

# Terminación por garantías en los procedimientos administrativos sancionatorios de prácticas comerciales restrictivas\*

MODERADOR: DAVID TORO OCHOA<sup>1</sup>

PANELISTAS: FELIPE SERRANO PINILLA<sup>2</sup>

JAIRO RUBIO ESCOBAR<sup>3</sup>

\* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.07>

- 1 David Toro Ochoa. Abogado, de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho económico de la misma Universidad. Master of Laws (LLM) de la Universidad de California–Berkeley. Profesor de pregrado y posgrado en AED, Derecho de la Competencia y Derecho Económico Internacional de las facultades de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales y de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Abogado asociado de Archila Abogados.
- 2 Felipe Serrano Pinilla. Abogado, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana, Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Leyes y Derecho de la Competencia de la Universidad de Nueva York y Máster en Políticas Públicas de la Universidad de Oxford. Entre 2012 y 2015, fue Jefe de Asesores del Superintendente de Industria y Comercio y Superintendente de Industria y Comercio Encargado. Trabajó como abogado en el Departamento de Litigios de varias firmas colombianas y fue secretario general e investigador del Consejo Privado de Competitividad. Es profesor en temas de Derecho de la competencia en programas de posgrado de la Universidad de los Andes, Javeriana y Externado. Actualmente es socio de la Firma Serrano Martínez, y concentra su práctica en áreas de Derecho de la competencia y litigio societario. Está admitido como abogado en Colombia y el Estado de Nueva York.
- 3 Jairo Rubio Escobar. Abogado y socio economista egresado de la Pontificia Universidad Javeriana. Su último título académico lo obtuvo en el Franklin Pierce Law Center (New Hampshire, EEUU), donde se graduó como Magíster en Propiedad Intelectual. Adicionalmente, es Especialista en Derecho de Seguros, de la Universidad Javeriana. Ha realizado estudios de especialización de propiedad industrial en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Ginebra, Suiza. Ha sido profesor y conferencista, a nivel nacional e internacional, en temas de Derecho de la Competencia, Consumidor y Derecho de la Propiedad Industrial. Actualmente se desempeña como consultor en Derecho comercial y, especialmente, en materia de competencia, consumidor, propiedad industrial, franquicias y transferencia de tecnología. Ha ocupado importantes cargos, tanto en el sector privado como en la Administración pública: Superintendente de industria y Comercio, Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia y para la Propiedad Industrial, Secretario General del Banco Caja Social y Jefe de División de Intermediarios de Seguros de la Superintendencia Bancaria, entre otros. Antes de ser Superintendente de Industria y Comercio, fue consultor privado durante ocho años en Derecho comercial. También ha escrito múltiples artículos y columnas en materia de Derecho de los consumidores, Derecho de la propiedad industrial, Derecho de la competencia,

## INTRODUCCIÓN

La construcción doctrinal que ha hecho la Superintendencia de Industria y Comercio en torno a la terminación por garantías que consagra el procedimiento legal de los procesos sancionatorios por las conductas restrictivas de la competencia ha sido muy diversa. De ahí la importancia de su análisis. Por ello, en primer lugar, antes de tocar los aspectos procesales –que en este tema suelen ser los más relevantes– vamos a referirnos a la finalidad, naturaleza y requisitos de las garantías. Hay tres aspectos básicos que se deben tener en cuenta a la hora de revisar esta figura de fondo: (i) la SIC ha considerado que las garantías deben ser preferiblemente estructurales y, en esa medida, no pueden ser obligaciones encaminadas únicamente a cumplir las normas de competencia, aspecto que compartimos; (ii) ha dicho la SIC que las garantías no son admisibles para los carteles o acuerdos restrictivos de la competencia, y (iii) que las garantías deben estar orientadas hacia la promoción de la política de competencia que tenga la autoridad en ese momento.

A continuación, presentaremos las principales reflexiones de los panelistas en torno a los aspectos fundamentales de la figura de terminación por garantías en los procesos de violación de normas antimonopolios. Veamos.

## ALCANCE DE LAS GARANTÍAS

*Felipe Serrano Pinilla*

*¿Cuál es la finalidad y la naturaleza de la figura de terminación por garantías en el proceso sancionatorio de prácticas comerciales restrictivas?*

Es necesario iniciar haciendo una referencia general sobre el mecanismo que en Colombia se denomina *garantías*, pero en el mundo hace referencia a compromisos o *settlements*. Tradicionalmente, las autoridades de competencia tenían dos vías para terminar una investigación: o (i) comprobaban la existencia de la práctica investigada y la sancionaban o (ii) si después de investigar no podían determinar o demostrar la existencia de una práctica anticompetitiva, concluían que la investigación debería terminar con el cierre.

