusión de una garantía sobre el cumplimiento de las conductas ofrecidas (el colateral) y la propuesta de un esquema de seguimiento que le permita a la Superintendencia supervisar el cumplimiento de las garantías.

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.

Como se mencionó anteriormente, la institución jurídica de las garantías no sólo fue establecida en la legislación nacional por el decreto 2153 de 1992 sino también a nivel subregional en virtud de la Decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones³⁸ que es una

37 MIRANDA L., ALFONSO, 'El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia' (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, págs. 256 y sigs.

38 *Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*.

normativa de aplicación directa sin necesidad de que sea incorporada al derecho nacional³⁹. La Decisión 608 tiene por objeto la “protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina (...)” (artículo 2) y cuyo ámbito de aplicación se limita a las conductas practicadas en:

“... a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y, b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.” (artículo 5).

El Capítulo IV (“*Del Procedimiento*”) de la Decisión 608 contiene una completa regulación sobre los “compromisos” que los investigados pueden ofrecer “*con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación*” (artículo 27⁴⁰) y en caso de ser aceptado

39 “*El Acuerdo de Cartagena es un tratado internacional que hace parte del derecho comunitario andino pero que no es todo el derecho comunitario andino, dado que éste “no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquel que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto”, cuyas decisiones “son obligatorias desde el mismo momento de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Así mismo debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales”.* (Corte Constitucional, sentencia C-256 de 1998).

40 “**Artículo 27.-** Si dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la Resolución que da inicio a la investigación, el agente económico reclamado ofrece un compromiso voluntario con arreglo al cual conviene en cesar la conducta objeto de investigación.

La Secretaría General convocará al Comité a efecto de analizar el compromiso presentado y emitir las recomendaciones pertinentes, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, transcurridos los cuales, de no emitir su recomendación, la Secretaría General se pronunciará conforme al artículo siguiente”.

por la Secretaría General de la Comunidad Andina⁴¹ “*se tendrá por concluida la investigación sin el establecimiento de medidas (...)*” (artículo 28⁴²).

En efecto, el ordenamiento jurídico subregional no sólo contempla la figura de los compromisos sino que regula diversos aspectos de su aplicación⁴³ como los esquemas de seguimiento (envío trimestral de información) a los que deben comprometerse de manera accesoria los agentes económicos, so pena de que la Secretaría General reinicie el proceso de investigación y aplique medidas cautelares⁴⁴.

Para finalizar, debe advertirse que aunque la terminación anticipada de un proceso sancionatorio por la aceptación de garantías y los programas de clemencia han sido instituciones jurídicas incorporadas por las políticas de competencia de las principales jurisdicciones del mundo, las dos han sido objeto de críticas por parte de doctrinantes.

41 Conforme al artículo 29 del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General de la Comunidad Andina el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina.

42 “**Artículo 28.-** La Secretaría General 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.

La Resolución a que se refiere el párrafo anterior deberá contener la identificación de las partes comprometidas y un resumen de los compromisos contraídos, los plazos y demás condiciones acordadas.

De aceptarse el compromiso, las autoridades nacionales competentes a que se refiere el artículo 15, remitirán a la Secretaría General, el expediente de lo actuado”.

43 “**Artículo 30.-** De cambiarse las condiciones en el mercado relevante, la empresa que ha asumido un compromiso podrá solicitar a la Secretaría General la revisión del mismo”.

44 “**Artículo 29.-** De aceptarse un compromiso, la Secretaría General requerirá a las partes comprometidas que suministren trimestralmente información relativa al cumplimiento del mismo y que permita la verificación de los datos pertinentes.

En caso de incumplimiento en el suministro de información o en la ejecución de los compromisos, la Secretaría General, mediante Resolución motivada, reiniciará el proceso de investigación y aplicará medidas cautelares, sobre la base de la mejor información disponible”.

Posteriormente, en el presente documento, nos referiremos al análisis costo-beneficio⁴⁵ de la figura de las garantías.

2. LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS SE AJUSTAN A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

A continuación me referiré a cada uno de los cargos imputados por el actor, en el mismo orden en el que son expuestos en la demanda.

2.1. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 6 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El silogismo expuesto por el accionante para argumentar la infracción del artículo 6 de la Constitución Política por las disposiciones demandadas es el siguiente:

- I. El artículo 6 establece que los particulares son responsables ante las autoridades por el incumplimiento de la Constitución y la ley.
- II. La disposición demandada “impide la calificación de la responsabilidad administrativa, pues no se califica la responsabilidad del investigado...”.
- III. Luego, se “perdona” la “infracción” a la ley “sin juicio de responsabilidad” y como consecuencia el Estado abandona un deber constitucional.

