

EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA (Un análisis jurídico y económico) jel: d21, d43, k21, k23

*Carlos Andrés Uribe Piedrahíta**
Fernando Castillo Cadena **

RESUMEN

Los autores en este trabajo estudian la institución del otorgamiento de garantías en el derecho colombiano de la competencia. A partir del concepto de mercado, los autores indagan por la naturaleza del derecho a la libre competencia y sus límites para llegar a la descripción de los actos que la ley colombiana considera como anticompetitivos. Una vez definido el marco conceptual, los autores estudian la institución de las garantías en el derecho de la competencia, analizando el principio de suficiencia y la problemática que éste encierra, mostrando, además, las posiciones jurídicas a favor y en contra de la institución. Posteriormente los autores a partir del modelo de SALANT (1987), con algunas modificaciones, utilizan la teoría económica para explicar los efectos que produce la institución de la garantía mostrando los problemas económicos que se ocasionan con su aplicación. Finalmente se ofrecen algunas conclusiones.

Palabras clave: libre competencia, mercado, garantía, garantía suficiente, sanción óptima, sanción esperada.

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2005
Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2005

* Candidato a doctor por la Universidad de Salamanca. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.

* * Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en derecho económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado de la Universidad Santo Tomás. Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.

GRANTING OF GUARANTEES IN COMPETITION LAW

(A legal and economic analysis)

jel: d21, d43, k21, k23

ABSTRACT

The authors in this work study the institution of the guarantee in the Colombian Competition Law. From the market concept, the authors investigate the nature of the right to the free competition and its limits to arrive to a description of the acts that the Colombian law considers like anticompetitive. Once defined the conceptual frame, the authors study the institution of guarantee in the competition law, studying the principle of sufficiency and the problematic one that glimpses, showing, in addition, legal positions to favor and against the institution. Authors from the SALANT model (1987), with some modifications, use the economic theory to explain the effects that the institution of guarantee produces, showing the economic problems that are caused with their application. Finally some conclusions are offered.

Key Words: *free competition, market, guarantee, sufficient guarantee, optimal sanction, expected sanction.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. MERCADO, COMPETENCIA Y CONSUMIDORES
 - 1.1. La confrontación de la oferta y la demanda desde la perspectiva jurídica
 - 1.2. La libre competencia, fundamento de la economía de mercado y la necesaria consideración de una economía mixta
 - 1.3. Descripción de las prácticas comerciales restrictivas
 - 1.3.1. Prácticas comerciales restrictivas
 - a. Acuerdos contrarios a la libre competencia
 - b. Actos contrarios a la libre competencia
 - c. Abuso de posición dominante
 - d. Integración empresarial

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 - 2.1. Concepto de garantía y garantía suficiente trabajado por la Superintendencia de Industria y Comercio
 - 2.2. La garantía suficiente y su problemática
 - 2.3. La estrategia de seguimiento de las garantías ofrecidas y aceptadas
 - 2.4. Discusiones a favor y en contra de las garantías
 - 2.4.1. Teorías a favor de las garantías
 - 2.4.2. Teorías en contra de las garantías

3. UNA PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
 - 3.1. Regulación y sanciones
 - 3.2. La sanción óptima
 - 3.3. La norma analizada
 - 3.4. Sanción óptima y garantías
 - 3.4.1. La modificación del valor de la sanción óptima
 - 3.4.2. Incentivos a la colusión
 - 3.5. Análisis de las teorías económicas de la implementación de la norma
 - 3.5.1. El ahorro de costos inherentes al procedimiento sancionatorio
 - 3.5.2. La eliminación del costo esperado de la conducta anticompetitiva mientras dura la investigación
 - 3.5.3. Incentivos para que los investigados de un modo u otro confiesen su actuación sin pagar por ella un castigo efectivo
 - 3.5.4. La norma pretende minimizar el daño social futuro buscando, con la amenaza de ejecución de la garantía, evitar la repetición de la conducta

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En 1991, con la promulgación de la Constitución Política, se experimentó un cambio en la concepción de los derechos económicos de los ciudadanos y en la forma de intervención del Estado en la economía. Dicho cambio permitió modernizar la estructura económica del país ajustándola a los requerimientos de una economía de mercado sin perder el sentido instrumental de la misma al subordinarla a los fines que persigue un Estado social de derecho.

Para adecuar el sistema económico adoptado con el fin perseguido, la norma fundamental al tiempo que reconoce la libertad económica y la iniciativa privada, le impone un límite: el bien común; así como reconoce que la libre competencia económica es un derecho de todos, le adjudica responsabilidades a quienes la ejerciten. De igual manera, la Constitución le asigna el derecho de intervención al Estado con el fin de impedir que de una forma u otra se obstruya o restrinja la libertad económica y para controlar o evitar que los participantes en un mercado abusen de la posición dominante.

Con la expedición del decreto 2153 de 1992, el gobierno, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 20 transitorio de la Constitución, modificó las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio adecuándolas a los fines perseguidos constitucionalmente. En lo relativo al derecho de la competencia, la nueva norma modernizó la legislación hasta entonces vigente e innovó en algunos campos específicos, creando nuevas figuras jurídicas cuya intención fue la de impregnar mayor eficacia y eficiencia en las actuaciones del Estado en el derecho de la competencia.

Una de las innovaciones jurídicas fue la estipulación de una nueva forma de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio por violación de las normas de competencia. La norma precitada autoriza la terminación de dicho procedimiento siempre que el investigado otorgue garantía suficiente de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Con la introducción de esta figura se buscaba una mayor eficacia para resolver los problemas que se presentaban de ordinario en la investigación de las conductas anticompetitivas: procedimientos largos, dispendiosos y onerosos sin resultados que resaltar. No obstante, la posibilidad de otorgar garantías, como forma de terminación del procedimiento, dista de ser completamente aceptada por la doctrina como una forma eficaz y eficiente de evitar la realización de conductas anticompetitivas en el mercado. En efecto, la adopción de esta figura en el ordenamiento jurídico parece no producir efectos disuasorios sobre la conducta de los agentes del mercado.

