

# Procedimiento en las actuaciones por la presunta violación de las normas de protección de la competencia

WILLIAM BURGOS DURANGO

## 1. AUTORIDAD COMPETENTE

Conforme con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Autoridad Nacional para conocer de las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio. Con fundamento en dicha disposición, aquellas entidades públicas que tenían competencia en este tipo de investigaciones dejaron de tenerla, tales como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la Comisión Nacional de Televisión y la Superintendencia Financiera.

En relación con las facultades que tenían otras entidades públicas en materia de competencia desleal administrativa y prácticas comerciales restrictivas de la competencia, vale la pena resaltar que en cuanto a la primera –competencia desleal– una vez entró en vigencia la Ley 1340 de 2009 esas entidades perdieron competencia. Sin embargo, en cuanto la segunda –prácticas comerciales restrictivas– no sucedió así, el artículo 33 de la mencionada ley estableció que “Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior [ 6

meses ] se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. [ ... ]”

Respecto la aplicación del artículo 33 de la Ley 1340 de 2009 el Consejo de Estado señaló<sup>1</sup>:

La Sala, interpretando lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 1340 de 2009, concluye para este caso específico lo siguiente:

La norma citada estableció un *régimen de transición de duración de seis (6) meses*, que va desde la entrada en vigencia de la ley, esto es, desde el 24 de julio de 2009, hasta el 24 de enero de 2010.

Durante este término las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuida facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades, de acuerdo con las previsiones establecidas en la misma norma para estos tres eventos:

1) Las investigaciones que se encuentren en curso, es decir, las que no estén en indaga-

ciones preliminares, al finalizar el periodo de transición, continuarán siendo tramitadas por la SSPP hasta su culminación. En este caso la ley perpetúa la competencia.

2) Las demás quejas e investigaciones preliminares se seguirán recibiendo y tramitando durante el término de transición por la SSPD, y la finalizar el mismo, esto es, el 21 de enero de 2010, las deberá trasladar a la SIC, si continúa en dicha etapa del procedimiento.

[ ]

## 2. QUÉ COMPRENDE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

La protección de la competencia comprende las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, incluidas las iniciadas por el no cumplimiento del deber legal de notificar las integraciones jurídico económicas, y las investigaciones por actos de competencia desleal<sup>2</sup>.

Las conductas consideradas por prácticas comerciales restrictivas de la competencia se encuentran contenidas en la Ley 155 de 1959, artículo 1, en el Decreto 2153 de 1992, artículos 47, 49 y 50, y en algunas normas especiales, según el sector económico<sup>3</sup>.

Los actos de competencia desleal se encuentran establecidos en la Ley 256 de 1996.

En relación con las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal, hay que destacar que esta Entidad conoce de la presunta realización de actos de competencia desleal en facultades jurisdiccionales y administrativas. Por tal razón, es importante tener claridad bajo qué atribución la Superintendencia está adelantado una actuación,

es decir, judicial o administrativa o en ejercicio de ambas.

Cabe advertir que de acuerdo con lo previsto en la Ley 446 de 1998, artículos 143, 144 y 147, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para conocer en materia jurisdiccional de asuntos de competencia desleal, para lo cual seguirá el procedimiento previsto para el proceso abreviado<sup>4</sup>. Para comparecer a este proceso se debe estar representado por apoderado.

## 3. INICIO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Para establecer la realización de prácticas comerciales restrictivas o de actos de competencia desleal en facultades administrativas, debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009<sup>5</sup>. Al respecto, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 señala que<sup>6</sup>:

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 su 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 Su-

peritendente 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.

La actuación administrativa puede iniciarse por queja o de oficio por la Superintendencia de Industria y Comercio. También se puede iniciar con base en un anónimo que ofrezca credibilidad, para lo cual se requiere de, por lo menos, la exposición de unos hechos, la identificación de unos posibles autores de la conducta y una relación de pruebas.

### 3.1. Por Queja

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no hace referencia alguna de cómo y qué debe contener una queja para que se de inicio a una actuación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia. Por tal razón, es necesario acudir al libro primero del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que la queja constituye un derecho de petición. Si bien, la queja constituye una petición, deberá tenerse en cuenta que el término previsto para que la Superintendencia dé respuesta a la misma, no será el establecido para el derecho de petición en interés particular<sup>7</sup>, pues para su trámite existe un procedimiento especial.

Al respecto, existe pronunciamiento judicial en los siguientes términos<sup>8</sup>:

De la lectura anterior derecho de petición, materia de estudio, evidencia el Despacho que lo presentado por la parte actora, corresponde a una queja que conforme a lo dispuesto por el decreto 3523 de 2009 y 1687 de 2010, que lo modifica en alguna de sus partes, está sometida a un trámite, por lo que la respuesta otorgada al derecho de petición (ver fol. 5), emerge como suficiente en cuanto la misma indica al actor que la denuncia elevada debe agotar un procedimiento conforme lo establece la normatividad citada, siendo del resorte de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinar si la queja elevada por el actor tiene la posibilidad de ser admitida y si existe mérito para dar inicio a la averiguación preliminar o dar apertura a la investigación, así lo consagra el artículo 3 del Decreto al (sic) 3523 modificado por el artículo 4 del Decreto 1687 de 2010. Además que no se puede obviar que el procedimiento a seguir en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia lo describe el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2010 que lo modifica en algunos artículos.

La queja debe contener una relación clara de los hechos, la identificación de los presuntos autores de la conducta objeto de la queja, las razones en que se fundamenta, las pruebas que sirven de soporte y la dirección del quejoso y de los supuestos infractores.

Frente al objeto de la queja, si bien en ciertos casos algunos quejosos encuadran la conducta anticompetitiva, lo cierto es que no siempre resulta ser lo más conveniente, pues puede suceder que luego del análisis

realizado por la Superintendencia, se encuentre que los hechos no constituyen una práctica anticompetitiva sino que infringen las normas sobre competencia desleal, caso en el cual, se deberá proceder a archivar la queja e iniciar de oficio la actuación.

Cuando el quejoso así lo solicite la Superintendencia podrá mantener la reserva de éste, siempre y cuando exista riesgo para el quejoso de represalias comerciales con motivo de la queja presentada<sup>9</sup>.

### 3.2. De Oficio

Tal como se ha venido sosteniendo, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para iniciar una actuación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, esto es, prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal administrativa. De esta manera, con base en cualquier información que tenga la Entidad se puede dar inicio a la correspondiente actuación.

La actuación también se puede iniciar con fundamento en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, es decir, cuando uno de los integrantes del posible acuerdo anticompetitivo –excepto el instigador o promotor– informe a la Superintendencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o entregue pruebas. El artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 fue reglamentado por el Decreto 2896 del 5 de agosto de 2010.