El silogismo expuesto por el actor es equivocado, en la medida en que la culpabilidad no puede predicarse de un particular a quien la autoridad competente no ha declarado infractor de la normativa con el

45 Para un completo análisis costo-beneficio de las garantías, véase CARLOS ANDRÉS URIBE, FERNANDO CASTILLO, *et al.*, ‘El otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia (Un análisis jurídico y económico)’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*.

cumplimiento del debido proceso público. En la medida en que el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución establece la presunción de inocencia, no se puede afirmar que un particular ha infringido una norma si la autoridad competente no ha llevado a fin el proceso que establece la ley para la declaración judicial o administrativa de la culpabilidad.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.2. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 95 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Para fundamentar la supuesta violación de la Constitución, el actor expone el siguiente silogismo:

- I. La Constitución establece como deber del ciudadano abstenerse de abusar de sus derechos.
- II. La norma demandada permite “la clausura de la investigación sin juicio de responsabilidad aun cuando alguien incumplió”.
- III. La norma demandada permite el abuso del derecho.

El silogismo expuesto es equivocado, en la medida en que no puede afirmarse que un particular “abusó del derecho” si la autoridad competente no lo ha declarado culpable con el cumplimiento del debido proceso público. En la medida en que el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución establece la presunción de inocencia, no se puede afirmar que un particular ha incurrido en “abuso del derecho” si la autoridad competente no ha llevado a fin el proceso que establece la ley para la declaración judicial o administrativa de la culpabilidad.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.3. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En relación a la supuesta vulneración del artículo 333 de la Constitución Política, el actor expone el siguiente silogismo:

- I. El derecho de la libre competencia supone responsabilidades para todo aquel que lo ejerza, lo cual incluye una responsabilidad por su vulneración.
- II. La norma demandada no permite “esclarecer si el investigado es responsable y merecedor del castigo impuesto con la multa”.
- III. Luego, la clausura de la investigación “sin definir responsabilidades impide que se cumpla con el mandato constitucional de que el derecho de la competencia genera responsabilidades”.

Para analizar el silogismo expuesto por el actor, es preciso recordar la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional sobre el alcance del derecho a la libre competencia. En la sentencia C-616 de 2001 la Corte expone las “responsabilidades” que suponen el ejercicio del derecho a la libre competencia en los siguientes términos:

“De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

La libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”. (Subrayas fuera de texto).

Asimismo, en la sentencia transcrita se expone el deber que impone la Constitución al Estado de impedir la restricción de la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante de los agentes económicos en los siguientes términos:

“La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)”⁴⁶.

En conclusión las responsabilidades a las que se refiere la Carta Fundamental en relación al ejercicio del derecho a la libre competencia económica no son otras que la limitación que impone la función social que debe cumplir dicho derecho individual. Como corolario de lo anterior, el Estado tiene el deber de prevenir la indebida restricción de la competencia y evitar el abuso de posición de dominio de un agente sobre el mercado.

En desarrollo del precepto constitucional, el artículo segundo del decreto 2153 de 1992 faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer las funciones relativas a velar “por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas...”. Adicionalmente, el artículo segundo del decreto 2153 de 1992 fija las siguientes finalidades que debe perseguir la Superintendencia al dar trámite a los hechos que afectan significativamente la competencia en los mercados:

- “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,

46 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

- “que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

Aduce el actor, como se ha expuesto arriba, que la terminación anticipada de un proceso administrativo sancionatorio en virtud de la aceptación de garantías impide que “se cumpla el mandato constitucional de que el derecho de la competencia genera responsabilidades”. Sin embargo, como se expondrá a continuación, contrario a lo que manifiesta el actor la institución de las garantías no supone evasión de las responsabilidades inherentes al ejercicio del derecho a la libre competencia económica y tampoco el incumplimiento del deber constitucional del Estado en relación a la prevención de la indebida restricción a la competencia y el abuso de la posición de dominio.

El evento procesal del ofrecimiento de garantías no implica abandono por parte del Estado del deber constitucional que impone el artículo 333. Por el contrario, desde que el investigado ofrece la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación la Superintendencia prosigue con el procedimiento administrativo para determinar si la garantía es idónea. Es decir, si modificación o suspensión ofrecida elimina el elemento anticompetitivo de la conducta que originó la investigación, con sujeción al artículo 333 de la Carta Política y a las finalidades que establece el artículo segundo del decreto 2153 de 1992.

No siempre ha aceptado la Superintendencia de Industria y Comercio el ofrecimiento de garantías por parte de investigados y conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado éstas no pueden ser ofrecidas en cualquier etapa procesal sino hasta antes del informe motivado del superintendente delegado. Por tal motivo no es excepcional que la Superintendencia imponga las multas que prevé el decreto 2152 de 1992 a aquellas empresas que encuentra culpables de conductas anticompetitivas.

Como es de conocimiento de la Honorable Corte Constitucional y del doctor MAURICIO VELANDIA, quien ha ejercido la profesión en el campo del derecho de la competencia de manera exitosa por muchos años, los procesos relativos a la supuesta infracción de la normativa de libre competencia son complejos. Son especialmente difíciles en aquellas

situaciones en las cuales la infracción de la norma está supedita a la prueba de los efectos anticompetitivos de la conducta o en aquellas situaciones límite en las cuales la línea divisoria entre la infracción de la ley y un comportamiento legal es borrosa.