Por medio del presente trabajo realizamos, a la luz del derecho económico y del análisis económico del derecho, un estudio sobre la naturaleza de la figura del otorgamiento de garantías como forma de terminación del procedimiento administrativo sancionatorio, su utilización por la Superintendencia de Industria y Comercio, la coherencia entre los fines perseguidos y los efectos que realmente produce, y la eficiencia que ella comporta.

Para cumplir con la finalidad que el trabajo busca, en primer lugar, ilustraremos el marco general de la competencia en el mercado; en segundo lugar realizaremos un análisis jurídico de la institución de las garantías en el procedimiento administrativo sancionatorio a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio; posteriormente estudiaremos la figura a la luz de la teoría económica y finalmente brindaremos algunas conclusiones que servirán como base para iniciar la discusión científica para determinar la conveniencia de mantener la figura estudiada en la legislación colombiana.

1. MERCADO, COMPETENCIA Y CONSUMIDORES

Comencemos por describir, muy superficialmente, el mercado como un instrumento inventado por los hombres para su beneficio individual y colectivo que, como tal sirve para determinar precios según una distribución específica de bienes y servicios, y para la asignación de los factores de producción, mediada siempre por las necesidades y solicitudes de los consumidores¹. Sin embargo, este hecho no agrega valor a nuestro estudio, lo importante de comenzar a entender el mercado, es comprender que éste no es un fin en sí mismo, sino que se encuentra subordinado al logro de unos objetivos mayores fijados por una sociedad. Así entendida esta afirmación, el mercado, su importancia y protección, sólo deben llegar hasta donde éste cumpla sus objetivos, y en sentido contrario, el mercado no debe llegar donde con él no se cumplan sus objetivos².

1 DE SEBASTIÁN, LUCAS, *El rey desnudo*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

2 STIGLITZ, JOSEPH E., *El malestar en la globalización*, 3ª ed., Ed. Santillana, Madrid, 2003. Este autor afirma reiteradamente, a través de la obra y con casos concretos, los comunes errores del Fondo Monetario Internacional (FMI) por proclamar la supremacía del mercado, estimulando en la mayoría de las veces a una apertura de los mercados que no correspondía con la estructura macroeconómica de los países, sobre todo en lo relacionado con apertura de los mercados financieros. Además, reconoce que en sus inicios esta no era la filosofía del FMI, pero que dados los cambios políticos, comenzó a cambiar en los años ochenta con las presiones de MARGARET TATCHER y RONALD REAGAN.

En el mismo sentido, para concebir el mercado es imprescindible atender a la economía de mercado, y lo primero, en relación con este aspecto, es reconocer que no existe un modelo único de economía de mercado, pues sin lugar a dudas varía según las épocas y los países que se estén analizando; pero también es necesario decir que su determinación está en función de la libertad que dentro de él se consagre y vivencie, a su vez, condicionada por el libre juego de los agentes del mercado en el funcionamiento de la economía. Pero si nos limitamos a estas consideraciones, perdemos de vista una realidad que nos indica que las valoraciones sobre el sujeto *consumidor* y luego sobre todo un género más amplio *demandante*, llevan a encuadrar la economía de mercado por encima de unas aspiraciones de élite y se consolida en la búsqueda de otros valores sociales que confluyen en renunciar a la idea de ser sólo un mecanismo para producir riqueza, a ser un medio de modalidades de creación de riqueza adaptado a imperativos humanos. En definitiva, el derecho del mercado se enriquece, cada día más, de un ensamble de reglas que complementan el tradicional sistema liberal, que permite tanto al derecho de la libre competencia la protección del mercado contra los atentados que pueda sufrir, como la finalidad de optimizar su funcionamiento natural y de ser compatible con otro conjunto de valores esenciales a la vida humana³.

Desde esta visión, no es difícil concebir que las normas de la libre competencia aceptan que en el mercado sobreviven los que mayor rendimiento pueden mantener de cara a la competencia, pero esto mismo conduce a una concentración de la oferta que implica la necesaria intervención de las autoridades de la libre competencia para salvaguardar el mercado⁴. Así entendido, este argumento nos presenta dos perspectivas muy claras, la primera consagra un respeto por la libertad de actuación y la libre asunción de los riesgos de participar en un mercado, y la segunda, la clara expresión del interés general para que se proteja dentro del libre juego del mercado la misma actividad concurrencial y competitiva; por ello, si no se tiene en cuenta el interés general y el conjunto de intereses particulares, no se puede esperar que el mercado funcione bien⁵.

Las normas de la libre competencia, entonces, no son más que el medio que usa la administración para promover la protección de la política de la libre competencia, que en definitiva no es sólo la protección de la estructura del mercado según el comportamiento de ciertos operadores, sino también, la de ser susceptible de proteger

3 LUCAS DE LEYSSAC, CLAUDE y PARLEANI, GILBERT, *Driot Du Marche*, Ed. Paris, Pontificia Universidad Javeriana, 2002, pág. 167 y sigs.

4 NEUMAN, MANFRED, *Competition Policy. History, theory and practice*, Edward Elgar Publishing, Massachussetts, 2002, pág. 3 y sigs; 17 y sigs.

5 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A., *La competencia*, Ed. Alianza, Madrid, 2002.

a los concurrentes a un mercado, sean actuales o potenciales y con todo esto a los consumidores⁶. Por tal razón, es importante desarrollar un estudio sobre el sistema de garantías, como se analizará más adelante, puesto que es incierta la relación que se da entre una política de acuerdos entre las empresas que presuntamente atentan contra la competencia y los objetivos generales que se relacionan con el bienestar y el mercado. También es importante anotar en este momento, que la competencia pertenece a una política pública concurrencial, la cual debe estar entre el orden público legal y el orden público económico, que desde el primero debe obedecer a la configuración normativa en sentido estricto, pero que desde el segundo, le permite una movilidad según las variaciones de una política económica general (tratados de libre comercio, procesos de integración económica, etc.)⁷.