Hace más o menos unos 15 o 20 años, con excepción de los Estados Unidos, que tiene *settlements* desde 1906<sup>[4]</sup>, nace con mucha fuerza la figura de los compromisos o las garantías, que es una tercera vía para terminar una investigación y que puede tomar,

Derecho comercial y Derecho internacional del libre comercio. En el campo de la docencia, es el director de la Especialización de Derecho de la Competencia de la Universidad Javeriana y ha sido profesor en el campo del Derecho comercial en las universidades Javeriana, Rosario, Santo Tomás y Sabana, entre otras.

- 4 Antitrust Settlements: The Culture of Consent, Douglas H. Ginsburg, Joshua D. Wright, Bill Kovacic Liber Amicorum, p. 2.

diríamos, muchas formas dependiendo de la jurisdicción donde uno se ubique, pero que tiene ciertas características fundamentales. Veamos.

El proceso termina anticipadamente, sin una sanción y sin una evaluación o juicio sobre la responsabilidad del investigado, elemento importante para diferenciarlas de conductas en las cuales el investigado hace una negociación con la autoridad, como es el caso europeo de los *settlements*, en donde paga una sanción reducida en un 10%<sup>5</sup>. La figura de las garantías o compromisos es una figura en la cual no se reconoce la responsabilidad y la autoridad no hace una evaluación de responsabilidad.

El investigado ofrece compromisos y la autoridad los acepta, que pueden ser estructurales o de comportamiento. Los estructurales son aquellos que afectan la estructura y los incentivos del mercado. Los de comportamiento son sencillamente aquellos que atacan o están encaminados a determinar la conducta del investigado. En algunos casos, pueden implicar el pago de dinero, como en el caso de *consent decrees* en los Estados Unidos<sup>6</sup>. En todas las jurisdicciones tienen una característica y es la discrecionalidad de la autoridad para aceptarlas, es decir, en ningún lado, incluyendo a Colombia, terminar un proceso por garantías es un derecho; es una alternativa que tiene la autoridad frente al derecho que tiene alguien de ofrecer unos compromisos para que se le termine la investigación en su contra.

En la mayoría de las jurisdicciones, los compromisos o las garantías para terminar anticipadamente una investigación sin aceptación de culpa no están disponibles para todas las conductas. La Unión Europea, por ejemplo, no acepta la terminación por compromisos cuando se trata de una investigación de carteles o acuerdos<sup>7</sup>. En el caso de carteles, la Unión Europea utiliza la figura de los *settlements*, que implican la aceptación de culpa y una sanción, a cambio de la reducción de un porcentaje sobre la misma. En Estados Unidos, si bien pueden referirse a acuerdos algunos *consent decrees*, lo cierto es que para conductas perseguidas criminalmente por el Departamento de Justicia como fijación de precios, colusión en licitaciones públicas y distribución de mercados, no están disponibles<sup>8</sup>.

5 European Commission, Cartel case Settlement. Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/settlements\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html)

6 Department of Justice, Cartel Settlements in the U.S. and E.U.: Similarities, Differences & Remaining Questions, Ann O'Brien, 13<sup>th</sup> Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florencia, Italia, Junio 6, 2008.

7 *Op. cit.* 2. European Commission, Cartel case Settlement. En el caso de carteles, la Unión Europea utiliza la figura de los *settlements*, que implican la aceptación de culpa y una sanción, a cambio de la reducción de un porcentaje sobre la misma.

8 International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Template, United States Department of Justice, Antitrust Division, November 17, 2016. Disponible en: [justice.gov/atr/page/file/957596/download](https://www.justice.gov/atr/page/file/957596/download), "Civil investigations may be resolved by consent agreement, which must be approved by a federal court. Cartel conduct is prosecuted criminally, and is not eligible for resolution by civil consent." Conductas como carteles de precios, perseguidas por el sistema criminal, si bien pueden ser objeto de negociación a través de la figura de *plea agreements*, suponen la aceptación de culpabilidad y la obtención de una sanción.

Así pues, es bien importante tener en cuenta este antecedente para referirnos a los requisitos que en su momento hizo la administración anterior (2012-2018) para la aceptación de garantías y de cómo ha evolucionado eso a lo largo de los años, lo cual creo que es un debate muy sano.

*¿Qué beneficios tiene la terminación anticipada de un proceso para la autoridad?*

En primer lugar, economía procesal y eficiencia. La autoridad puede realizar los fines de terminar la conducta anticipada o corregir una conducta que eventualmente le está haciendo un daño al mercado, sin necesidad de conducir el proceso.