### 4. ADMISIÓN DE LA QUEJA

Presentada la queja ante la SIC, ésta es repartida a la Delegatura de Protección de la Competencia. Vale decir que entre las funciones de la mencionada dependencia se encuentra la de “Resolver sobre la ad-

misibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior”<sup>10</sup>, es por ello que en esta etapa se procede a analizar, entre otros aspectos, (i) si la queja es de competencia desleal administrativa o prácticas comerciales restrictivas<sup>11</sup>, (ii) si la queja corresponde a hechos que posiblemente vulneran las normas de protección de la competencia, (iii) la significatividad de la queja y (iv) si existe la necesidad de requerir al quejoso o a un tercero. Es frecuente que la Delegatura de Protección de la Competencia realice requerimiento de información o de documentos o solicite que el quejoso amplíe la queja, pues si ésta se encuentra incompleta o no son claros los hechos, se hace necesario tener elementos de juicio suficientes para estudiar la queja.

No todas las quejas que recibe la SIC en materia de protección de la competencia dan lugar a una averiguación o investigación, según el caso, puesto que habrá de determinar si los hechos contenidos en las mismas están relacionados con las normas de libre competencia. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional<sup>12</sup>:

No toda queja necesariamente origina una actuación[ ... ], indagación preliminar o investigación, porque desde el principio puede descartarse por descabellada o intranscendente, con lo cual al no admitírsele como presupuesto de la acción [...], no necesariamente desencadena la obligación del funcionario titular [...] de ponerla en conocimiento del presunto inculpado.

Una vez que la Delegatura de Protección de la Competencia cuenta con los elementos de juicio necesarios, se procede al análisis de admisibilidad de la queja. La admisibilidad consiste en determinar si existe mérito para

iniciar averiguación preliminar o investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia. En caso de no existir mérito se le comunica al quejoso tal situación, con el fin de que conozca el resultado de su queja; en contra de esta comunicación no procede recurso y el quejoso podrá nuevamente presentar queja si cuenta con otras pruebas. Los términos en los que se emite la mencionada comunicación, son –en síntesis–, los siguientes:

Me refiero a su comunicación radicada el [...], en la que presenta una queja contra la sociedad [...], por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, consistentes en el cobro de precios predatorios de venta del [...].

Sobre el particular, esta Delegatura después de realizar un análisis de los hechos relatados en su escrito, así como de practicar algunas pruebas, encuentra que, en principio, no están relacionados con la violación de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Si usted cuenta con nuevos elementos de juicio o documentos, este Despacho estará atento a evaluarlos en el ámbito de sus competencias.

## 5. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

La averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de los hechos, identificar a los posibles autores de la conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia. En esta etapa no existen investigados o partes, pues precisamente una de las finalidades de ésta es identificar o individualizar a los posibles responsables de la conducta.

En relación con la averiguación preliminar señala el inciso 1 del Decreto 2153 de 1992 que *[P]a 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 su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación"*. La averiguación preliminar no es obligatoria, es decir, que no siempre debe agotarse esta etapa para que la Delegatura de Protección de la Competencia abra investigación, pues si existen elementos de juicio que den lugar para iniciar la investigación, así habrá de proceder esta dependencia.

En efecto, el Consejo de Estado señaló<sup>13</sup>:

Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de ella en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación [...].

Característica importante de las actuaciones previas a la investigación es que tienen el carácter de reservadas.

Al respecto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló<sup>14</sup>:

8°. Distinto es el caso de la etapa preliminar en donde ciertamente no existen adminis-

trados involucrados en calidad de partes sino que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio acopio de las quejas y probanzas sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y en la ley 155 de 1959. Respecto de las diligencias previas existe reservas y así lo ha decidido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En la averiguación preliminar la Delegatura de Protección de la Competencia, con el apoyo del Grupo del Protección de la Competencia, podrá practicar todas las pruebas que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos. En efecto, generalmente se practican testimonios, visitas a las instalaciones de algunas empresas participantes del mercado objeto de estudio y se efectúan requerimientos de información<sup>15</sup>.

En relación con las visitas es de destacar que éstas no se notifican previamente a las empresas visitadas, puesto que de hacerlo se correría el riesgo de que la información sea manipulada u ocultada por parte de las mismas. Así mismo, no es necesario que la visita sea atendida por el representante legal de la sociedad, lo importante es que éste o cualquier directivo autorice a la persona que la atenderá con la facultad de entregar la documentación e información que le sea solicitada por la Superintendencia en la diligencia.

Al inicio de la diligencia los funcionarios de la Superintendencia hacen entrega a la empresa de la comunicación mediante la cual se les comisiona para practicar la visita administrativa. En dicha comunicación se le solicita a la empresa prestar la colaboración

necesaria y se le informa las facultades legales con que actúa la Entidad<sup>16</sup>.

En cuanto al objeto de la diligencia, teniendo en cuenta que las actuaciones previas a la investigación tienen el carácter de reservadas, a la empresa visitada se le informa que éste consiste en recaudar documentos e información que se considera necesaria para verificar el cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia en el mercado en que participa la empresa. Por lo tanto, los funcionarios que adelantan la visita no pueden revelar los hechos que dieron origen a la actuación o la identidad del quejoso o cualquier información que obren en el expediente, so pena de incurrir en la falta disciplinaria. Vale la pena señalar que durante la diligencia, los funcionarios de la Superintendencia se encuentran facultados para solicitar cualquier documento que consideren pertinente, incluidos los que tengan carácter reservado, revisar los archivos que obren en los computadores y practicar testimonios.

La sociedad visitada podrá estar acompañada de apoderado en la diligencia, pero esta situación no hace que la misma sea considerada como parte en la actuación, puesto que, se insiste, en la actuación previa no existen investigados o partes. Así, pues, el apoderado no podrá intervenir en la diligencia presentando nulidades, recursos o cualquier medio de defensa propio de las partes.

En el evento en que la empresa no permita la práctica de la visita o no colabore con el desarrollo de la misma, podrá incurrir en incumplimiento de instrucciones y exponerse a la imposición de una multa por parte de la Superintendencia. En este caso, los funcionarios deberán dejar constancia en el acta de lo sucedido.

La averiguación preliminar termina con una resolución de archivo o con una resolución en la que se ordena abrir investigación.

En contra de la resolución de archivo de la actuación preliminar procede recurso de reposición<sup>17</sup>.

### 5.1. Incumplimiento de Instrucciones

Conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para imponer sanción de multa por *"Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, [...]"*

Antes de la expedición de la citada ley la Superintendencia cumplía esta función con fundamento en el artículo 2, numeral 2, del Decreto 2153 de 1993, el cual fue derogado por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009. Actualmente, además de la Ley 1340 de 2009, el numeral 13 del artículo 13 del Decreto 1687 de 2010 faculta a la Superintendencia para imponer este tipo de sanción.

Con fundamento en las mencionadas normas la Superintendencia podrá sancionar a cualquier persona que sin justa causa no permita la realización de una visita, obstaculice su práctica, no responda en debida forma los requerimientos de información o no los conteste, no acate las órdenes o instrucciones que imparta esta Entidad en materia de protección de la competencia.

En relación con las instrucciones la Superintendencia de Industria y Comercio señaló<sup>18</sup>:

[...] las instrucciones a las que se refiere el artículo 2 numeral 2 del decreto 2153 de 1992,

son directrices que permiten a la autoridad de competencia verificar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas[...].