Contando con estas afirmaciones, es de suponer que la estrecha relación que se da en el derecho del mercado entre las políticas de competencia y consumidores no son lejanas, pero lo que es importante tener muy claro es que la política de competencia protege a un consumidor general y abstracto, mientras que los esfuerzos prioritarios de la normatividad sobre el consumo se centran en la protección individualizada y concreta de un consumidor, sin perjuicio de que tal protección del consumo, pueda cobijar asuntos más generales como es el caso de la prohibición a la fabricación de cierto productos que sean nocivos para la salud⁸ ⁹. Es importante resaltar, además, que la relación que se da entre consumidores y las empresas está mediada por el grado de transparencia, entendida como la característica del mercado

6 Sentencia C-524 DE 1995 MP CARLOS GAVIRIA DÍAZ "... Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. De ahí que se haya dicho que 'la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones'".

7 PICAZO DIEZ, LUIS Y PONCE DE LEÓN, *Instituciones de derecho civil patrimonial*, Ed. Técnos, Madrid, 1983,

8 STIGLITZ, GABRIEL, *Defensa de los consumidores de productos y servicios, daños y contratos*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 2001, pág. 87.

9 TAMAYO, JAVIER, "La responsabilidad por productos defectuosos y su aseguramiento", en *Revista Iberoamericana de Seguros*, n° 12, Bogotá, 1998, pág. 31 y sigs.

que permite que los operadores dispongan de información necesaria para su funcionamiento o para la expresión del consentimiento en las diferentes relaciones de mercado. Con todo esto, debemos comenzar a analizar, así sea en grandes rasgos, la relación jurídica entre la oferta y la demanda desde una perspectiva de confrontación¹⁰.

1.1. La confrontación de la oferta y la demanda desde la perspectiva jurídica

La configuración de normas jurídicas que ejercen una influencia directa sobre la existencia o la delimitación del mercado, bien sea por determinación del legislador o por el poder reglamentario de intervención en un sector determinado de la economía, no son poco comunes, así se pueda considerar que atentan contra los principios de la economía liberal. Básicamente, una intervención de esta naturaleza, y sobre todo para los efectos que nos interesan, debe concentrarse en dos sentidos, sobre la existencia del mercado y sobre la dimensión del mismo; de lo contrario tal intervención puede exceder el objetivo del mercado y con ello desnaturalizar su contexto¹¹.

Para referirnos a la existencia del mercado, lo primero que tenemos que aceptar es la necesaria coexistencia de la oferta y la demanda en libre confrontación por un producto o servicio puesto en el mercado. También, es necesario decir que el derecho de cara a la existencia de un mercado no se preocupa, en principio, de la no participación de un oferente por la voluntad del mismo, pero sí le interesa al derecho que esa confrontación no se aniquile por la relación de dos hechos conexos, por la existencia de un agente económico obligado a contratar y por el hecho de que no exista otro contratante posible, pues dado un caso de esta naturaleza no habrá espacio para la confrontación de la oferta y la demanda¹², ya que no existen otras posibilidades de contratación, por ello es necesaria la configuración de la teoría del *socio obligatorio* que pretende garantizar, desde la óptica del mercado, un conjunto de posibilidades para esa relación entre la oferta y la demanda¹³. Sin lugar a dudas,

10 RIEM, FABRICE, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Ed. L. Harmattan, Paris, 2002, pág. 225 y sigs.

11 LUCAS DE LEYSSAC, CLAUDE, y PARLEANI, GILBERT, *Droit Du Marche*, Ed. PUF, Paris, 2002. pág. 183 y sigs.

12 Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

13 La problemática del socio obligatorio y de las facilidades esenciales, donde un agente en el mercado depende de la actividad que desarrolla otro agente o de sus infraestructuras para poder desplegar su accionar en el mercado, puede, por el solo hecho de las actuaciones de los *principales*, hacer que los otros concurrentes desaparezcan de la esfera competitiva. En razón de estas conductas, cuando ya han producido sus efectos y restringido el mercado por completo, al impedir que se confronten la oferta y la demanda, es por lo menos cuestionable para la estructura del derecho de la competencia que la

cuando se da un caso de esta naturaleza, tendremos que estar frente al hecho de un abuso de posición dominante (o también de un abuso de la situación de la dependencia económica como un supuesto de abuso de posición dominante), pues si nos enfrentamos sólo al hecho de la obligación de contratar, nos encontramos en un primer aspecto jurídico que no es correlativamente necesario para la existencia de un mercado. Otro aspecto que puede verse tratado desde estas consideraciones, es el hecho en el cual el mercado no siempre determina los precios¹⁴, por la concurrencia de una autoridad que asigne valores a los bienes y servicios mediante la regulación.

Otro aspecto importante se concentra en la dimensión del mercado, pues desde la característica de su delimitación económica se puede ver que choca con numerosas dificultades, pues si entendemos que el mercado está delimitado por una ley o por un tratado, tal circunscripción no puede entenderse como la traducción de una realidad económica puesto que atiende por lo general a una expresión política del mercado. Un caso puede ser el hecho de intervenir para garantizar la investigación y el desarrollo (I+D) en materia de medicamentos, prohibiendo importaciones paralelas en mercados constituidos por diferentes países. Por lo general estas limitaciones buscan constituir bienes que operen fuera de la confrontación y que al mismo tiempo se excluyan de la condición de mercado (donde no hay mercado no hay derecho del mercado)¹⁵.