Adicionalmente, está la posibilidad de la autoridad de lograr que el investigado adopte remedios o conductas que no podría lograr ni siquiera con la sanción. Eso tal vez es lo más atractivo para una autoridad de una terminación anticipada por compromisos o garantías. Típico caso: una garantía estructural de vender un negocio o desintegrarse verticalmente en el evento en que esa garantía sea aceptada. Otro ejemplo, ahora de garantía de comportamiento, pero que yo la ubicaría dentro de las estructurales, si bien no cambia la estructura del mercado, que es no pactar o renunciar a pactos de exclusividad.

*¿Qué posibles problemas pueden tener las garantías?*

Primero, que mal utilizadas pueden dar al traste con todo el propósito de la persecución de las conductas anticompetitivas. Hay veces en los que puede mandar un mensaje equivocado cuando se cierra una investigación por garantías. En los *hardcore cartels*<sup>9</sup> no deberían proceder las garantías. Esto puede mandar un mensaje al mercado en el que el efecto disuasivo que pretende la autoridad y el régimen de competencia con la aplicación de una figura como las garantías o los compromisos tenga un aspecto no adecuado en cuanto a disuasión.

Segundo, la norma colombiana, desde el punto de vista literal, puede ser entendida como que la posibilidad de terminar un proceso por garantías parece ser una obligación de la autoridad cuando el investigado da garantías de que suspenderá la conducta. Entonces, algunos entienden que cuando ofrecen garantías de que van a terminar la conducta, la autoridad está obligada a terminar la investigación. Estoy en absoluto desacuerdo con eso. El papel de la autoridad debe ser interpretar el ofrecimiento de las garantías y su aceptación como un mecanismo que realizan los propósitos y fines

9 Estas conductas (los carteles duros) han sido calificadas como la violación más grave a las normas de competencia, por lo cual ninguna autoridad sería en el mundo acepta la figura de compromisos o garantías (sin aceptación de culpa y alguna penalidad fuerte) para este tipo de conductas, una vez descubiertas. Si el sistema de persecución de conductas anticompetitivas se fundamenta en la disuasión para cometerlas, no sería coherente que una vez descubiertas (lo cual de por sí es un reto para la autoridad), el infractor pudiese salir ileso de cualquier reproche simplemente asumiendo ciertos compromisos.

del régimen de libre competencia, sin que el simple hecho de cesar la conducta presuntamente anticompetitiva, para ese momento, constituya un derecho a la terminación. Eso es fundamental para entender toda la figura de las garantías.

## ANTECEDENTES DE LAS GARANTÍAS

*Jairo Rubio Escobar*

*Las garantías no nacen en la pasada administración, ni mucho menos en la Ley 1340 del 2009. ¿Cómo se vivió esta figura?, ¿se manejaban las mismas finalidades, la misma naturaleza, en los inicios? En los años anteriores a la Ley 1340, ¿cómo se utilizaban las garantías?*

Desde que existe la figura de las garantías, con el Decreto 2153 de 1992, el proceso puede terminar en forma normal, en el cual la autoridad se pronuncia sobre si existió o no una práctica comercial restrictiva de la competencia, o también puede terminar en forma anormal, cuando los investigados ofrecen garantías, dice la ley, suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

La norma establece muy claramente qué es lo que se requiere para que una investigación termine por garantías: (i) que los investigados asuman algunas obligaciones, que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y (ii) que le den seguridad al Superintendente de que, de cumplirse esas obligaciones, el mercado se verá libre de cualquier distorsión, sin que ello implique, obviamente, aceptación de responsabilidad.

Entonces, la pregunta que surge es ¿cuándo las garantías son suficientes? Para eso, hay que leer la ley. En el antiguo artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que fue reproducido por el actual artículo 34 del CPACA, se establece muy claramente que cuando estamos frente a decisiones de carácter discrecional –y la aceptación o no de garantías es una facultad discrecional del Superintendente y que no es arbitrariedad–, la decisión debe estar adecuada a los fines de la norma que la autorice y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Por este motivo, cuando se analiza la suficiencia de las garantías, esta tiene que analizarse de acuerdo con las finalidades de la Ley de Competencia, esto es, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores<sup>10</sup>.

Entonces, cuando el señor Superintendente va a revisar unas garantías, que son discrecionales, para saber si las acepta o no, tiene que aproximarse conforme a esta norma, que no es nueva. Debe analizar si las garantías, que tienen que implicar la suspensión o la modificación de la conducta que se le investiga, son acordes con las finalidades de la ley de competencia, es decir, la libre participación de las empresas en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Esa siempre ha sido la política en la Superintendencia, porque no podría ser de otra manera, porque la ley establece muy claramente que el único requisito es que las garantías sean suficientes,

10 Cfr. Ley 1340 de 2009, artículo 10.

es decir, deben suponer la modificación o la eliminación de la conducta sobre la cual se está investigando.