Paradigma de lo anterior son los procesos iniciados por supuestos acuerdos para la fijación de precios o repartición de mercados a través de “conductas conscientemente paralelas”⁴⁷. En efecto, la doctrina internacional ha discutido intensamente la dificultad que se presenta para las autoridades de la competencia cuando se da un paralelismo de precios en un mercado oligopólico en el cual los costos de producción son homogéneos y los bienes son similares⁴⁸. La ausencia de pruebas directas (testimoniales o documentales) sobre la existencia de un cartel, obliga a la autoridad a determinar si el paralelismo obedece la intención de los agentes de coordinar su comportamiento con el fin de restringir indebidamente la competencia (sin que exista un acuerdo explícito) o si obedece a la estructura del mercado y la decisión racional de las empresas de actuar conforme a la información disponible y en especial de actuar previendo de antemano la conducta de las otras empresas⁴⁹.

47 Véase numeral primero del artículo 45 del decreto 2153 de 1992 y numeral primero del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

48 Véase DONALD F. TURNER, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*; 75 Harv. L. Rev., 1962. RICHARD A. POSNER, *Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach*, 21 Stan. L. Rev., 1969. PAGE, WILLIAM H., *Facilitating practices and Concerted Action Under Section 1 of the Sherman Act*, (mayo 2008), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1117667>. La decisión más relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre colusión tácita: Joined cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission* [1993] E.C.R. I-1307. La última decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sobre colusión tácita: *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S. Ct. 1555 (2007).

49 Véase JUAN DAVID GUTIÉRREZ, *Tacit collusion in Latin America: A comparative study of the competition laws and their enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama*, próximamente (U.K., Hart Publishing, 2009).

Prueba de que la institución de las garantías no ha sido fuente de impunidad en Colombia como arguye el accionante es su aplicación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a casos límite como los de paralelismo consciente, donde se han presentado quince casos de los cuales siete procesos han culminado con la sanción de las empresas investigadas⁵⁰, siete procesos han terminado anticipadamente por ofrecimiento de las garantías⁵¹ y un solo proceso ha culminado con la exoneración de las empresas investigadas⁵².

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.4. INFRACCIÓN A LOS ARTÍCULOS 23, 29, 87 Y 229 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En consonancia con lo sustentado por el accionante, la queja presentada por un particular a la Superintendencia de Industria y Comercio en la que pone de presente la supuesta infracción de las normas de libre competencia es un derecho de petición. De conformidad con el artículo 23 de la Constitución las autoridades deben dar pronta respuesta a las peticiones presentadas por los particulares.

50 Véase SIC, Resolución 22759 de 1999. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, Sentencia de octubre 25 de 2001. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *Cáceres y Ferro S.A. vs SIC*. Sentencia del 22 de noviembre de 2002, Radicación No.: 25000-23-24-000-2000-0563-01 (7793). SIC, Resolución 22762 de 1999. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, *Colanta vs SIC*. Sentencia del 7 de febrero de 2002, Exp. 000665. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, *Colanta vs SIC*, sentencia del 23 de enero de 2003, Radicación No.: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909). SIC, Resolución 7950 de 2002. SIC, Resolución 7951 de 2002. SIC, Resolución 8732 de 2002. TAC, Sección Primera - Subsección A, *Estación de Servicio la Pedregosa vs SIC*, sentencia del 18 de noviembre de 2004. Exp.02-0678. SIC, Resolución 8027 de 2002. SIC, Resolución 22625 de 2005.

51 SIC, Resolución 19644 de 2000. SIC, Resolución 24206 de 2000. SIC, Resolución 25983 de 2000, Resolución 7451 de 2001 y Resolución 7554 de 2001. SIC, Resolución 19444 de 2001. SIC, Resolución 25153 de 2001. SIC, Resolución 6816 de 2005 y Resolución 6817 de 2005.

52 SIC, Resolución 36903 de 2001. SIC, Resolución 3927 de 2004.

La Honorable Corte Constitucional ha establecido que el derecho de petición otorga el derecho para el administrado “de que su solicitud tenga resolución”⁵³ y que dicha resolución sea pronta y de mérito⁵⁴. Adicionalmente, cuando el derecho de petición “ejerce mediante la presentación de una queja formal para la tutela de los derechos individuales de orden legal, constituye un verdadero **derecho a la tutela administrativa de los derechos fundamentales**”⁵⁵.

El accionante argumenta que en virtud de la aplicación de las normas demandadas el derecho de petición no sería resuelto por la Superintendencia de Industria y Comercio

“pues iniciada la investigación podrá ésta ser clausurada si el investigado promete modificar o suspender la conducta, lo cual, de ser aceptado por la administración, conllevaría a que lo pedido en el derecho de petición no fuera resuelto, pues dentro de la clausura no se esclarecerá si el comportamiento denunciado efectivamente fue anticompetitivo y de serlo si el denunciado era responsable, que fue lo pedido”.

Debe advertirse, como lo ha hecho la Honorable Corte Constitucional, que

“la resolución a la solicitud del peticionario, no implica que la administración deba aceptar sus razones, pues el derecho se satisface cuando el administrado recibe una respuesta adecuada a su pedido”⁵⁶.

Así las cosas, ante la queja presentada por el particular será suficiente la respuesta que de la Superintendencia en el sentido de que investigará los hechos que son puestos de presente en la queja y que efectivamente destine los recursos humanos para tal efecto.