1.2. La libre competencia, fundamento de la economía de mercado y la necesaria consideración de una economía mixta

La formulación de una *economía de mercado y la libre competencia*, es definitivamente redundante, pues como lo establecen los mismos economistas, la libre competencia es el fundamento de la economía de mercado y es a la vez la prescripción fundamental que enmarca otros tres principios: la propiedad privada, la libertad contractual y el respeto por los contratos. Con un argumento de puridad académica, más que de realidad mercantil, la doctrina liberal, mira la economía de

conducta no sea investigada a fondo y los responsables no sean sancionados, sino que después de producir efectos terminen con un acuerdo entre el agente y la autoridad, dejando por fuera a los directamente afectados. En este sentido es que proponemos el análisis de la figura del otorgamiento de garantías en el derecho de la libre competencia en Colombia.

14 Para evitar abusos de empresas con poder de mercado o para el caso de los monopolios naturales es necesaria la regulación, muchas veces referida a tarifas, con el fin de que tanto costos y beneficios marginales sociales, no se distancien mucho de los costos y beneficios marginales privados.

15 SELLERS, JAMES M., “*The black market and intellectual property: ¿A potential Sherman Act section two antitrust defense?*”, en: *Albany Law Journal of Science & Technology*, 2004.

mercado como la forma ideal de organización de la sociedad, puesto que la competencia cumple tres funciones reguladoras esenciales: primero asegura la coordinación de los intereses de los agentes económicos por el juego de la oferta y la demanda, como si una *mano invisible* interviniera para hacerlos compatibles. En segundo lugar constituye un método para descubrir la información económica, y por último, permite el uso eficiente de los recursos¹⁶. Desde esta perspectiva, la competencia se opone a la planificación y organización fundada en la administración por el Estado del desarrollo de la vida económica, en lo concerniente a producción, asignación de productos y servicios, la fijación de los precios y el otorgamiento de créditos. Sin lugar a dudas, ambas manifestaciones de sistemas económicos son muy diferentes en la práctica, pues la existencia de cualquier régimen puro es de por sí bastante difícil, para no ser categóricos, por ello no es muy complejo reconocer que aún estando en un régimen de economía de mercado abierto, se pueden encontrar intervenciones por parte del Estado, a veces con grados de profundidad bastante considerables que cuestionarían la verdadera esencia del sistema de mercado, pero que a su vez sin ellas sería imposible la consecución de otras metas que el Estado debe cumplir, por ello, es natural concebir hoy que los sistemas de mercado abierto, son sistemas mixtos de relación entre agentes económicos y administración.

La libre de competencia es un principio fundamental de la mayoría de los ordenamientos de economía social de mercado (no un derecho fundamental). Tal principio, es de igual importancia a cualquier otro del ordenamiento jurídico que garantiza la libertad de los individuos, pero claro que entendido en una forma concreta del derecho a libertad económica, pues sin lugar a dudas el concepto de la libre competencia implica la libertad de acción y decisión de todo competidor en el proceso de intercambio¹⁷. Así, la libertad de competencia debe asumir un doble significado, por un lado la libertad de participar y acceder a un mercado concreto, básicamente denominada la posibilidad real de concurrir (CP art. 335. Límites). Por otro lado, se encuentra la libertad en cuanto a ejercicio de la actividad, como libertad de iniciativa, y denominado concretamente como la libertad de competir, ya no como género, sino como especie (CP art. 333).

16 DECOCQ, ANDRÉ y DECOCQ GEORGE, ob. cit.

17 Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997, MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Es importante en esta sentencia como la Corte trabaja el principio de libre competencia y lo relaciona con el derecho al trabajo para protegerlo. “(...) la Corte Constitucional no posee los elementos de juicio suficientes para concluir que ella ejerce “una posición dominante”, la cual de otra parte no se establece desde el ángulo subjetivo de un participante en el mercado sino a partir del conjunto de situaciones que lo integran. Por lo demás, una calificación de ese género, en principio escapa a la jurisdicción constitucional y difícilmente puede adelantarse en el marco de un proceso de tutela. Añádase a lo anterior que la libertad de competencia y la libre competencia, son derechos que no tienen el carácter de fundamentales y que, por ende, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela”

La libre competencia sólo debe estar tutelada por el ordenamiento jurídico en condiciones generales o concretas pero perdurables, pues si una actividad concurrencial es objeto de obligaciones legislativas constantes, no es libre. Además, es importante considerar que si se reprime en cualquiera de sus dos manifestaciones, concurrencia y competencia, ésta debe estar contextualizada en sintonía con la Constitución y el orden económico vigente. En este sentido, vale la pena reconocer que tanto la competencia como la libre concurrencia, carecen de definición legislativa, pero que se encuentran, si se quiere, contorneadas por los contenidos que se le dan a las limitaciones que se puedan construir. Así, la libertad de competencia se encuentra restringida cuando el individuo carece de posibilidad para desarrollar su actividad de forma competitiva en un sector determinado de la economía. La libre competencia, sin embargo, puede estar limitada por el Estado o por el mismo sistema económico, pues como es bien conocido, el Estado posee múltiples mecanismos para limitar la competencia, como pueden ser, las limitaciones generales de imposibilidad de establecimiento por la naturaleza de la actividad que se desarrolla (actividades ilegales), por la existencia de actividades sometidas a cuotas de operadores (telefonía celular), límites de licencias por regiones al desarrollo de alguna actividad (la televisión por cable), la constitución de monopolios, que bien puede ser en algunos casos por seguridad (la fabricación de armas) y en otros, motivado por la búsqueda de eficiencias. En definitiva, la subsistencia de la libre competencia y su dimensión en el sistema económico, se da por la estrecha relación (por lo general en tensión) entre el Estado y la economía, bajo la constitución económica¹⁸.