Ahora bien, no es posible eliminar a los carteles como conductas que no son susceptibles de la terminación de garantías, porque la ley no distingue, y donde no distingue el legislador, no le es dado distinguir al intérprete. Ninguna norma del Decreto 2153 de 1992 ni de la Ley 1340 de 2009 afirma que las garantías están establecidas para terminar en forma anticipada una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en todos los casos, menos en carteles. Lo que dice la norma es que se tiene que analizar si las garantías que se están ofreciendo, así se trate de un cartel, son suficientes y, para examinar la suficiencia, tiene que analizarlo de acuerdo con las finalidades de la Ley de Competencia.

Dentro de esas finalidades se puede examinar si es posible lograr ciertas cosas que no se conseguirían con una sanción, haciendo la siguiente aclaración: es un error de muchos pensar que la eficiencia de una autoridad de competencia se mide en atención al número de sanciones que impone y de su cuantía. Así no se mide la autoridad de competencia. Si la finalidad de la autoridad de competencia, en su teleología, es lograr que exista más rivalidad en los mercados, lo que se debe hacer al evaluar a la autoridad es revisar si eso se logró o no y no revisar si las sanciones que se impusieron superan determinada cuantía o no. Las sanciones son uno de los mecanismos que tiene la autoridad de competencia para lograr que exista rivalidad, pero no es el único mecanismo: las garantías son otro adicional.

Hay dos ejemplos históricos que trajeron más beneficios para la competencia de lo que se hubiera logrado con una sanción:

El primero, es el que se dio en el sector financiero, con la Tarifa Interbancaria de Intercambio. Era un presunto acuerdo de precios entre dos redes, Credibanco y Redeban. Las dos redes, avaladas por los bancos, ofrecían unas garantías mediante las cuales crearon un sistema, el cual trajo consigo inmediatamente una reducción para el mercado de más de 500.000'000.000 COP<sup>11</sup>. Entonces, si se analiza por costos, eso es más que cualquier sanción que haya impuesto la Superintendencia en un determinado periodo y, además, es un ejemplo de una garantía en un cartel, que nadie lo ha puesto en duda. Para ese momento la sanción máxima era de hasta 2.000 SMLMV, porque todavía no se había expedido la Ley 1340 de 2009.

El segundo, también en un presunto acuerdo de precios que mereció no solamente reconocimiento en Colombia sino también a nivel internacional, fueron las garantías en el caso de las grandes superficies sobre las relaciones que tenían con los proveedores.

Con ello, se tiene que no se pueden limitar las garantías simplemente a aquellas conductas que están relacionadas con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Téngase en cuenta que la Superintendencia siempre, hasta antes de la administración del doctor Robledo, había dicho que la condición para aceptar las garantías era que fueran suficientes. Luego, en una comunicación del 2013, cuando llegó el doctor Robledo, refirió que

11 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 6816 de 2005.

no solo que no eran procedentes en carteles, sino que, leo textualmente: “las garantías deben proceder, por regla general, en aquellos casos excepcionalísimos en que existe duda sobre si determinada conducta en abstracto, y sin hacer mayores valoraciones sobre la situación investigada, se considera procompetitiva o anticompetitiva, y no en aquellos casos en que la tarea de la autoridad de competencia consiste en establecer si determinada situación de hecho, que por regla es considerada anticompetitiva, efectivamente ocurrió”.

Bajo este esquema, lo que afirmaba el doctor Robledo en su momento era que no procedía ni para los acuerdos del artículo 47, ni para los abusos de posición dominante del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por lo que para lo único que procedería sería para el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, mirando un poco la historia, en las modificaciones que se hicieron con posterioridad, tengo que reconocer que lo limité al tema de carteles, y ya cuando se fue a retirar de la Superintendencia, algunos lo criticaban porque decían que había acabado con una figura que existía en el ordenamiento jurídico y que simplemente por un capricho no la quería utilizar. Para acallar a los críticos de esa teoría, el doctor Robledo aprobó las garantías en el caso del *factoring*<sup>12</sup>.

Esa ha sido la historia, lo que quiero precisar para entrar en el debate, es que las garantías proceden para cualquier práctica anticompetitiva que se esté investigando, sin importar que sea o no un cartel. El segundo punto es que, a través de las garantías, bien manejadas, se pueden conseguir más beneficios para el mercado desde el punto de vista de la competencia, que una terminación con sanción. Es decir que, a través de las garantías, la autoridad de competencia puede lograr que exista mayor eficiencia en el mercado, mayor bienestar de los consumidores y que las empresas puedan participar libremente en este.

## EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

*David Toro Ochoa*

La administración de José Miguel de la Calle casi que se despidió con una aceptación de garantías en materia de abuso de posición dominante a una empresa de servicios públicos<sup>13</sup>. Luego viene el periodo del doctor Pablo Felipe Robledo, en el que se desarrollan estos requisitos y no se aceptan las garantías, y como bien los explicó el doctor Rubio, se creía que había un escepticismo, se acallan esas voces aceptando unas garantías, también de sus últimas decisiones, en un caso muy complicado de una norma bien controversial sobre prácticas comerciales restrictivas que no está en lo que la Ley 1340 de 2009 dice que es el régimen general de protección a la competencia,

12 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 69844 de 2018.

13 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53977 de 2012.

sino que es una norma que está incluida en el Código de Comercio<sup>14</sup>, las cuales más estructurales no podrían haber sido<sup>15</sup>.

Finalmente, llega la administración del doctor Andrés Barreto, en la cual se vienen desarrollando los mismos requisitos, pero anotando que, muy recién llegado, se incluía en algunas comunicaciones de negación de la garantía la explicación de por qué en los carteles no deberían aceptarse las garantías<sup>16</sup>; sin embargo, en una reciente decisión, el Superintendente Barreto, si bien las negó, desarrolla los requisitos, dejando de lado el tema de los carteles<sup>17</sup>.

*Vista la evolución, ¿se puede concluir que hay una especie de incertidumbre de qué va a pasar con esa doctrina y con esos requisitos?*

*Felipe Serrano Pinilla*

Es absolutamente errado interpretar el artículo 52 del decreto 2153 de 1992<sup>[18]</sup>, en su sección de garantías, en su sentido literal. Si se lee el requisito para que se acepten garantías y que la garantía sea suficiente desde el punto de vista del tenor literal de la norma, lo que dice la ley es que "el Superintendente puede ordenar la clausura cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga". Bajo ese presupuesto, si uno interpretara esa norma en su sentido literal, el cartelista que secretamente celebra un acuerdo de precios o una colusión en licitaciones, puede perfectamente, dándole unos compromisos a la autoridad de que va a cesar y va a terminar la conducta e incluso que ya la terminó, exigirle a la Superintendencia la terminación porque la garantía sería suficiente. Eso es totalmente absurdo.

Y si uno dice que las garantías deben estar acordes con el régimen de competencia: ¿eso qué es?, ¿qué significa eso en la práctica? Porque es que la mayor crítica a los requisitos establecidos por la Superintendencia, o de las varias, es que se están estableciendo requisitos que no se encuentran en la ley. En ese orden de ideas, es de anotar que la labor interpretativa de una norma necesariamente implica decir aquello que no dice la norma, de acuerdo con los principios y finalidades del régimen de protección de la competencia.

En una conducta como una colusión en licitaciones, en la cual, por ejemplo, las partes se han puesto de acuerdo para fijar el precio de sus ofertas y una se ganó el contrato, será prácticamente imposible aceptar una garantía, así la Superintendencia

14 Cfr. Código de Comercio, artículo 778.

15 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 69844 de 2018.

16 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, comunicación 17-237215-253-2 del 19 de noviembre de 2018.

17 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, comunicación 17-288979-509-30 del 13 de junio de 2019.

18 Decreto 2153 de 1992, artículo 52.



se haya retirado hoy aparentemente del requisito de que no se aceptan en carteles, que tampoco era tan estricto. Eso mandaría el mensaje errado al mercado en el sentido de que todo el mundo tendría una oportunidad para hacer un cartel una vez y cesar la conducta de esa manera, cumpliendo con el requisito de suficiencia.

En el pasado, la Superintendencia aceptó garantías en casos de *hardcore cartels*, que eran evidentes, con garantías supremamente laxas, como la del caso del cemento<sup>19</sup>, donde se cerró la investigación existiendo pruebas absolutamente claras de la conducta. Eso es una política errada. Estoy de acuerdo en que, en una investigación de acuerdos, como acuerdos verticales o incluso horizontales que no sean acuerdos donde el objeto principal sea la práctica anticompetitiva, pueda proceder una garantía, claro que sí. Pero no en virtud de un acuerdo secreto para fijar un precio, repartirse un mercado o fijar los términos de una licitación. Eso manda un mensaje errado, sobre todo en aquellos casos en los cuales el investigado es repitente de la conducta.

De otra parte, respecto de la garantía de los bancos que implicó un ahorro \$500.00'000.000, es necesario analizar el estudio técnico que llegó a esa conclusión, para poder debatir sobre ese argumento.