53 Corte Constitucional, sentencia C-005 de 1998.

54 Corte Constitucional, sentencia C-005 de 1998.

55 Corte Constitucional, sentencia C-005 de 1998.

56 Corte Constitucional, sentencia C-005 de 1998.

La terminación anticipada de un procedimiento sancionatorio por el ofrecimiento de garantías no puede interpretarse como una negativa a resolver el derecho de petición del particular. Lo anterior, en la medida en que el ofrecimiento sólo procederá cuando los investigados se configuren como sujetos procesales en virtud de la notificación del acto administrativo que ordene la apertura de una investigación. Claramente, el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio haya superado la etapa de la averiguación preliminar y tomado la decisión de iniciar un procedimiento administrativo para determinar una supuesta violación a la ley prueba la efectiva resolución del derecho de petición pues demuestra que el Estado no sólo ha recibido pasivamente la queja del administrado sino que, por el contrario, ha puesto en funcionamiento su aparato para investigar lo denunciado.

En segundo lugar, en relación a la supuesta infracción de los artículos 87 y 229 de la Carta Política, el accionante argumenta que las garantías impiden el aporte de pruebas por parte del afectado por una conducta anticompetitiva. Argumenta el doctor MAURICIO VELANDIA que

“[a]l no resolverse ni definirse el juicio de responsabilidad solicitado frente a un particular, se erosiona el acervo probatorio que puede utilizar a su favor el que pudo resultar afectado por una práctica comercial restrictiva, puesto que la resolución administrativa donde se hubiera decidido la ocurrencia del comportamiento competitivo no llega a su final, ya que en el supuesto de ser aceptado el perdón sin responsabilidad la investigación es clausurada sin ninguna declaración de inocencia o culpabilidad”.

Agrega el actor que para una persona afectada por una conducta anticompetitiva no podrá acudir a la jurisdicción ordinaria para pedir una indemnización de perjuicios

“sin que la administración hubiese antes declarado el comportamiento como ilegal, puesto que la administración es el juez competente para ellos (prejudicialidad)”.

Contrario a lo afirmado por el accionante, la terminación anticipada por la aceptación de garantías no impide que una persona que ha sufrido

un daño pueda probar ante la justicia civil dicho perjuicio y obtener el respectivo resarcimiento. A pesar de que quien ofrece las garantías, por tal hecho, no está confesando la infracción de la ley, sí está reconociendo la existencia de la conducta en virtud de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio. Por lo tanto, si el perjudicado logra probar ante la jurisdicción ordinaria que hubo culpa en el comportamiento realizado por quien ofreció las garantías a la Superintendencia, y que dicho comportamiento le causó de manera directa un daño cierto podrá obtener una sentencia favorable sin necesidad de que exista un acto administrativo previo en el cual se declare la infracción de la ley de competencia⁵⁷.

Adicionalmente, no es procedente la prejudicialidad⁵⁸ como lo manifiesta el accionante pues no existe ley⁵⁹ ni jurisprudencia que supedite la admisión o éxito de una acción indemnizatoria (por un daño causado por una conducta anticompetitiva) a la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la violación de la ley de competencia. Por lo tanto, en un proceso ordinario en el cual se pida el resarcimiento de tal daño no habría cuestión pendiente por resolver por otra autoridad judicial o administrativa.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.5. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El accionante argumenta que la garantía

“impide que el Estado cumpla su función de garantizar la efectividad del derecho de competencia, puesto que en la práctica el infractor conoce de antemano que ante la ejecución de una conducta ilícita de competencia, podrá al momento de ser investigado, obtener la clausura de la investigación, ahorrándose con ello el valor de la multa”.

57 Artículo 2341 del Código Civil.

58 “... por prejudicialidad ha de entenderse la presencia, en un asunto judicial en trámite, de cuestiones pendientes de resolver por vía principal por otra autoridad judicial”. Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2001.

59 Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Sea lo primero advertir que no se puede hablar de “infractor” ni de conducta “ilícita” mientras no haya un pronunciamiento en tal sentido de parte de la autoridad competente. Por otra parte, es preciso reconocer que una de las críticas recurrentes de la doctrina a las garantías es la disminución del poder disuasivo de las sanciones. Al respecto, debe aclararse que el uso de medidas coercitivas no es un fin del Estado sino un medio para alcanzar un fin. De acuerdo a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, la finalidad de las normas de libre competencia es la consolidación de la competencia económica y de mercados competitivos, frente a las restricciones indebidas de la libre competencia. Así lo expresó en la sentencia C-616 de 2001:

“En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla (sic) o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tiene”.

Por otra aparte, la Corte Constitucional ha establecido que la competencia en sí misma considerada es un principio estructural de la economía social de mercado, lo cual justifica la protección que el Estado debe procurar respecto de la libre competencia económica.

“La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)”⁶⁰.

60 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

En ese sentido la finalidad de la Superintendencia no es la imposición de multas a los administrados sino velar porque sus conductas no restrinjan indebidamente la competencia. Para tal efecto, puede aplicar medidas coercitivas (imposición de penas pecuniarias) que cumplirán el fin disuasivo de toda sanción; también podrá acudir a medidas no coercitivas para promover la competencia (medidas educativas y persuasivas) y que son conocidas por la doctrina como *abogacía por la competencia*.