Como es analizado por la Corte Constitucional, la idea de que nuestra ley fundamental no considere un determinado sistema económico, permite que el legislador, en determinados momentos, pueda optar por algunas consideraciones concretas del principio de la libre competencia que le parezcan oportunas y apropiadas para el mismo desarrollo de una política económica concreta. Si bien esto es cierto, no por ello se puede interpretar que la libertad sea absoluta, pues al optar por sistemas diferentes al del libre mercado, no podemos dejar de reconocer todo un conjunto de principios y reglas constitucionales que enmarcan y contienen significativamente una concepción fundamental. Así sea cierto que todo ese conjunto de principios no hacen referencia a un sistema económico, si es importante reconocer que al operar como libertades del individuo, son al mismo tiempo límites a la intervención del Estado en el campo económico, especialmente bajo la protección de los derechos fundamentales que terminan configurándose en salvaguardas del ordenamiento de la libre competencia concebidas por la Constitución.

18 MEZZETTI, LUCA, (coordinador) *Constituzione economica e libertà di concorrenza*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1994.

En todo caso, así se crea firmemente en la independencia de la Constitución, no es posible marginar las consideraciones sobre la garantía de la libre competencia a un mero hecho circunstancial, pues los principios y valores que se establecen y garantizan en la Constitución, para que sean desarrollados por medio de instituciones y normas, no son más que el reflejo de una organización económica en pro de la competencia y creyente de los procesos del mercado. También es importante resaltar que el reconocimiento del orden competitivo contribuye, como lo hemos mencionado, a un sistema de mercado más transparente, en el cual se presentan precios más bajos, se estimula la innovación tecnológica, la respuesta a las acciones de los agentes en el mercado, y sobre todo, a las necesidades y deseos de los consumidores¹⁹.

Dados los derechos garantizados por la Constitución, conforme a lo que hemos venido exponiendo, es necesario que las restricciones a la libre competencia sean totalmente objetivas y adecuadamente descritas en las normas jurídicas. Con ello se garantiza que lo dispuesto en el marco constitucional tenga un desarrollo coherente con las políticas públicas de mercado. En razón de esto, pasaremos a describir las conductas reprochadas por el ordenamiento jurídico como anticompetitivas.

1.3. Descripción de las prácticas comerciales restrictivas

En nuestro ordenamiento jurídico, como hemos visto, se puede proteger al mercado por medio de tres normativas, las referidas a las prácticas comerciales restrictivas, las que hacen referencia a la competencia desleal y las relativas al derecho de los consumidores. En el presente trabajo, sólo nos referiremos a la primera clase de restricciones, pues son para nosotros el objeto sobre el cual se presentan y otorgan las garantías para terminar de forma anticipada una investigación. A continuación se presenta una breve descripción²⁰ de cada una de las conductas que constituyen prácticas comerciales restrictivas en Colombia.

19 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A., ob. cit.

20 Es preciso aclarar que la breve descripción que se ha hecho de cada una de las conductas que son consideradas como prácticas restrictivas, obedece a la escasa doctrina que existe al respecto. Al no existir trabajos más amplios sobre el tema, nos limitamos a realizar una corta presentación de cada uno de los comportamientos sancionados por el decreto 2153 de 1992.

1.3.1. Prácticas comerciales restrictivas

El decreto 2153 de 1992 trae una enumeración de las conductas que vulneran las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Estos comportamientos se dividen en varias categorías.

A. Acuerdos contrarios a la libre competencia

El numeral primero del artículo 45 del decreto 2153 de 1992 define acuerdo como:

“(…) todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

De acuerdo con esta noción, el artículo 47 del decreto mencionado señala los acuerdos que se consideran contrarios a la libre competencia. Entre ellos encontramos:

- **Fijación de precios**

Los acuerdos de fijación de precios son los convenios que,

“(…) tengan por objeto y tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios” (art. 47, num.1, decreto 2153 de 1992).

Según lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, para que esta conducta resulte reprochable, es necesario que exista una voluntad concertada entre los competidores para determinar el precio de un producto, evitando así que el libre juego de la oferta y la demanda sea el indicador del valor del correspondiente producto en el mercado²¹.

21 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 99050593 del 27 de septiembre de 1999 y concepto 01081394 del 17 de octubre de 2001. Véanse resoluciones 843 del 6 de mayo de 1994; 1573 del 15 de julio de 1994; 1736 del 15 de noviembre de 1995; 10005 del 5 de mayo de 2000; 12855 del 15 de junio de 2000; 19644 del 15 de agosto de 2000; 24206 del 28 de septiembre de 2000; 25983 del 3 de octubre de 2000; 7451 del 28 de febrero de 2001; 7454 del 28 de febrero de 2001; 7970 del 9 de marzo de 2001; 15644 del 10 de mayo de 2001; 15645 del 10 de mayo de 2001; 19444 del 1º de junio de 2001; 25153 del 31 de julio de 2001; 38467 del 26 de noviembre de 2001; 10713 del 3 de abril de 2002; 30614 del 23 de septiembre de 2002; 32216 del 1º de octubre de 2002; 1616 del 29 de enero de 2003; 3351 del 12 de febrero de 2003; 9500 del 3 de abril de 2003; 3927 del 26 de febrero de 2004; 2084 del 4 de febrero de 2005; 2085 del 4 de febrero de 2005; 2086 del 4 de febrero de 2005; 6816 del 31 de marzo de 2005 y 6817 del 31 de marzo de 2005.

- **Condiciones de venta o comercialización discriminatorias**

Esta práctica consiste en:

“(…) determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros” (art. 47, num. 2, decreto 2153 de 1992).

La venta de determinado producto puede estar sujeta a ciertas condiciones, siempre y cuando respondan a criterios objetivos que se utilizan habitualmente en el mercado, de lo contrario, la conducta se considerará anticompetitiva²².

- **Repartición de mercados**

Los acuerdos de repartición de mercados son aquellos que tienen por objeto o como efecto repartir el mercado entre productores o entre distribuidores (art. 47, num. 3, decreto 2153 de 1992).