Igualmente, la Superintendencia sostuvo<sup>19</sup>:

La primera consideración que procede hace referencia a la expresión "las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia", contenida en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153. Una interpretación meramente literal permitiría concluir que cualquier instrucción que imparta la Superintendencia estaría comprendida dentro de esa disposición. Sin embargo, el propio decreto 2153 de 1992<sup>20</sup>, en el numeral 5 del artículo 2, de nuevo hace alusión a la facultad sancionatoria de la Superintendencia, pero en esta ocasión, junto a la posibilidad de sancionar por violación a las normas de protección al consumidor, lo que permite concluir que el numeral 2 se refiere de manera exclusiva a las instrucciones impartidas en la misma materia de la que se ocupa la primera parte de dicha disposición y, así mismo, el numeral 5 del artículo 2, debe estar referido a las instrucciones impartidas en materia de violación a normas sobre protección al consumidor.

Forzoso resulta concluir que la expresión contenida en el numeral 2 del artículo 2 in fine, debe estar relacionada con normas de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

Por su parte el Consejo de Estado en relación con las instrucciones señaló<sup>21</sup>:

El aparte resaltado en negrilla por la Sala [*así como por la inobservancia de las instrucciones*

*que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia]*, no está haciendo referencia a una facultad genérica de la Superintendencia de impartir instrucciones, sino específica, que guarda relación directa con la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. No se trata de cualquier instrucción que le corresponda impartir en relación con todos los asuntos asignados a su competencia, sino de aquéllas necesarias para hacer posible la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con esa materia.

En opinión de la Sala por la forma como está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, *ibídem* y los numerales 15 y 16 del artículo 4.º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

La sentencia del Consejo de Estado tuvo como fundamentos de hecho no permitir la realización de una visita que pretendía realizar la Superintendencia, para verificar el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

La actuación que se adelanta por el presunto incumplimiento de instrucciones, se inicia con la solicitud de explicaciones que la Superintendencia efectúa a las personas que supuestamente no acataron las instrucciones u órdenes impartidas por la Autoridad de Competencia. En el escrito de explicaciones los implicados o interesados

en la actuación pueden solicitar y aportar las pruebas que consideren necesarias en su defensa. Vencido el término para dar las explicaciones, se procede con la práctica de pruebas y, finalmente, el Superintendente de Industria y Comercio profiere la decisión final, la que es susceptible de recurso de reposición. El procedimiento que se sigue en la mencionada actuación no es el establecido para verificar el cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia –art. 52 del Decreto 2153 de 1992–, sino el señalado en el artículo 28 en concordancia con los artículos 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, en ausencia de procedimiento especial y por remisión del artículo 54 del Decreto 2153 de 1992<sup>22</sup>.

## 6. INVESTIGACIÓN POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

La Superintendencia de Industria y Comercio puede iniciar investigación administrativa por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas o por la supuesta realización de actos de competencia desleal. El procedimiento que sigue la Superintendencia en este tipo de investigaciones es el mismo, es decir, el contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009.

### 6.1. Resolución de Apertura

Es el acto mediante el cual se da inicio a una investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia. En la resolución de apertura, la Delegatura de Protección de la Competencia señala las normas que la facultan para tal proceder, el origen de la actuación –por queja o de ofi-

cio—, los hechos, las pruebas recaudas, los posibles autores de la conducta y la imputación jurídica, estos es, sobre qué conductas anticompetitivas versará la investigación. Igualmente, se señala que los investigados tienen un término para solicitar y/o aportar pruebas y la orden dirigida a éstos para que publiquen un aviso conforme lo indica la mencionada Delegatura.

Contra la resolución de apertura no procede recurso alguno, puesto que se trata de un acto de acto de trámite de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009. Igualmente, no es susceptible de revocatoria directa –art. 69 del C.C.A.–, pues ésta es procedente contra los actos administrativos definitivos, y no con los de trámite.

## 6.2. Notificación de la Resolución de Apertura de Investigación

Expedida la resolución de apertura de investigación por parte de la Delegatura de Protección de la Competencia por la supuesta realización de prácticas comerciales restrictivas o de actos de competencia desleal, el paso siguiente es notificar a los investigados.

A efectos de notificar el acto administrativo que ordena la apertura de investigación, la Delegatura envía una comunicación a los investigados a la dirección que obre en la actuación a fin de que concurran a notificarse personalmente en la sede de la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días siguientes al envío de la misma. De no efectuarse la notificación personal dentro del citado término, **se procede a la notificación por edicto, el cual se fijará por un término de 3 días**<sup>23</sup>.

Si bien el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 remite al Código Contencioso Administrativo a efectos de la notificación personal de las resoluciones de apertura de investigación, las que ponen fin a la actuación y las que deciden los recursos de la vía gubernativa, lo mismo no puede predicarse para la notificación por edicto, pues para este acto se señala un término de fijación de 3 días, a diferencia de aquel previsto en el C.C.A. en el cual se establece un término de 10 días<sup>24</sup>.

Notificada la resolución de apertura de investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, se presentan las siguientes situaciones en relación con los investigados:

- Responder la apertura de investigación.
- No contestar la resolución de apertura de investigación, es decir, no aportar ni solicitar pruebas, al igual que no presentar argumento alguno.
- Guardar silencio. Es una forma de defenderse, y no implica la renuncia a controvertir las pruebas que obran en el expediente y/o las que se practiquen.
- Allanarse parcial o totalmente a la resolución de apertura de investigación con el fin de obtener una rebaja en la sanción<sup>25</sup>.
- Realizar la publicación de la resolución de apertura de investigación conforme lo indique la Delegatura de Protección de la Competencia.
- Ofrecer garantías
- Colaborar con la Autoridad de competencia de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2896 de 2010<sup>26</sup>.

### 6.3. Término para Solicitar Pruebas

Notificada a los investigados la resolución de apertura de investigación por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, comienza a correr el término para que éstos soliciten o aporten pruebas conforme lo establece el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, el mencionado artículo no señala cuál es el plazo que tienen los investigados para ejercer tal derecho, razón por la que la Delegatura de Protección de la Competencia, conforme a lo dispuesto en el inciso 5 del citado artículo<sup>27</sup> y los artículos 267 del C.C.A. y 119 del C.P.C., fija el término que considere necesario<sup>28</sup>.

Así mismo, a pesar de que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 hace mención tan solo a la solicitud o aporte de pruebas, ello no constituye impedimento alguno para que los investigados presenten argumentos encaminados a desvirtuar las conductas que serán objeto de investigación.

Dentro del término para solicitar o aportar pruebas los investigados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17, numeral 2, de la Ley 1340 de 2009 deberán publicar un aviso en un diario de amplia circulación regional o nacional, según las circunstancias, informando sobre la apertura de la investigación y de la oportunidad que tienen los interesados para aportar sus consideraciones y pruebas. En la resolución de apertura de investigación la Delegatura de Protección de la Competencia señala el contenido del aviso y el plazo para su publicación. La no publicación del aviso, conforme lo establece la resolución de apertura de investigación, podrá dar origen a la imposición de una multa por incumplimiento de una orden, de acuerdo con en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

### 6.4. Solicitud y Decreto de Pruebas

En cuanto a la petición de pruebas, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no indica la forma cómo debe hacerse, por lo tanto, por remisión de esta norma<sup>29</sup> habrá de aplicarse el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo. Es así como deberá tenerse en cuenta que a efectos de que la Autoridad de Competencia pueda determinar la pertinencia y conducencia de la solicitud de pruebas, se hace necesario que la misma cumpla con los requisitos mínimos para cada medio probatorio contenidos en el Código de Procedimiento Civil.