Así las cosas, si la Superintendencia aplica las normas demandadas y sólo acepta las garantías que son suficientes para eliminar el ingrediente anticompetitivo de las conductas que ocasionaron su investigación estará cumpliendo plenamente con sus funciones. No tiene un investigado ninguna certeza previa de que la Superintendencia necesariamente aceptará las garantías que ofrezca.

Adicionalmente, en caso de que sean aceptadas el investigado no podrá proseguir con la conducta que originó la investigación so pena de que se incumplan las garantías y por lo tanto, se haga efectivo el colateral y haya una reapertura del proceso sancionatorio. Lo anterior, como es de conocimiento de la Honorable Corte Constitucional, ha ocurrido en la práctica en casos en los cuales la Superintendencia ha concluido que los investigados han incumplido las garantías ofrecidas.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.6. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 58 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El actor argumenta la supuesta infracción del artículo 58 de la Constitución a través del siguiente silogismo:

- I. Cuando se demuestra que una empresa violó la normativa de libre competencia, se impondrá una multa que tendrá como destino el erario.
- II. En virtud de las disposiciones demandadas, “*se permite que la investigación termine sin la imposición de la multa aún cuando los infractores sean responsables*”.

III. Luego, la norma desfavorece al erario “*por verse despojado de la entrada de dinero de la multa, favoreciéndose el patrimonio del infractor...*”.

Como ocurre en anteriores cargos, el accionante pretende que exista un “infractor” y un “responsable” sin que haya procedimiento adelantado por autoridad competente, con estricto apego al debido proceso público en el cual se declare la culpabilidad del administrado.

Por otra parte, vale la pena recordar que las sanciones por la violación de una ley no son un fin del Estado sino el medio para alcanzar un fin. Adicionalmente, las multas no son el medio idóneo para el financiamiento del Estado y si fuese visto de esta manera podría crearse un incentivo perverso que podría despojar de la imparcialidad al funcionario que debe impartir justicia.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.7. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Argumenta el actor que una empresa que ofrezca garantías con la finalidad de determinar anticipadamente una investigación y cuya conducta “fuere legal” quedando obligado por acto administrativo a no realizar una conducta que no es “ilegal”.

Nuevamente, debe advertirse que ninguna conducta particular puede ser considerada como ilegal hasta tanto no haya una declaración de parte de una autoridad competente. En virtud de la presunción de inocencia, la conducta particular que modifica el investigado no puede ser considerada como “ilegal” y por el contrario siempre se reputa como “legal”.

En todo caso, si la empresa considera que su conducta no infringe la ley, voluntariamente podrá escoger entre ofrecer las garantías o defender su conducta ante la Administración. Nadie puede alegar su propia culpa y en este caso, mal podría alegar un investigado que voluntariamente decide modificar o terminar su comportamiento a cambio de un beneficio procesal.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.8. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 336 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA⁶¹

El accionante argumenta que todo monopolio debe cumplir con los cuatro presupuestos que establece el artículo 336 de la Constitución para la constitución los arbitrios rentísticos. En consecuencia, según el doctor MAURICIO VELANDIA, la terminación anticipada de garantías respecto de conductas cartelizantes permite la creación de un monopolio sin el cumplimiento de lo ordenado por la Constitución.

Es equivocada la interpretación del actor respecto del artículo 336 de la Carta Política. En efecto, en Colombia no están prohibidos los monopolios privados y ni siquiera la posición de dominio en sí misma considerada.

Del estudio de los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, se deduce claramente que el monopolio o el poder de mercado, no es perjudicial en sí mismo, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado. En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre “Libertad económica y competencia”, hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución.

En el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado “Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado”, presentado por los mismos constituyentes nombrados, y publicado en la *Gaceta Constitucional* Núm. 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (páginas 18 y siguientes), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

61 Para la redacción del presente subtítulo se tomaron algunos extractos de ALFONSO MIRANDA L. y JUAN DAVID GUTIÉRREZ, “*Compilación de Normas sobre Derecho de la Competencia en Colombia: Referencias Jurisprudenciales, Concordancias y Anotaciones*”. (Bogotá D.C., Cámara de Comercio de Bogotá, 2005).

*“**Artículo 1.-** Libertad Económica y Competencia:*

(...)

El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado.

(...)”.

El espíritu final del articulado sobre protección de la Competencia, fue resumido por el constituyente JESÚS PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO en la Ponencia para Segundo Debate titulada «Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado», en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

“La Libre Competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional”.

“La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso”. (Subrayado fuera de texto).

La anterior posición ha sido reconocida expresamente por reciente jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional:

“En los debates previos a la aprobación del artículo 333 de la Constitución Política, que otorgó al Estado el mandato de evitar y controlar cualquier abuso que persona o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, se dijo que con dicha norma “...No se prohíben las posiciones dominantes en el mercado nacional sino sólo su abuso”.

Dedúcese de ello que en el ordenamiento Constitucional se impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no la adquisición de la posición de dominio a la que puede llegarse mediante actos de competición transparentes e irreprochables. No se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que adquirida la posición dominante se utilicen medios irregulares y reprochables que impiden el desarrollo pleno de la competencia”⁶².