“Estos convenios se producen cuando dos empresas que compiten en el mismo nivel del proceso productivo pactan en forma directa o indirecta dividirse territorialmente el mercado”²³. Esta división puede darse por sectores o por tipos de clientes interesados en el producto²⁴.

- **Asignación de cuotas de producción**

Esta práctica consiste en hacer un acuerdo para asignar a cada empresa una cuota de producción o suministro de determinado bien o servicio (art. 47, num. 4, decreto 2153 de 1992). De acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando los empresarios participantes en el acuerdo deciden asignarse

22 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 del 23 de marzo de 1993. Véanse resoluciones 15645 del 10 de mayo de 2001; 19444 del 1º de junio de 2001; 1616 del 29 de enero de 2003; 3351 del 12 de febrero de 2003 y 9500 del 3 de abril de 2003.

23 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados*, en Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC III, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, pág. 51. Véanse resoluciones 12855 del 15 de junio de 2000; 19644 del 15 de agosto de 2000; 15645 del 10 de mayo de 2001; 34700 del 26 de octubre de 2001; 38467 del 26 de noviembre de 2001; 32216 del 1º de octubre de 2002; 3351 del 12 de febrero de 2003; 9500 del 3 de abril de 2003; 2084 del 4 de febrero de 2005; 2085 del 4 de febrero de 2005 y 2086 del 4 de febrero de 2005.

24 GÓMEZ LEYVA, DELIO, “Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Biblioteca Milenio, colección Derecho económico y de los negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, pág. 151.

determinadas cuotas de producción, están abandonando su condición de competidores, de tal forma que terminan realizando una conducta netamente anticompetitiva²⁵.

- **Asignación, repartición o limitación de materias primas**

Esta clase de acuerdos busca:

“(…) la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos” (art. 47, num. 5, decreto 2153 de 1992).

La idea es restringir la oferta de materias primas para que el precio de las mismas suba.

- **Limitación a los desarrollos técnicos**

Esta práctica se desarrolla por medio de pactos que buscan frenar el desarrollo tecnológico de las empresas (art. 47, num. 6, decreto 2153 de 1992). La limitación al desarrollo tecnológico es ilegal en la medida en que impide la búsqueda de la eficiencia en la cadena productiva de las empresas, convirtiéndose en una conducta netamente anticompetitiva²⁶.

- **Ventas atadas**

Las ventas atadas son aquellos acuerdos que tienen por objeto o como efecto:

“(…) subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones” (art. 47, num. 7, decreto 2153 de 1992).

Esta restricción a la competencia obliga al consumidor a adquirir un bien o servicio que no desea para que pueda obtener aquel que realmente necesita²⁷.

25 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 del 23 de marzo de 1993. Véanse resoluciones 15645 del 10 de mayo de 2001; 25153 del 31 de julio de 2001; 34700 del 26 de octubre de 2001; 3351 del 12 de febrero de 2003; 9500 del 3 de abril de 2003; 2084 del 4 de febrero de 2005; 2085 del 4 de febrero de 2005 y 2086 del 4 de febrero de 2005.

26 GÓMEZ LEYVA, DELIO, *op. cit.*, pág. 151.

27 Véanse resoluciones 0843 del 6 de mayo de 1994 y 38467 del 26 de noviembre de 2001.

- **Restricción a la producción**

Estos acuerdos buscan que una de las empresas participantes se abstenga de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción (art. 47, num. 8, decreto 2153 de 1992), perjudicando de esta forma a los consumidores del bien o servicio en cuestión²⁸.

- **Colusión en licitaciones públicas**

Esta práctica consiste en:

“(…) concertar acuerdos para distribuir las adjudicaciones de contratos, de concursos o fijar los términos de las propuestas” (art. 47, num. 9, decreto 2153 de 1992).

Lo reprochable de esta conducta es que la idea de las licitaciones y concursos sea seleccionar a la empresa que proponga mejores condiciones para la celebración de un contrato, pero al existir una colusión, la competencia entre las empresas licitadoras se desvanezca y prive la voluntad de competencia que se involucra en este proceso²⁹.

- **Impedir el acceso a los mercados o canales de comercialización**

Esta clase de acuerdos busca evitar que terceros accedan a los canales de comercialización de los productos (art. 47, num. 10, decreto 2153 de 1992, adicionado art. 16, ley 590 de 2000). Esta conducta tiene como objetivo obstruir el ingreso de un competidor al mercado, constituyendo una barrera de entrada³⁰.

b. Actos contrarios a la libre competencia

La definición de acto se encuentra plasmada en el numeral segundo del artículo 45 del decreto 2153 de 1992. Un acto es:

“(…) todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”.

28 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 013678 del 23 de marzo de 1993. Véase resolución 11711 del 24 de abril de 2002.

29 *Ibidem*. Véanse resoluciones 0843 del 6 de mayo de 1994 y 22514 del 10 de julio de 2001.

30 GÓMEZ LEYVA, DELIO, *op. cit.*, pág. 151. Véase resolución 38467 del 26 de noviembre de 2001.

El artículo 48 del mismo decreto estipula tres actos que se consideran contrarios a la libre competencia que, a continuación, enunciaré.

- **Infracción a las normas de publicidad**

Esta infracción consiste en no cumplir con las normas que trae el Estatuto de Protección al Consumidor (decreto 3466 de 1982) en materia de publicidad (art. 48, num. 1, decreto 2153 de 1992). La mayoría de estas prácticas tienen que ver con la veracidad de la publicidad.

- **Influencia en la política de precios de un competidor**

Esta práctica consiste en:

“(…) influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios” (art. 48, num. 2, decreto 2153 de 1992).

El anterior comportamiento busca beneficiar a quien lo realiza, en perjuicio de quien se ve influenciado.