No se trata de judicializar una actuación administrativa, sino que, por el contrario, se busca que la Autoridad de Competencia cumpla con los principios de la actuación administrativa, en especial los de economía, celeridad, eficiencia y contradicción. A manera de ejemplo, una solicitud de exhibición de documentos que no indique los documentos a exhibir o de testimonio que no señale el objeto sucinto sobre el cual versará deberá ser rechazada, pues difícilmente se podrá establecer si está referida a los hechos objeto de investigación.

Al respecto la Corte Constitucional señaló<sup>30</sup>:

Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado".

(...)

2.4. Los medios de defensa en las actuaciones administrativas, comprenden necesariamente, como se expresó en la aludida sentencia, la necesidad de que se observen ciertas garantías mínimas en materia probatoria, con

miras a asegurar que los interesados puedan ser oídos y hacer valer sus pretensiones e intereses. Por consiguiente, cuando aquéllas tengan por fin la imposición de sanciones al inculpado le asiste a éste el derecho de presentar y solicitar la práctica de pruebas y que éstas sean decretadas y practicadas, a contradecir las que se presenten en su contra, a que se decreten de oficio las que se consideren pertinentes para producir la certeza necesaria para decidir, y a que se produzca su evaluación con arreglo a los principios de la sana crítica, pues de este modo puede afirmar su inocencia y poner a salvo su responsabilidad.

2.5. La autoridad titular de la competencia no necesariamente está obligada a decretar y a practicar todas las pruebas solicitadas, sino las que sean pertinentes y conducentes para garantizar el derecho de defensa y el logro de la finalidad perseguida con la actuación administrativa. Por lo tanto, podrá negar la práctica de pruebas, cuando ellas carezcan de la aptitud o de la utilidad necesarias para que puedan servir de soporte a la adopción de la correspondiente decisión.

Resulta importante que los investigados al solicitar pruebas tengan en cuenta qué requisitos exige el Código de Procedimiento Civil para cada medio probatorio, so pena de que la petición sea rechazada. Para el decreto de testimonios se deberá cumplir con lo establecido en el artículo 219 del C.P.C., visita administrativa, se siguen las reglas de la inspección judicial, lo señalado en el artículo 245 del C.P.C., exhibición de documentos artículos 283 y 284 del C.P.C. y prueba pericial artículo 236 del C.P.C., entre otras pruebas.

Respecto los requisitos que debe cumplir la solicitud de testimonio, el relacionado

con la enunciación sucinta del objeto de la prueba –art. 219 del C.P.C.–, es un requisito respecto del cual tanto la jurisprudencia como la doctrina no han sido unánimes en su interpretación. Por tal razón, no es aconsejable utilizar formulas como las relativas a que el testigo declare “sobre los hechos materia de investigación” o “sobre lo que lo conste de los hechos que se investigan”, por cuanto eventualmente podría considerarse que no se cumple con tal requisito. Vale decir, que en la actualidad la posición de la Delegatura de Protección de la Competencia en relación con el citado requisito, es la de indicar sobre qué hechos objeto de investigación declarará el testigo, por lo que las frases indicadas con anterioridad carecen de aceptación<sup>31</sup>. Ahora bien, en materia de solicitud de documentos a empresas o a entidades públicas, a fin de poder establecer la utilidad y pertinencia de los documentos a solicitar, la Delegatura de Protección de la Competencia está exigiendo que los investigados –tanto como les sea posible– identifiquen los documentos que requieran, y no se limiten a utilizar formulas como la de que “se remitan los documentos que obren en la Entidad relativos a los hechos objeto de investigación”.

En todo caso, tal como se ha afirmado, para el análisis de las pruebas a decretar, la Delegatura de Protección de la Competencia tiene en cuenta el cumplimiento de los requisitos que el Código de Procedimiento Civil establece para cada medio probatorio.

En contra de la resolución que niega pruebas se podrá interponer recurso de reposición conforme con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009. La interposición del mencionado recurso no modifica la condición de acto de trámite que es la resolución que decreta o niega pruebas, pues ésta nace

la vida jurídica para *"impulsar la actuación administrativa a fin de llevarla hasta su culminación"*.

Algunos consideran que la interposición del recurso de reposición en contra de la resolución que niega pruebas da origen a la vía gubernativa y, por ende, suspende los efectos de esta resolución. En mi opinión dicha interpretación resulta equivocada, puesto que la vía gubernativa se predica de los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos que resuelven el fondo del asunto, y no de los actos de trámites, como lo es el que niega pruebas, por lo tanto, el efecto suspensivo en que se concede los recursos gubernativos no tiene aplicación respecto de la resolución que abre la investigación a pruebas.

Contrario a lo que podría pensarse, la presentación del recurso de reposición en contra de la decisión que niega pruebas, implica que el acto no se encuentra en firme respecto de lo que fue objeto de impugnación, pero no la suspensión de la misma —la decisión—, por cuanto las pruebas decretadas podrán ser practicadas conforme con los principios de economía y celeridad contenidos en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. A manera de ejemplo, se decreta la práctica de los testimonios solicitados por los investigados y se niega la petición de exhibición de documentos. No estaría acorde con los mencionados principios suspender la recepción de los testimonios hasta que se decida el recurso.

### 6.5. Ofrecimiento de Garantías

Señala el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que<sup>32</sup>:

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investiga-

ción cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Sea lo primero señalar que para la Superintendencia de Industria y Comercio la terminación de la investigación por la aceptación de garantías, constituye *"un mecanismo que contribuye al cumplimiento por parte de esta Entidad de las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, puesto que permite la eliminación o la modificación de aquellas conductas que motivaron el inicio de la investigación. En otros términos, el Superintendente acepta las garantías ofrecidas y pone fin al proceso, si tiene la convicción de que se eliminan los comportamientos que se vislumbran como yerros de la economía de mercado"*<sup>33</sup>.

Contrario al entendimiento que algunos han dado a las garantías, esta figura no implica tan sólo en dar cumplimiento a la ley o en constituir una póliza de seguro o bancaria o un título valor, sino que comprenden todo el conjunto de obligaciones que se compromete cumplir el investigado y que se encuentran directamente relacionadas con los hechos objeto de investigación, lo que permitirá a la Superintendencia tener certeza que si se cumplen —las obligaciones— la conducta objeto de investigación será suspendida, modificada o terminada.

Al respecto la Superintendencia de Industria y Comercio señaló<sup>34</sup>:

En ese orden de ideas, ni en estricto derecho ni atendiendo los fines de la norma, puede sostenerse que la garantía de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 puede consistir en la simple afirmación del investigado de que a futuro cumplirá la ley, pues eso sería tanto como equiparar la obligación (el

cumplimiento de la ley) con la garantía (que es el compromiso a partir del cual se asegura el cumplimiento de la obligación).