La figura de las garantías es absolutamente útil para una autoridad de competencia, porque con ella puede lograr efectos que no se podrían lograr con la sanción. Hay un reporte de 2016 de la OCDE donde analiza toda la postura de todas las autoridades de competencia sobre lo que ellos llaman *commitments*<sup>20</sup>, y parece haber un consenso en que cuando la conducta se refiere a un *hardcore cartel* no debe proceder la terminación anticipada, aun cuando puede existir una excepción en la cual posiblemente haya una conducta que la sanción no remedie en un acuerdo anticompetitivo, pero por regla general no procederá.

Ahora, los cuatro criterios establecidos por la Superintendencia decían<sup>21</sup>:

- (i) Las garantías no pueden consistir simplemente en cumplir la ley. El cumplimiento de la ley es una obligación de los agentes del mercado, la garantía no puede ser "yo no voy a hacer un cartel", porque esa ya es una obligación.
- (ii) Las garantías tienen que ser efectivas para cesar o modificar la conducta. Eso es lo mínimo e incluso lo exige la norma.
- (iii) Las garantías deberían ser estructurales. ¿En qué sentido? En que los mecanismos o compromisos que ofrecen estén encaminados a cambiar los incentivos de los agentes del mercado, o a entregarle a la autoridad algo que no pueda lograr por la vía de la actuación administrativa. Curiosamente, todos están de acuerdo en que son preferibles las garantías estructurales, como son los condicionamientos

19 Resolución 17464 del 30 de agosto de 1999 y Resolución 34805 del 23 de diciembre de 2005, Resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005.

20 OECD, Commitment Decisions in Antitrust Cases, Background Paper by the Secretariat, 22 de junio de 2016. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/daf/comp\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/daf/comp(2016)7/en/pdf)

21 Superintendencia de Industria y Comercio, Rad. 12-94851-75-2.

estructurales en integraciones, pero las autoridades de competencia, si se hace la revisión en números, tienden a aceptar muchos compromisos de conducta, lo que es un tema interesante para analizar. ¿Cuáles pueden ser esos compromisos estructurales? El compromiso aceptado por la Superintendencia en el caso del *factoring*, donde las compañías pusieron a disposición una plataforma para negociar *factoring* que incluso incentiva a quienes ni siquiera habían pensado negociar una factura, negociarla<sup>22</sup>. Se abrió un mercado absolutamente nuevo, se dinamizó algo que no habría podido dinamizarse por la vía de una sanción administrativa. Fue una garantía bien aceptada. Puede consistir, por ejemplo, también en la cesación de cláusulas de exclusividad, es una garantía que puede modificar los incentivos en el mercado o derribar barreras de entrada al mismo.

- (iv) Finalmente, dice la Superintendencia en su doctrina de 2013 en adelante, que las garantías deben estar acordes con el régimen de competencia. ¿Cómo desarrolla este requisito la Superintendencia? Las garantías deben estar de acuerdo con los principios y finalidades del régimen, que no es otra cosa que lo que ya venía diciendo la Superintendencia con anterioridad. Esto es, tiene que estar de acuerdo con el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica y la libre participación de las empresas en el mercado. Por esa razón, dice la Superintendencia, en recientes casos de carteles, que se consideran *hardcore cartels*, no se han aceptado garantías, porque no se considera que sean adecuadas frente al régimen de competencia, entre otras cosas, por cómo se ofrecieron.

Entonces, es importante contextualizar el hecho de que esa norma no se puede interpretar en su tenor literal. Exige necesariamente que el operador jurídico esté pensando en que la aceptación va a realizar los principios y fines del régimen de competencia, y que la utilidad de las garantías no es otra cosa que, y lo dice la Superintendencia en esa doctrina del 2013, el mercado y los incentivos queden mejor de lo que habrían podido quedar con la imposición de una sanción.

*Jairo Rubio Escobar*

La Superintendencia desde el comienzo nunca ha interpretado las normas al tenor literal. Nadie ha dicho –o no lo he escuchado– que cuando alguien diga que modifica o suspende la conducta por la cual se le investiga, eso sea una garantía. En lo que se insiste es que el calificativo que establece la ley es que sean suficientes, y para analizar si son suficientes, es necesario analizarlo a luz de lo que establece el CPACA, es decir, que sean acordes con las finalidades de la ley de competencia, o sea, con la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores y la libre participación.

22 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 69844 de 2018.

Bajo este esquema, obviamente una garantía que implica decir: "yo no me vuelvo a poner de acuerdo con el vecino", no es garantía porque no es suficiente, porque eso sería una garantía laxa. En eso estoy totalmente de acuerdo.