Sobre el artículo finalmente aprobado por la Asamblea Constituyente se ha pronunciado la Corte Constitucional en numerosas oportunidades, en las cuales ha reiterado que de conformidad con la Constitución, lo que se prohíbe es el abuso de la posición dominante y no la posición de dominio en sí misma. Al definir la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, la Corte manifestó al respecto lo siguiente:

“El bien común y la competencia se definen a partir del concepto de mercado al cual apunta la norma. Existen dos opciones: competencia perfecta y competencia posible, funcional o activa. Si bien la Carta no establece de manera explícita alguna de ellas, del tratamiento que se otorga a la posición dominante, que sólo es sancionable cuando se presta a abusos, y del hecho de que la competencia perfecta es un mero modelo abstracto e irreal, se desprende que en Colombia la regulación de la competencia debe responder al criterio de competencia posible, funcional o activa.

2. En un modelo de competencia perfecta cualquier restricción a la competencia se prohíbe. En la competencia posible, funcional o activa, dicha prohibición debe apoyarse en el hecho de que la restricción impida la eficiencia económica y presente ventajas admisibles para los partícipes en el mercado”⁶³.

En resumen, la Constitución no proscribe ninguna forma de estructura de mercado y tampoco prohíbe *per se* su adquisición salvo que se realice por medio indebidos. La teoría microeconómica ha reconocido prolijamente que la fuente de un monopolio puede estar en conductas

62 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

63 Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

absolutamente legítimas —e incluso en línea con la competencia económica— como tener una mayor capacidad innovadora (especialmente si se obtiene una patente) y una mayor eficiencia productiva (que permita alcanzar economías de escala). Lo anterior ha sido reconocido por la Honorable Corte Constitucional en jurisprudencia que ya ha sido citada en este documento⁶⁴.

Finalmente, resulta clara la interpretación de lo dispuesto por el artículo 336 de la Carta en el sentido de que no se prohíbe el establecimiento de monopolios privados ni se supedita su creación a los requisitos constitucionales y legales. Lo que busca el artículo 336 de la Constitución es limitar la capacidad del Estado para crear monopolios públicos. Así lo explica la Honorable Corte Constitucional:

“Así, como consecuencia de la protección de la libertad económica, por regla general la Constitución prohíbe que la ley establezca monopolios —salvo que se trate de arbitrios rentísticos (CP art. 336)— pero la Carta autoriza la constitución de monopolios estatales cuando se trata de servicios públicos o de actividades estratégicas (CP art. 365). Es más, en ciertas actividades, la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos (CP art. 365)”⁶⁵.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

2.9. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Asegura el actor que las normas demandadas supuestamente infringen el principio de igualdad en tres aspectos. En primer lugar señala, que las empresas que han cesado la conducta con posterioridad al inicio de la investigación no podrán ofrecer la modificación y suspensión de la

64 Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

65 Corte Constitucional, sentencia C-176 de 1996.

conducta pues ésta ya ha finalizado. Reconoce el actor que la Superintendencia ha aceptado el ofrecimiento de garantías respecto de conductas que ya habían cesado.

Cierto es que una conducta no puede modificarse si ya ha cesado, pero el que haya cesado por un período de tiempo no quiere decir que no pueda ser retomada. En ese sentido, la interpretación que le ha dado la Superintendencia a las disposiciones sobre garantías es acorde a su finalidad pues una firma sí puede comprometerse a suspender la realización futura de una conducta a pesar de que ésta no se realiza en el presente. Lo anterior, en la medida en que a la Superintendencia no sólo debe interesarse por lo ocurrido en el pasado, sino también por lo que ocurra en el futuro en aras de preservar y promover la competencia.

En segundo lugar, el accionante argumenta que el acompañamiento del compromiso por una garantía adicional que respalde la obligación principal (el colateral) supuestamente vulnera el principio de igualdad. Concluye el doctor MAURICIO VELANDIA que una persona “rica” podrá acceder a la terminación anticipada por aceptación de garantías mientras que una persona “pobre” no podrá acceder.

Sea lo primero recordar que la aplicación de una empresa investigada al ofrecimiento de garantías es un acto absolutamente voluntario y por lo tanto, la empresa “rica” como la “pobre” podrá optar por continuar con el procedimiento sancionatorio y defenderse frente a la administración.

Por otra parte, como anotó el accionante en uno de los cargos, de acuerdo a la Constitución Política el interés general está por encima del interés particular (artículo 58 de la Carta). Por lo tanto, la finalidad del colateral, que puede o no requerir la autoridad, está relacionada con la necesidad de que los compromisos sean “suficientes” para garantizar la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación. Lo anterior está en línea con los objetivos bajo los cuales debe actuar la Superintendencia que consisten básicamente en la promoción y preservación de mercados competitivos. Es decir, la solicitud de requerimientos que brinden suficiencia las garantías se identifica con el interés general por oposición del interés particular del investigado, sea éste “rico” o “pobre”.

El principio de igualdad se violaría si la Superintendencia aplicara diferentes criterios para juzgar empresas “solventes” de empresas con “déficit”; pero mientras la Superintendencia exija los mismos requisitos para aquellas empresas que se encuentran en las mismas condiciones y dichos requerimientos sean proporcionales se preservará el principio de igualdad.