Así, pues, es importante que el investigado al ofrecer garantías analice la obligación que se compromete cumplir respecto de la conducta presuntamente anticompetitiva. A manera de ejemplo, si se investiga el acto de *"Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor<sup>35"</sup>*, no servirá que el investigado ofrezca como obligación que remitirá mensualmente a la Superintendencia la lista de precios. En el evento en que la conducta sea un presunto acuerdo anticompetitivo, se podrán ofrecer como compromisos u obligaciones: (i) Fijar unilateralmente los precios a través de la Junta Directiva o la persona que se designe para tal acto; (ii) Basarse en razones objetivas la modificación de los precios; (iii) Mantener las pruebas que acrediten el hecho base de la modificación de precios; (iv) Comunicar a la Superintendencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ocurrencia, la modificación de precios. (v) La constitución de una garantía de seguro por el valor asegurado que determine la Autoridad de Competencia; (vi) Contratar una firma auditora encargada de verificar el comportamiento de los precios –modificaciones– del investigado y comunicarle trimensualmente a la Superintendencia dicho comportamiento; (vii) Sin perjuicio de las facultades de la Autoridad de Competencia, mantener a disposición de ésta en un único archivo o carpeta los documentos que acrediten la variación de precios y los hechos que dieron lugar a la misma. (viii) Siempre que exista variación de precios el representante legal o la persona que éste designe, dentro de los 3 días siguientes a su ocurrencia en el

mercado, deberá dejar un acta a disposición de la Superintendencia.

Es necesario advertir que el ofrecimiento de garantías no constituye aceptación de responsabilidad respecto de los hechos objeto de investigación. De ahí que en la mayoría de los ofrecimientos, los investigados manifiesten que la conducta objeto de investigación no constituye violación a las normas sobre protección de la competencia y que el ofrecimiento no implica aceptación de los hechos que dieron origen a la actuación.

Ahora bien, respecto del término para ofrecer garantías, el inciso 1 del artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, establece que **será el mismo que la Autoridad de Competencia otorgó para solicitar o aportar pruebas al investigado**. Al respecto, señala la mencionada norma.

**Ofrecimiento de garantías suficientes para la terminación anticipada de una investigación.** Adicionarse el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 con un párrafo 1o del siguiente tenor:

Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

La aceptación de garantías es una facultad discrecional por parte del Superintendente de Industria y Comercio, puesto que la aceptación dependerá de la suficiencia de las mismas en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

En relación con la mencionada facultad, el Consejo de Estado señaló que:

Esa disposición consagra una facultad discrecional, según la cual el Superintendente de Industria y Comercio puede continuar o no la investigación, según estime que pueden darse garantías suficientes de que los hechos se suspendan o se modifiquen por parte del autor o de los autores de los mismos, bajo la perspectiva de que lo relevante es la efectividad de su función de inspección y vigilancia de las actividades económica bajo su control y, consecuentemente, de los principios de libre competencia y de transparencia del mercado<sup>36</sup>.

El ofrecimiento de garantías no interrumpe la investigación, pues la misma continuará hasta tanto no sean aceptadas por el Superintendente de Industria y Comercio. Del ofrecimiento se correrá traslado a los terceros interesados reconocidos en la investigación, por el término que la Delegatura de Protección de la Competencia considere adecuado, con el fin de que presenten sus observaciones<sup>37</sup>.

La solicitud que contenga el ofrecimiento de garantías será resuelta por el Superintendente de Industria y Comercio. De ser aceptadas las garantías, se dará fin a la investigación mediante resolución que admite recurso de reposición por tratarse de un acto definitivo, conforme lo dispuesto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, y que deberá notificarse si-

guiendo lo previsto en el artículo 23, inciso 1, de la Ley 1340 de 2009. En caso de que el ofrecimiento no sea suficiente, en contra de esta decisión no procede recurso, por tratarse de un acto que no pone fin a la actuación –acto de trámite–, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, y se comunicará al investigado de acuerdo con el artículo 23, inciso 2 de la citada ley.

En cuanto la naturaleza del acto mediante el cual se rechaza o niega el ofrecimiento de garantías, el Consejo de Estado ha señalado que éste reviste el carácter de trámite, en los siguientes términos<sup>38</sup>:

De acuerdo con lo anterior, es evidente, tal como lo sostuvo en su oportunidad la Administración, y lo plantea ahora como demandada, que la decisión contenida en el Oficio con número de radicación 97012386 000040, de 11 de noviembre de 1997, en el sentido de no aceptar las garantías ofrecidas por los investigados, cuyo lógico y jurídico resultado fue el de no dar por terminada la investigación que se adelantaba en su contra y, consecuentemente, continuar con ella a fin de determinar si se violó la prohibición establecida en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto-Ley 2153 de 1992, por presunto reparto del mercado de cemento gris en el país, es simplemente un acto administrativo de trámite, cuya legalidad no es susceptible de ser enjuiciada ante esta jurisdicción.

Cabe advertir que dependiendo de los hechos objeto de investigación, se podrán aceptar garantías a uno de los investigados y a otros no. Lo que debe establecer la Superintendencia, previamente a resolver las solicitudes de ofrecimientos de garantías, es si con la aceptación de las mismas el mercado se verá liberado de la conducta objeto

de investigación, no obstante uno de los investigados no las haya ofrecido o lo haya hecho de forma insuficiente<sup>39</sup>.

Al respecto el Consejo de Estado señaló<sup>40</sup>:

Finalmente, la violación del derecho de igualdad, que se hace descansar en que a las demás empresas se les archivó la investigación administrativa en comento, tampoco aparece demostrada por cuanto ese sólo hecho no indica trato discriminatorio, ya que ello depende de las razones por las cuales se procedió así y de las circunstancias que condujeron a esa decisión comparadas con la situación de la actora. En este caso la actora no ha acreditado que se encontraba en una situación igual a la de las empresas beneficiadas con esa decisión y que sirvió de fundamento para la misma. Incluso, en el acto que decidió el recurso de reposición se advierte que dicho archivo obedeció a que las beneficiadas con la medida presentaron en tiempo la garantía prevista en el artículo 52, inciso cuarto, del Decreto 2153 de 1992, conducente a garantizar que cesaban la conducta investigada y a no volver a incurrir en ella, en tanto que la actora ni siquiera presentó esa garantía.

#### 6.5.1. Efectividad de las garantías aceptadas

En firme el acto administrativo mediante el cual fueron aceptadas las garantías por parte del Superintendente de Industria y Comercio, inicia el seguimiento del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el investigado. Las condiciones para verificar el citado cumplimiento serán previstas en el acto administrativo de aceptación de garantías, al igual que el término de vigencia de las mismas<sup>41</sup>.

Conforme con el artículo 19, inciso 2, de la Ley 1340 de 2009, el incumplimiento de las obligaciones que hacen parte de las garantías aceptadas, constituye una infracción a las normas sobre protección de la competencia y dará lugar a la imposición de la sanción prevista en los artículos 25 y 26, según el caso, de la citada ley. Lo anterior, sin perjuicio de que la Superintendencia haga efectiva la póliza de seguro o bancaria o el título valor que se constituyó para asegurar o respaldar el cumplimiento de las demás obligaciones que conforman las garantías aceptadas.