- **Negativa a contratar o la discriminación de una empresa como retaliación a su política de precios**

La empresa que realiza esta conducta se niega a:

“(…) vender o prestar servicios a otra empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”³¹ (art. 48, num. 3, decreto 2153 de 1992).

c. Abuso de posición dominante

La Constitución de 1991 en su artículo 333 dispone que:

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

31 Véanse resoluciones 4374 del 25 de noviembre de 1998 y 13466 del 23 de junio de 2004.

A partir de esta premisa, el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992 definió la posición dominante como:

“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Frente a esta definición, la Superintendencia de Industria y Comercio ha concluido que,

“existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esta posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor”³².

Como complemento a la definición expuesta, es necesario precisar que la persona o empresa que ostente una posición dominante puede tener una gran participación en el mercado relevante³³, así como puede tener una participación escasa, pero ejerciendo control sobre elementos vitales de dicho mercado como patentes, recursos financieros y tecnología, entre otros³⁴.

Debe aclararse que la posición dominante no es una conducta anticompetitiva *per se*, pues lo que se castiga es su abuso. A continuación exponremos los comportamientos que constituyen un abuso de la posición dominante.

- **Precios predatorios**

Los precios predatorios radican en la:

“disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos” (art. 50, num. 1, decreto 2153 de 1992).

32 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 01064306 del 28 de agosto de 2001.

33 El mercado relevante se determina por medio de tres criterios: (i) la naturaleza del producto o servicio, teniendo en cuenta si es sustituible o no; (ii) la dimensión de la zona geográfica cubierta, estableciendo si la empresa domina una parte sustancial del mercado; (iii) la diversidad de la clientela que accede al producto o servicio ofrecido. VELILLA, MARCO, “Una aproximación al concepto de abuso de la posición dominante”, en *Derecho de la competencia*, Biblioteca Milenio, colección Derecho económico y de los negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998, págs. 187 a 190.

34 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *Abuso de la posición dominante: Perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*, en CEDEC I, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, 2ª edición, Bogotá, 1998, pág. 53.

Para que esta conducta pueda configurarse, es necesario que se presenten sus elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son el nivel de precios por debajo de los costos y la posición dominante del predador. El elemento subjetivo es la intención de eliminar la competencia o de presionar al competidor para llegar a algún tipo de acuerdo, generalmente de concertación de precios³⁵.

- **Discriminación vertical**

Esta práctica busca aplicar:

“(…) condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas” (art. 50, num. 2, decreto 2153 de 1992).

En la discriminación vertical, el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de dominio en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador que está en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, perjudicando al comprador discriminado por estar en desventaja frente a sus competidores directos³⁶.

- **Condicionamientos para la contratación**

Esta figura también se conoce con el nombre de *ventas atadas* y consiste en:

“(…) subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones”³⁷ (art. 50, num. 3, decreto 2153 de 1992).

- **Discriminación horizontal**

La discriminación horizontal consiste en:

35 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 65 a 72. Véanse resoluciones 44344 del 28 de diciembre de 2001 y 41801 del 24 de diciembre de 2002.

36 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *op. cit.*, pág. 67. Véanse resoluciones 1736 del 15 de noviembre de 1998; 4323 del 15 de febrero de 2002; 9500 del 3 de abril de 2003; 14100 del 26 de mayo de 2002 y 13466 del 23 de junio de 2004.

37 Véanse resoluciones 44344 del 28 de diciembre de 2001; 4323 del 15 de febrero de 2002; 41801 del 24 de diciembre de 2002; 19414 del 11 de julio de 2003 y 13466 del 23 de junio de 2004

“(…) la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia” (art. 50, num. 4, decreto 2153 de 1992).

En este tipo de discriminación, el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima con posición de dominio en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador, con el objeto de sacar a sus competidores del mercado³⁸.

- **Precios predatorios regionales**

Esta conducta se realiza cuando una persona o empresa con posición dominante en el mercado vende o presta servicios:

“(…) en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción” (art. 50, num. 5, decreto 2153 de 1992).

- **Impedir el acceso a los mercados o a canales de comercialización**

La obstrucción a los mercados o a los canales de comercialización fue incluida como conducta constitutiva de abuso de la posición dominante por la Ley 590 de 2000. Este comportamiento tiene la misma connotación de la figura contemplada en el numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, antes mencionada³⁹ (art. 50, num. 10, decreto 2153 de 1992).

d. Integración empresarial

El artículo 51 del decreto 2153 de 1992 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá objetar las operaciones de integración empresarial^{40 [40]} que le sean informadas, cuando los involucrados en dichas operaciones,

38 Ibidem, pág. 69.

39 Véanse resoluciones 44344 del 28 de diciembre de 2001; 4323 del 15 de febrero de 2002; 41801 del 24 de diciembre de 2002 y 1346 del 23 de junio de 2004.

40 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 96048285 del 27 de septiembre de 1996 y concepto 96046922 del 25 de octubre de 1996.

“(…) demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte un ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”.

En sentido contrario, se puede afirmar que toda operación de integración empresarial que no sea informada a la Superintendencia de Industria y Comercio puede ser objetada y los agentes económicos involucrados, pueden ser sancionados por haber omitido el deber de información⁴¹.

Es preciso aclarar que las empresas que conjuntamente representen el 20% o menos del mercado o cuyos activos no superen el equivalente de cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, no requieren informar la operación de integración a la Superintendencia de Industria y Comercio. Las empresas que no cumplan con los requisitos mencionados, deberán informar las operaciones de integración que lleven a cabo a la Superintendencia⁴².

2. ANÁLISIS JURÍDICO DEL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El decreto 2153 de 1992 consagra una figura, tal vez no muy ajena a los ordenamientos de libre competencia⁴³, pero tampoco muy común, sobre la posibilidad que tienen los agentes económicos para ofrecer garantías a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por la apertura de una investigación sobre la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, y la facultad de esta institución para aceptarla de considerarlas suficientes⁴⁴.