Finalmente, argumenta el accionante que la figura de las garantías se presenta exclusivamente en el derecho de la competencia y no en el resto del derecho administrativo sancionador, lo cual supuestamente infringe el principio de igualdad.

Teniendo en cuenta que las garantías constituyen una institución eminentemente procesal no hay razón jurídica para exigir que todos los procedimientos de las diferentes ramas del derecho administrativo sancionador contemplen los mismos eventos procesales.

Aún más, los principios de la administración pública que inspiran la institución de las garantías —celeridad de la función administrativa, eficacia administrativa y economía procesal⁶⁶— son de aplicación general para los diferentes procedimientos del derecho administrativo sancionador y han determinado el diseño procesal de los respectivos procedimientos.

Por todo lo anterior, el cargo no debe prosperar.

3. CONCLUSIONES

Para efectos de realizar el control de constitucionalidad en el presente caso, la Honorable Corte Constitucional deberá aplicar el *test de leve de proporcionalidad* en la medida en que las disposiciones demandadas hacen parte de una legislación que constituye esencialmente una intervención del Estado en la economía—pues fija límites a la conducta de los agentes económicos en aras de garantizar la libre competencia económica— y se refiere a una materia en la cual existe un amplio

66 Artículo 209 de la Constitución.

margen configuración del legislador⁶⁷. Así lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional en reciente jurisprudencia:

“Como punto de partida es menester señalar que esta Corporación ha sostenido (cita omitida) que el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades —leve, intermedio o estricto— según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada (cita omitida). De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, cuando se trata de materias económicas (cita omitida), o de asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador (cita omitida), o cuando existen poderes reforzados de intervención estatal, como ocurre por ejemplo respecto de los servicios públicos (cita omitida), la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual por otra parte es el que ordinariamente debe adelantar el juez constitucional frente a las medidas legislativas, en deferencia a la legitimidad democrática del Legislador para configurar el ordenamiento jurídico (cita omitida). En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatales y la libertad de configuración legislativa que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas suponen”⁶⁸.

Conforme con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, la modalidad de juicio de proporcionalidad débil se caracteriza por los siguientes atributos:

1. Se aplica el “*criterio de inconstitucionalidad manifiesta*” en virtud del cual sólo será inconstitucional una norma “*si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas (...)*” (Sentencia C-1041 de 2007)⁶⁹.

67 Véase, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-265 de 1994, C-624 de 1998, C-1041 de 2007 y C- 392 de 2007.

68 Corte Constitucional, sentencia C-1041 de 2007.

69 Véase además Corte Constitucional, sentencias C-265 de 1994, C-445 de 1995, C-624 de 1998 y C-392 de 2007.

2. El control de constitucionalidad se centrará en el análisis de la finalidad perseguida por la norma (su no prohibición) y a la idoneidad⁷⁰ de los medios empleados para alcanzarla. En ese sentido el examen de la norma mediante *“se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado”*⁷¹.
3. Los medios que la disposición sometida a examen establece para el cumplimiento del objetivo deben ser conducentes. No obstante la anterior, la Honorable Corte Constitucional ha precisado que ello no implica *“exigir la realización plena del fin, ni mucho menos garantizar que el mismo será alcanzado, por lo tanto la falta de idoneidad de la medida deberá ser demostrada empíricamente, con base en conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas”*⁷².

En consonancia con lo anterior, a continuación se analizarán las disposiciones demandadas para evaluar:

1. Si persiguen un fin no prohibido por la Constitución.
2. Si las disposiciones son adecuadas para cumplir tal fin y son proporcionales.

70 Al respecto, ha precisado la Honorable Corte Constitucional sentencia C-1041 de 2007: “En tal sentido, una disposición legal guarda una relación de causalidad positiva con los fines constitucionales perseguibles, si conduce a un estado de cosas en que la realización de aquéllos se ve aumentada o incrementada en comparación con la situación que se presentaba antes de la intervención legislativa. En otras palabras, es preciso examinar si la realización del fin inmediato se alcanzará con un *mayor grado de probabilidad*, merced a la expedición de la norma legal”.

71 Corte Constitucional, sentencia C-1041 de 2007.

72 Corte Constitucional, sentencia C-1041 de 2007.

3.1. FINALIDAD Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS

La finalidad perseguida por las garantías, como se mencionó anteriormente, consiste en la modificación o suspensión de una conducta en virtud de la cual se inició una investigación por una supuesta vulneración de las normas libre competencia. Lo anterior está alineado con los objetivos que debe perseguir el Estado conforme a los lineamientos del artículo 333 de la Carta Política y del artículo 2 del decreto 2153 de 1992. Evidentemente, no se trata de un fin prohibido por la Constitución Nacional.