La Superintendencia podrá declarar el incumplimiento de las garantías aceptadas, cuando encuentre que el investigado no acredite el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sin importar que la obligación insatisfecha no se encuentre relacionada con la suspensión o modificación de la conducta objeto de investigación. Es decir, a manera de ejemplo, basta con que el investigado no remita una información o se abstenga de levantar un acta encontrándose obligado a hacerlo, para que dé lugar a la declaratoria del incumplimiento de las garantías aceptadas. El incumplimiento de las obligaciones que se encuentran en cabeza del investigado, tiene como consecuencia la imposibilidad para la Autoridad de Competencia de determinar si efectivamente las conducta objeto de investigación fue suspendida o modificada en el mercado.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por una sociedad a la que la Superintendencia le declaró el incumplimiento de las garantías aceptadas, sostuvo<sup>42</sup>:

Para esta Sala es claro que medio de la resolución n.º 34804 de 2005, la SIC aceptó

como garantía de suspensión a la conducta investigada los compromisos hechos de a la conducta por la sociedad demandante, el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento o garantía bancaria, por lo que si no cumplían con alguno de esos compromisos, podía hacer efectiva la póliza correspondiente.

Para la Sala es apenas lógico que dentro de los compromisos se encuentren tanto las garantías ofrecidas como las obligaciones derivadas del esquema de seguimiento, toda vez que la SIC debe velar porque la demandante no incurriera nuevamente en las conductas por las cuales se abrió la investigación.

Entonces, como en este caso la SIC consideró que Cemex no cumplió con la obligación del esquema de seguimiento correspondiente a que mantuviera a disposición de esa entidad la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos, soportados con la documentación necesaria y expedidos por la presidencia u órgano competente dentro de la empresa, en un primer momento solicitó que se rindieran las explicaciones del caos y luego por medio de las resoluciones demandadas declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos.

Así las cosas, al ser las obligaciones del esquema de seguimiento parte de la garantía de la suspensión de la conducta investigada, la SIC obró adecuadamente al declarar el incumplimiento.

Para que la Superintendencia declare el incumplimiento de las garantías aceptadas, deberá previamente solicitar explicaciones al investigado respecto de la obligación presuntamente incumplida<sup>43</sup>. Dentro del término para rendir explicaciones, el investigado podrá solicitar y aportar las pruebas

que considere convenientes en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, las que de ser pertinentes y conducentes se practicarán. En contra de la decisión que resuelve el presunto incumplimiento de las garantías aceptadas procede recurso de reposición. Sobre el mencionado procedimiento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló<sup>44</sup>:

Además de lo anterior, no se encuentra vulneración alguna al debido proceso, toda vez que la SIC al realizar la visita y encontrar que la documentación solicitada no reunía los requisitos, solicitó y dio término para que la demandante presentara las explicaciones del caso.

## 6.6. Intervención de Terceros

En las investigaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, esto es, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa, se permite la intervención de terceros conforme con el artículo 19 de la Ley 1340 de 200. Al respecto señala el inciso 1 de la citada norma:

**Intervención de terceros.** Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Al respecto la Delegatura de Protección de la Competencia de la Superintendencia, mediante resolución No. 59745 de 2009, señaló:

Ahora bien, como se observa, el inciso 1 del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 exige a efectos de que una persona sea considerada como tercero interesado que acredite un interés directo e individual en la investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Es decir, no basta con demostrar la existencia de una relación de competencia con los investigados o ser consumidores u otra calidad para obtener tal reconocimiento, sino que se hace necesario acreditar un interés directo e individual en la respectiva actuación.

[...]

A efectos de acreditar el interés directo en las investigaciones por la violación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, se hace necesario tener en cuenta el interés protegido por las normas sobre libre competencia.

[...]

En consecuencia, el interés directo que debe acreditar quien solicita el reconocimiento de tercero interesado, es diferente al interés público que protege las normas sobre libre competencia. Por lo tanto, al tercero le corresponderá acreditar que tiene un interés individual en el resultado de la actuación, que difiere del interés que tiene la comunidad en general. De ahí la importancia que el solicitante demuestre de qué manera se modificaría su situación jurídica o fáctica con la decisión que se adopte en la investigación, con el objeto de que sea vinculado a la misma y de esta manera pueda ejercer sus derechos.

[...].

Es decir, que para la Superintendencia no será suficiente que el interesado demuestre la condición de competidor, consumidor o cualquier calidad, sino que, además, deberá acreditar su interés directo en el resultado de la investigación. Es así como, para demostrar tal interés, resulta necesario que el tercero aporte las pruebas pertinentes y conducentes, adicionales a las que puede solicitar y aportar para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación.

El término para solicitar el reconocimiento de tercero interesado en las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, es de "quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de investigación". Sobre el particular la Superintendencia de Industria y Comercio consideró<sup>45</sup>:

Conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, para solicitar y acreditar la condición de tercero interesado y aportar las pruebas que considere conducentes y pertinentes, se tiene un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la publicación ordenada en el artículo vigésimo primero de la resolución de apertura de investigación, plazo que para el presente trámite administrativo venció el 01 de junio de 2010.

De las solicitudes de terceros interesados y de las pruebas aportadas por éstos, se dará traslado a los investigados por el término que determine la Superintendencia<sup>46</sup>. Dentro del mencionado plazo –15 días–, los terceros interesados –si así lo consideran– podrán limitar su participación solo "aportando las consideraciones y pruebas" que estimen útiles, sin solicitar el reconocimiento de tercero interesado en la investigación.

La solicitud de reconocimiento de tercero interesado deberá ser resuelta por la Delegatura de Protección de la Competencia mediante acto administrativo contra el cual no procede recurso alguno, sin importar si se admite o se niega tal condición, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

Reconocida la condición de tercero interesado en las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, éstos adquieren los derechos de participar en la práctica de pruebas, presentar observaciones a las garantías ofrecidas y al informe motivado, presentar recursos y demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la decisión que pone fin a la investigación<sup>47</sup>. Los terceros no tendrán derecho a acceder a los documentos reservados que obren en la investigación.

### 6.7. Audiencia de Conciliación

En las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia iniciadas con base en una queja, se citará a audiencia de conciliación al quejoso y al investigado con el fin de que concilien los intereses particulares que puedan verse afectados. La fecha de la diligencia deberá fijarse vencido el término para que el investigado solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer en la investigación<sup>48</sup>. La no asistencia a la audiencia de conciliación sin justa causa dará lugar a la imposición de una sanción pecuniaria, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 640 de 2009.

A la audiencia de conciliación, tanto el quejoso como el investigado podrán acudir acompañados por apoderados. En el evento en que alguno de ellos —quejoso o investiga-

do— se encuentre domiciliado en una ciudad distinta a la sede de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá asistir su apoderado con facultades para conciliar<sup>49</sup>.

Sobre la conciliación en materia de protección de la competencia ha existido cierta controversia en relación con su utilidad, puesto que al no terminar la investigación, dicha figura no resulta atractiva para el investigado.