Ahora, como el tema fundamental es si caben o no en carteles, obviamente estoy de acuerdo en el sentido de que las garantías no pueden ser laxas, tienen que implicar que se logre algo que no se hubiera conseguido con la terminación normal del proceso, pero eso no implica que nunca se pueda terminar un proceso por garantías cuando existe un cartel, o como lo decía la Superintendencia, en la época del doctor Robledo –comenzando, para después cambiar de posición–, que decía que no procedía ni en carteles ni en abuso de posición dominante.

Y para hacer una breve reseña en cuanto los requisitos que se establecieron, hago referencia a los mismos:

- (i) Las garantías no pueden ser cumplimiento de obligaciones de ley. Obvio que sí, y así lo ha dicho la Superintendencia. No lo dice porque la ley se debe cumplir porque es la ley. Entonces, cuando se trate de obligaciones, deben ser obligaciones diferentes a las que están señaladas en la ley, o si no la garantía no sería fuente de obligación. Llámelo como requisito o no, pues sí, estamos de acuerdo.
- (ii) Debe cesar o modificar la conducta anticompetitiva. Es que eso lo dice la ley.
- (iii) Que las garantías deben ser estructurales. Depende de lo que uno entienda por estructural. Estoy de acuerdo que con las garantías debe lograrse que se cumplan de mejor forma las finalidades de la Ley de Competencia, a lo que se lograría con una sanción. Si eso es estructural, estoy de acuerdo. No estoy de acuerdo con lo que dijo la Superintendencia por escrito que es estructural: "en la medida en que elimine o reduzca sustancialmente y de manera permanente los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas". Estoy de acuerdo con que las garantías sean realmente estructurales. Las de las tarjetas de crédito fueron estructurales. Respecto de las garantías de cemento<sup>23</sup>, es de anotar que al poco tiempo en el que se presentó el incumplimiento de esas garantías, se sancionó igual a la que impone hoy en día la Superintendencia en los casos de cementos. En materia de cementos, ¿cuánto se demoró la anterior administración en sancionar: dos o tres años? En nuestra época nos demoramos un año, se logró la sanción máxima vigente en ese momento, y ¿con qué?: con las garantías.

Entonces, obviamente estamos de acuerdo en que cuando las garantías se utilizan en forma errónea, pueden ser un "burladero". También, si hay una colusión en licitaciones, hay un acuerdo y se tienen los elementos de juicio, ¿qué se puede ganar adicional para lograr los fines de la ley de competencia? Bajo ese esquema, no deberían aceptarse garantías. Pero no se puede concluir de forma rotunda que las garantías en carteles no proceden.

23 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 17.464 de 1999.

*Alcance de la definición de garantía estructural: ¿la diferencia de conceptos puede generar incertidumbre en el investigado?*

*Felipe Serrano Pinilla*

Sí, pero es que no hay la menor duda de que toda facultad discrecional y su ejercicio genera incertidumbre, porque hay tantas posibilidades y es tanto el espectro que existe, y la necesidad de evaluar cada caso en concreto, que no es posible determinar exactamente cuándo se va a aceptar y cuándo no. No es posible, no hay administración que lo logre.

Entiendo que la Superintendencia sigue manteniendo varios criterios. En un primer momento, ratifica el hecho de que no proceden en carteles, actualmente no se casa con esa posición, lo que me parece inteligente, entre otras cosas, porque igual sigue teniendo la facultad de negarlas cuando es un *hardcore cartel*, porque muy seguramente, y quisiera ver el caso, será complicado en una conducta, donde esté el expediente con unas pruebas muy claras sobre un *hardcore cartel* secreto, aceptar unas garantías.

De manera que puede que se haya retirado el requisito, en teoría, pero en la práctica no sé qué tan diferente sea la política frente a la aceptación en un caso de acuerdos anticompetitivos duros o secretos.

#### ASPECTOS PROCESALES DE LAS GARANTÍAS

*Las garantías se niegan mediante un oficio, no una resolución. Adicionalmente, no existe un término para resolver el ofrecimiento de garantías. ¿Qué opinión les merecen estos aspectos?*

*Jairo Rubio Escobar*

Que sea a través de resolución o comunicación, ambas son actos administrativos, eso no tiene ningún inconveniente. Ya, desde el punto de vista del "gusto", debería ser a través de una resolución. La pregunta que surge es: ¿qué tipo de acto es este? Porque es un acto que tiene contenido y, de acuerdo con la nueva regla de Derecho administrativo, aunque la ley establece que este acto es de trámite, las nociones modernas establecen que los actos de trámite cuando tienen contenido deberían ser demandables ante la jurisdicción-contencioso administrativa.