Como se expuso en las consideraciones a los cargos individuales contra las disposiciones demandadas se puede concluir sobre su naturaleza jurídica de las garantías lo siguiente:

- No puede decirse que las garantías dejan sin sanción a los infractores de la ley de competencia, porque por definición no hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y por lo tanto, no hay infractores.
- Para que se pueda hablar de infractores, las empresas tendrían que haber sido encontradas culpables de las conductas imputadas, habiendo podido defenderse dentro de un proceso con garantías constitucionales plenas, lo cual no sucede en la terminación anticipada por garantías.
- Por esta razón resulta absurdo pedir o pretender que las empresas tienen que declararse culpables o tienen que denunciar a otros.
- Tampoco puede decirse que no se cumple la ley, porque la Superintendencia de Industria y Comercio solamente acepta garantías que son suficientes y que protegen el cumplimiento de los bienes jurídicos que tutelan la Constitución y la ley.

3.2. ADECUACIÓN DE LAS GARANTÍAS PARA CUMPLIR SU FINALIDAD: ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Como se mencionó anteriormente, la doctrina ha identificado los beneficios de la figura de las garantías así como sus posibles efectos negativos y en particular el costo de oportunidad que implica no finalizar una investigación iniciada por la autoridad.

La autoridad de la competencia debe administrar sus recursos limitados de la manera más eficiente para alcanzar al máximo sus finalidades. En ese sentido, la autoridad debe procurar que el uso de sus recursos económicos y humanos permita la aplicación óptima de las normas para evitar las restricciones indebidas a la competencia. Así las cosas, una aplicación óptima implica:

1. La disuasión efectiva de prácticas anticompetitivas (reductoras del bienestar social).
2. Ausencia de errores en aplicación de la normativa
 1. Evitar falsos positivos (Error Tipo I)
 2. Evitar falsos negativos (Error Tipo II)
3. Minimización de costos administrativos
 1. Costos para el sector público
 2. Costos para el sector privado⁷³

En términos de la aplicación de las normas de libre competencia, las garantías brindan dos ventajas: 1) la celeridad y certeza con la cual se pone fin a conductas que posiblemente produzcan efectos

73 Cfr. VAN DEN BERGH, ROGER J. and PETER D. CAMESASCA, *Competition Law and Economics. A Comparative Perspective* (UK, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006) pág. 300 y sigs.

anticompetitivos y 2) ahorrar los costos administrativos que implica llevar a cabo una investigación, así como los costos privados para la empresa o las empresas investigadas de ejercer su derecho de defensa ante la administración⁷⁴.

Por otra parte, la doctrina ha identificado como costo de oportunidad asociado a la terminación anticipada, por oposición a la realización de la investigación hasta la adopción de una decisión por parte de la autoridad puede consistir en: 1) la ausencia de precedentes y doctrina sobre determinado tipo de conducta (necesidad de clarificar el sentido de la norma)⁷⁵ y 2) la disminución del poder disuasivo de las sanciones si su aplicación inadecuada por la autoridad se convierte en un mecanismo para “burlar la ley”⁷⁶.

En conclusión, la terminación anticipada en virtud de la aceptación de garantías estará alineada con una aplicación óptima de la normativa de libre competencia en la medida en que sus beneficios superan sus costos reales o potenciales. Por lo tanto, siempre que se cumpla el criterio que contemplan las disposiciones demandadas según el cual las garantías deben ser suficientes éstas serán un medio adecuado y proporcional para preservar y promover la competencia de los mercados.

74 Cfr. WOUTER P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, próximamente en C. D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), ‘European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law (Hart Publishing 2009), pág. 12 y sigs. ALFONSO MIRANDA L., ‘El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, pág. 248.

75 Cfr. WOUTER P. J. WILS, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, próximamente en C. D. EHLERMANN y M. MARQUIS (eds.), ‘European Competition Law Annual 2008: Settlements under EC Competition Law (Hart Publishing 2009), pág. 13. ALFONSO MIRANDA L., ‘El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, pág. 248.

76 Cfr. ALFONSO MIRANDA L., ‘El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia’ (2006) 6 *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC*, pág. 248.

3.3. EL NUMERAL 12 DEL ARTÍCULO 4 DEL DECRETO 2153 DE 1992 Y EL INCISO CUARTO DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992 NO INFRINGE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Por lo expuesto a lo largo de este documento, puede concluirse que las garantías persiguen un fin no prohibido por la Constitución y son un medio idóneo para cumplir su finalidad de manera proporcional y razonable.

En gracia de discusión, la efectividad de las garantías como parte de una política de promoción de la competencia estatal puede ser objeto de debate (y de hecho lo ha sido). Sin embargo, lo anterior no obsta para que la discusión sobre su conveniencia como parte de la política de libre competencia del Estado trascienda al punto de que se pretenda la declaración de la inexecutable del numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 por una supuesta vulneración de la Constitución Nacional.

Así las cosas, en aplicación del *test leve de proporcionalidad* no puede concluirse que el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el inciso cuarto del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 vulneran de manera directa y manifiesta los derechos fundamentales⁷⁷.

Por los argumentos descritos a lo largo de este documento se concluye que no procede la inconstitucionalidad de las disposiciones demandadas y por lo tanto, la Honorable Corte Constitucional debe desestimar las pretensiones del accionante.

De los Honorables Magistrados,

JUAN DAVID GUTIÉRREZ R.

77 Cfr: Corte Constitucional, sentencias C-265 de 1994, C-445 de 1995, C-624 de 1998 y C-392 de 2007.