Al respecto, considero que a pesar de que con la conciliación no finaliza la investigación, teniendo en cuenta el interés público protegido por las normas de libre competencia, ésta beneficia en todo caso al quejoso y al investigado. En efecto, el investigado podrá conciliar cualquier tipo de interés incluyendo el desistimiento de: (i) la queja, (ii) la solicitud de reconocimiento de tercero interesado, (iii) cualquier otra queja o demanda civil o denuncia penal por los mismos hechos objeto de investigación, (iv) los perjuicios presuntamente ocasionados. Por su parte, el quejoso podrá conciliar sobre la suspensión de los hechos objeto de investigación o, según el caso, sobre la afectación de sus intereses particulares, es decir, respecto de la discriminación, obstaculización y comercialización de sus productos, entre otros.

### 6.8. Medidas Cautelares

El Superintendente de Industria y Comercio podrá decretar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las normas sobre protección de la competencia, "*siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria*"<sup>50</sup>.

Por tanto, para que la Superintendencia decrete una medida cautelar requiere que se acrediten dos (2) requisitos:

1. Que las conductas objeto de investigación puedan constituir infracción a las normas sobre protección de la competencia, caso en el cual se apoyará en las pruebas recaudadas en la actuación. Para el cumplimiento de este requisito, no se exigirá plena prueba ni la misma certeza que se requiere para la decisión final, pues es suficiente con las pruebas sumarias allegadas a la actuación o con las practicadas a la fecha de adoptar la decisión.
2. Que se *"considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria"*. En mi opinión este requisito no es propio de las medidas cautelares, pues éstas se decretan para suspender provisionalmente la supuesta conducta anticompetitiva, y no para garantizar el cumplimiento de la sanción que se impondrá. Es decir, basta con que se cumpla con el primer requisito para que se ordene al infractor que suspenda temporalmente la posible conducta anticompetitiva. Para hacer efectiva la sanción impuesta al investigado, la Superintendencia cuenta con otros mecanismos diferentes a la medida cautelar, como son la jurisdicción coactiva en relación con la multa y la imposición de otra multa respecto del incumplimiento de las instrucciones que impartió en su decisión que terminó la investigación.

Conforme con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 1.º del Decreto 1687 de 2010, la Superintendencia podrá decretar me-

didar cautelar de oficio o a petición de un interesado. En este último caso, la Superintendencia podrá solicitar la constitución de una caución para garantizar los posibles perjuicios que pueda ocasionar su decreto.

Mediante resolución n.º 3509 de 2010 la Superintendencia por primera vez decretó medidas cautelares en una investigación por la presunta realización prácticas comerciales restrictivas de la competencia. En dicha resolución señaló:

La evidencia arriba mencionada permite concluir que este tipo de conductas y su permanencia en el tiempo, restringe la libertad económica protegida por la Constitución Política y la ley, y pone de relieve el riesgo de que una eventual decisión sancionatoria resulte limitada en su efectividad, porque mientras tal determinación se adopta, la conducta podría tener consecuencias en un sector que, como se dijo, resulta de especial importancia. Estas circunstancias justifican la adopción de las medidas cautelares en el presente asunto, en tanto con ellas se busca impedir que la presunta actividad anticompetitiva siga teniendo ejecución, así como que cesen los efectos que pueda generar tal conducta, con lo cual se preserva el interés general que subyace a las normas de protección de la competencia, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional, la libre competencia económica está protegida por el ordenamiento superior y su finalidad, como un derecho individual y colectivo a la vez, es la de alcanzar un estado donde sea posible la obtención del lucro individual, al tiempo que brinde beneficios para los consumidores al permitir la oferta de una mejor calidad y mayores garantías en los bienes y servicios, a un precio justo<sup>51</sup>.

### 6.9. Práctica de Pruebas

Las pruebas en las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia, en lo que fuere compatible con la naturaleza de la actuación administrativa, se practican conforme al Código de Procedimiento Civil.

En materia de testimonios el artículo 1, numeral 40, del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, establece que su práctica se realizará conforme al Código de Procedimiento Civil.

Los gastos que ocasione la práctica de una prueba correrán a cargo de quien pidió o la pidieron. Los gastos de la práctica de pruebas decretadas de oficio estarán a cargo de los investigados<sup>52</sup>.

Los investigados podrán desistir de las pruebas solicitadas y decretadas hasta antes de su práctica, de conformidad con el artículo 344 del C.P.C. La Autoridad de Competencia podrá limitar la recepción de testimonios cuando considere que existe suficiente ilustración respecto de los hechos materia de esta prueba. En contra de la decisión que limita la práctica de testimonios no procede recurso alguno por tratarse de un acto de trámite<sup>53</sup>.

Los documentos y demás pruebas que obren en la investigación deberán ser clasificados en públicos y reservados, según el caso, para lo cual se deberá tener en cuenta lo previsto en los artículos 74 de la Constitución Política de Colombia, 260 de la Decisión 486 CAN, 12 de la Ley 57 de 1985, 19 del Código Contencioso Administrativo y 61 del Código de Comercio<sup>54</sup>. Los investigados podrán solicitar a la Superintendencia que los documentos que conforme a la ley tengan la condición de reservados, así se conserven en la actuación en cuaderno sepa-

rado confidencial, para ello deberán acompañar con los mencionados documentos un resumen no confidencial del mismo<sup>55</sup>.

### 6.10. Saneamiento del Procedimiento

Los vicios u otras irregularidades que se presenten en las investigaciones por la presunta violación de las normas sobre protección de la competencia deberán alegarse antes de que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presente informe motivado, so pena de que se consideren saneados. Si ocurrieren después de presentado dicho informe, deberán ser alegados dentro del término para presentar recurso de reposición contra la decisión que ponga fin a la investigación. La Superintendencia podrá resolver las solicitudes presentadas por vicios u otras irregularidades en cualquier etapa de la investigación o en la decisión final. Lo relativo a los vicios y otras irregularidades que afecten a la investigación se encuentra establecido en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009.

Vale decir que no todos los vicios e irregularidades que se presenten en la investigación serán susceptibles de nulidad, pues habrá situaciones en que la Autoridad de Competencia sin necesidad de acudir a este remedio procesal pueda de oficio sanear el procedimiento conforme con el principio de eficacia contenido en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. El artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 está dado para situaciones en que el investigado o el tercero interesado reconocido en la investigación vea afectado su derecho al debido proceso, caso en el cual deberá solicitar que se declare la nulidad de lo actuado desde que se produjo el vicio, so pena de que se entienda saneado.

## 7. INFORME MOTIVADO

Señala el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que, "*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*". El párrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 adicionó el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en el sentido de que a los terceros interesados reconocidos en la investigación se les correrá traslado del informe motivado.

El informe motivado no vincula al Superintendente de Industria y Comercio, por lo tanto, éste se puede apartar de la recomendación que haga el Delegado para la Protección de la Competencia.

En relación con el informe motivado el Consejo de Estado señaló<sup>56</sup>:

De otra parte, si el funcionario investigador enunció la decisión que en el caso debía tomarse, ha de tenerse en cuenta que lo hizo en el informe que le correspondió rendir, el cual según la misma norma transcrita es calificadorio de lo instruido, y que la decisión finalmente la tomó el funcionario competente, que según lo expresa la actora es el Superintendente de Industria y Comercio, luego no es cierto que aquél hubiere usurpado funciones de éste.