Al demandar una negación de garantías ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la decisión del Consejo de Estado es que no era susceptible de demanda, porque era un acto de trámite. En el recurso de súplica dieron la misma respuesta.

Ahora, hay otra discusión. El Consejo de Estado dijo que esos actos no deberían ser motivados. Sin embargo, la Corte Constitucional después dijo en una providencia que todos los actos administrativos, incluso los discrecionales, deberían ser motivados<sup>24</sup>.

24 Corte Constitucional, sentencia T-204 de 2012.

*Felipe Serrano Pinilla*

Esos cambios que ocurrieron respecto del término para ofrecerlo, en el traslado, son correctos. Ahora, si bien le otorgaría mayor seguridad jurídica al investigado que la autoridad tuviera un término para decidir o no la garantía, lo cierto es que en estos procesos de negociación hay tantas aristas que poner un término a la autoridad no es adecuado, y en ese caso, la responsabilidad de la autoridad será razonablemente decidir con prontitud el ofrecimiento, de tal manera que no se generen expectativas frente a una posible terminación.

Frente al carácter demandable, creo que el Consejo de Estado tiene toda la razón: es un acto de trámite que se está profiriendo dentro de una actuación administrativa que no ha terminado. Entonces, si bien debe ser motivado, puede ser por resolución o no. La autoridad, en esa discrecionalidad que no puede ser arbitrariedad, perfectamente puede, mediante un oficio muy concreto, decir sus razones, como lo ha hecho hasta el momento, antes y en la actualidad.

Entonces, ponerle término le quitaría la necesidad y espontaneidad de la negociación compleja que debe existir necesariamente entre el investigado y la Superintendencia, sobre todo cuando las garantías efectivamente son posibles, porque si son simplemente hacerles un curso a los funcionarios, evidentemente se negaría muy rápido.

## CONCLUSIONES

*David Toro Ochoa*

Muy importantes han resultado las reflexiones de este panel. Ha quedado claro que a lo largo de la historia del Derecho de la competencia en Colombia –y más concretamente de la historia de la figura– la terminación anticipada por garantías, como facultad discrecional de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los procesos administrativos sancionatorios por violaciones a las normas antimopolios, ha sido cualquier cosa menos pacífica.

Basta con echarle un vistazo a la evolución de la doctrina de la Autoridad para entender el dinamismo que ha sufrido. Unas administraciones creen que no debe haber garantías para carteles; otras, que sí. Unas creen que los cursos o capacitaciones son una obligación de comportamiento admisible; otras, que no. Lo cierto es que, luego de las discusiones que hemos afrontado en este panel, existen unos puntos en común respecto de los cuales no parece haber discusión alguna, pero hay otros que siguen en la incertidumbre.

En primer lugar, podemos decir que es claro que las garantías no pueden limitarse a cumplir con las normas de competencia. Eso debe ir más allá. Cumplir la ley es una obligación constitucional de todos los ciudadanos y ello no implicaría ninguna ganancia para el mercado.

En cuanto a las garantías estructurales, estamos de acuerdo en que deben preferirse respecto de las de comportamiento, pero no hay claridad en lo que se entiende por estructuralidad. Ahora, hay que resaltar que este es un requisito que no está en la ley. La ley solo exige que sean suficientes para la terminación o modificación de la conducta.

Quizá el punto de mayor discusión sobre esta figura hoy en día es su procedencia en los acuerdos restrictivos de la competencia. La Autoridad parece estar matizando su posición y no cerrando la puerta de manera tajante. Sin embargo, existen posiciones y argumentos que cuestionan la viabilidad y razonabilidad de la aceptación de garantías en los carteles más restrictivos y dañinos a los mercados. Y, del otro lado, hay quienes argumentan la no discriminación que hace la ley frente a la aplicación de la figura.

En relación con los aspectos de procedimiento, parece no importar el tipo de acto administrativo que utilice la Superintendencia para la negación de las garantías, pero sí existen diferencias en cuanto a la naturaleza y contenido del mismo y, por ende, sobre la posibilidad de ejercer un medio de control judicial respecto de este. Sobre este punto, la jurisdicción ya ha decantado una posición hacia la imposibilidad del control judicial.

Finalmente, sobre el término que tiene la autoridad para resolver una solicitud de garantías, existen posiciones similares sobre la necesidad de dejar que la negociación fluya y que se logren las mejores garantías para los mercados. Sin embargo, sigue presente el interrogante de la incertidumbre a la que se enfrenta el investigado cuando no tiene claridad sobre el momento en el que debe dejar las garantías atrás y concentrarse en su defensa.