Mediante comunicación, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia corre traslado del informe motivado a los investigados y a los terceros interesados reconocidos, con el fin de que presenten sus observaciones a dicho informe. En la citada comunicación se fija el término para que éstos realicen sus observaciones; como quiera que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no lo fijó, generalmente es de 15 días.

## 8. RESOLUCIÓN FINAL

Vencido el término para que los investigadores y los terceros interesados reconocidos presenten sus observaciones al informe motivado, corresponderá al Superintendente de Industria y Comercio mediante resolución motivada decidir la investigación. La decisión podrá consistir en archivar la investigación por no existir mérito para sancionar por la violación de las normas sobre protección de la competencia. En el evento de que la Superintendencia decida imponer una sanción, podrá además instruir al investigado o los investigados acerca de la forma como deben desmontar la conducta anticompetitiva y el comportamiento que debe asumir en el mercado. Igualmente, podrá la Superintendencia ordenar al investigado –sancionado– la publicación de un aviso en el que se informará la sanción impuesta<sup>57</sup>.

Notificada la resolución que da por terminada la investigación, conforme lo dispone el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, en contra de ésta podrá interponerse recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Para la interposición del mencionado recurso deberá cumplirse con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, so pena de que se proceda a su rechazo. El recurso se concederá en el efecto suspensivo<sup>58</sup>.

A efectos de resolver el recurso interpuesto, la Superintendencia podrá practicar las pruebas que considere pertinentes y conducentes para esclarecer los hechos objeto de investigación. Vencido el término para practicar las pruebas decretadas, el Superintendente de Industria y Comercio proferirá la decisión resolviendo el recur-

so interpuesto. Esta decisión se notificará conforme al artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 y en contra de la misma no procederá recurso alguno, quedando en firme una vez notificada.

En firme la mencionada decisión podrá ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podrán demandar los investigados y los terceros interesados reconocidos en la investigación, previo agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación<sup>59</sup>.

- 1 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto negativo de competencias administrativas entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto del 15 de octubre de 2009.
- 2 Ley 1340 de 2009, artículos 2 y 6.
- 3 *Ibidem*, artículo 4.
- 4 Ley 962 de 2005, artículo 49. Una vez entre en vigencia la reforma al Código de Procedimiento Civil el proceso será verbal, Ley 1395 de 2010.
- 5 Ley 446 de 1998, artículo 144.
- 6 El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 fue adicionado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de que se correrá traslado a los terceros interesados reconocidos del informe motivado.
- 7 Código Contencioso Administrativo, artículo 15.
- 8 Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de Bogotá, sentencia de Tutela del 22 de julio 2010.
- 9 Ley 1340 de 2009, artículo 15, parágrafo 2.
- 10 Decreto 1687 de 2010, artículo 8, numeral 4.
- 11 Este es el punto de partida de la actuación.
- 12 Corte Constitucional C-430 de 1997.
- 13 Consejo de Estado, Sección Primera, M. P.: MANUEL SANTIAGO URSIETA AYOLA, sentencia del 23 de enero de 2003.
- 14 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en sentencia del 27 de abril de 1999.
- 15 Decreto 3523 de 2009, modificado por el De-

creto 1687 de 2010, artículo 1. Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio "[...]"

38. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan.

"39. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

"40. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

- 16 En la comunicación se señala lo siguiente: "De conformidad con las facultades otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto número 3523 de 2009, los doctores [ ...], identificados con cédulas de ciudadanía números [...], fueron delegados para adelantar visita administrativa y obtener información relacionada con el mercado de la producción y comercialización de tubos. Dentro de las funciones y facultades legalmente conferidas a esta Entidad, agradecería les prestaran la colaboración necesaria para que cumplan su labor, en los términos del artículo 1º del Decreto 1687 de 2010".
- 17 Superintendencia de Industria y Comercio, resoluciones 14745 y 40431 de 2010.
- 18 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 7591 de marzo 29 de 2007.
- 19 *Ibidem*, resolución número 2926 de 2007.
- 20 "Expedido con base en las facultades del artículo 20 transitorio de la C. P. Reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio"
- 21 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893)
- 22 *Ibidem*,
- 23 Ley 1340 de 2009, artículo 23, inciso 1. "NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES. Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente conforme al Código Contencioso Administrativo. De no ser posible la notificación personal, el correspondiente edicto se fijará por un plazo de tres (3) días".

- 24 Código Contencioso Administrativo, artículo 45.
- 25 Ley 1340 de 2009, artículo 25, Parágrafo.
- 26 Decreto 2896 de 2010, "Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009".
- 27 Decreto 2153 de 1992, artículo 52, inciso 5. "En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".
- 28 Por lo general el término que señala la Delegatura de Protección de la Competencia para que los investigados soliciten y aporten pruebas es de quince (15) días.
- 29 Decreto 2153 de 1992, artículo 52, inciso 5. "En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".
- 30 Corte Constitucional sentencia T-1395 de 2000.
- 31 Superintendencia de Industria y Comercio, resoluciones números 69842 de 2009 y 16948 de 2010.
- 32 El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, respecto del ofrecimiento de garantías debe ser armonizado con los artículos 16 de la Ley 1340 de 2009 y 3 de los Decreto 3523 de 2009 y 1687 de 2010.
- 33 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución n.º 26361 de 2006.
- 34 *Ibídem*, resolución n.º 9176 de 2007.
- 35 Decreto 2153 de 1992, Artículo 48, numeral 1.
- 36 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 2002.
- 37 Ley 1340 de 2009, artículo 19, inciso 4.
- 38 Consejo de Estado, Sección Primera, M. P.: Dr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, sentencia del 26 de noviembre de 1998.
- 39 Superintendencia de Industria y Comercio, resoluciones números 20337 de 2007 y 57740 de 2009.
- 40 Consejo de Estado, Sección Primera, M. P.: MANUEL SANTIAGO URUIETA AYOLA, sentencia del 23 de enero de 2003.
- 41 Ley 1340 de 2010, artículo 16, inciso 1.
- 42 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B, M. P.: Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, sentencia del 29 de enero de 2009.
- 43 Ley 1340 de 2009, artículo 16, inciso 2.
- 44 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B, M. P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, sentencia del 29 de enero de 2009.
- 45 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución número 36359 de 2010.
- 46 Ley 1340 de 2009, artículo 19, inciso 3.
- 47 *Ibídem*, incisos 4 y 5.
- 48 Ley 640 de 2001, artículo 33.
- 49 *Ibídem*, artículo 1, parágrafo 2.
- 50 Ley 1340 de 2009, artículo 18.
- 51 "C-369 de 2002. M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT"
- 52 Código Contencioso Administrativo, artículo 56.
- 53 Ley 1340 de 2009, artículo 20.
- 54 El carácter de la investigación es pública, artículos 19 del Código Contencioso Administrativo y 17 de la Ley 1340 de 2010. 55
- 55 *Ibídem*, artículo 15.
- 56 Consejo de Estado, Sección Primera, M. P.: MANUEL SANTIAGO URUIETA AYOLA, sentencia del 23 de enero de 2003.
- 57 Ley 1340 de 2009, artículo 17.
- 58 Código Contencioso Administrativo, artículo 55.
- 59 *Ibídem*, artículo 136, numeral 2.