El artículo 4, numerales 10 y 12, relacionados con el artículo 2, numeral 1, y el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, consagra la institución de las garantías estableciendo que al superintendente, como jefe de la SIC, le corresponde decidir

41 Véanse resoluciones 1139 del 1° de junio de 1994; 5197 del 26 de febrero de 2001; 11711 del 24 de abril de 2002; 14289 del 10 de mayo de 2002; 9405 del 31 de marzo de 2003 y 1789 del 30 de enero de 2004.

42 Superintendencia de Industria y Comercio, circular externa 10 de 2001, título VII, capítulo II.

43 Véase: decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que sustituye la decisión 285. Ambas normatividades incluyen la figura del “compromiso” (garantías) como forma de terminación anticipada de la investigación. En la decisión 608 se encuentra consagrada la figura del *compromiso* en los artículos 27 a 30.

44 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, revista *Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003, pág. 99.

sobre la terminación de las investigaciones que se adelanten por presuntas violaciones a la libre competencia en los mercados nacionales, siempre que a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. Al producirse este hecho, la autoridad no se pronunciará sobre el fondo del asunto, y consecuentemente, no impondrá sanción alguna.

Las garantías tuvieron como origen la necesidad imperiosa de idear instituciones que suplieran la exclusividad del derecho de prenda general, puesto que en Roma el deudor de una obligación comprometía su persona (*manus injectio*), institución que evolucionaría con la concepción de la obligación de esencia económica, donde el deudor responde ya no con su persona, sino con su patrimonio, hecho que se mantiene en nuestro Código Civil. Esta idea está fundada en el patrimonio como universalidad. La crítica que llevó al surgimiento de las garantías se enfatizó en las innumerables operaciones que puede realizar el deudor para disminuir su patrimonio, lícitas o ilícitas, que permitirían la defraudación de las obligaciones por él contraídas. En términos muy amplios, las garantías constituyen los medios que posee el acreedor para cubrirse del posible impago de una obligación⁴⁵.

Las garantías comúnmente han sido clasificadas como personales y reales, las primeras a su vez están agrupadas en la fianza, la cláusula penal y la solidaridad; y las segundas en prenda, hipoteca y anticresis. Desde este mismo entendido debemos suponer que el decreto 2153 trata el tema de las garantías, pues su no definición nos permite trabajar con estos conceptos codificados y analizados por la doctrina sin ninguna prevención legal. En todo caso, la práctica de la SIC no siempre ha exigido una garantía personal o real, es decir que no siempre ha exigido otra obligación para garantizar la principal o por la que se ha abierto una investigación, este hecho en todo caso no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, pues en el proceso penal el sindicado ha podido otorgar una *caución juratoria*, para acceder al subrogado de la libertad condicional, sin ser este mecanismo una caución propiamente dicha desde la referencia que hemos hecho anteriormente a las garantías.

Por otro lado, el Código de Comercio en los artículos 1061 a 1063, en el contrato de seguro, hace referencia a la garantía, entendiendo por ésta la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no hacer determinada cosa o a cumplir determinada exigencia o mediante la cual afirma o niega la exigencia de determinada situación de hecho. También, es importante reconocer que en materia de seguros la garantía supone dos situaciones, una, que es declaración del tomador y que se entiende consignada en la preposición de seguro o incorporada en el clausulado de

45 SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las cauciones*, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1980.

la póliza y que por esto es determinante del consentimiento del asegurador, y dos, la garantía debe tener relación con el riesgo asegurado, bien sea sustancial o marginal, pero que en todo caso tenga que ver con éste⁴⁶. Desde esta perspectiva, que la SIC no ha trabajado, uno podría generar un símil estableciendo que, la SIC como aseguradora puede garantizar el riesgo de no investigar por unos determinados hechos y no sancionar, en la medida que el investigado—asegurado cumpla con unas conductas, positivas o negativas, que de no hacerlo hacen que el contrato sea anulable. En todo caso, lo importante es reconocer que la SIC no ha abordado el estudio de esta figura y que en algún momento podría hacer referencia a ella para complementar el sentido de las garantías en el derecho de la competencia.

Después de haber planteado los conceptos de garantía y caución en términos normativos y abstractos es necesario adentrarnos en el estudio de las garantías en el derecho de la libre competencia en Colombia desde varios flancos. Comenzaremos por hacer un recorrido del concepto de *garantía* y *garantía suficiente* trabajado por la SIC y su desarrollo en algunas resoluciones, luego estudiaremos la estrategia de seguimiento de las garantías ofrecidas y aceptadas por la SIC, posteriormente nos concentraremos en las tesis que favorecen y critican esta institución, para así plantear unas primeras conclusiones desde el ámbito jurídico y dar el espacio para el análisis económico de la figura de las garantías.

2.1. Concepto de *garantía* y *garantía suficiente* trabajado por la Superintendencia de Industria y Comercio

La SIC ha configurado el concepto de garantía para la libre competencia a través de sus resoluciones en más de una década. En sus primeros pronunciamientos esta autoridad no hacía una referencia clara sobre cómo se debían entender las garantías. Esto se verifica en las resoluciones 0843 de 1994⁴⁷, 1139 de 1994⁴⁸, 1573 de 1994⁴⁹, 1336 de 1995⁵⁰, 4374 de 1998⁵¹, en las cuales no se hace referencia al término. Un ejemplo de esto es la investigación que la SIC abrió contra la sociedad Pisos de Asfalto y Vinilo de Colombia S.A. – PAVCO S.A. con el fin de suspender la

46 OSSA G. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*, Ed. Temis, Bogotá, 1991, pág. 355 y sigs.

47 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 0843 de 1994.

48 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 1139 de 1994.

49 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 1573 de 1994.

50 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 1336 de 1995.

51 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4374 de 1998.

investigación por la realización de un acuerdo de precios con sus distribuidores, así como acuerdos para venta o suministros atados, y acuerdos cuyo objeto es la colusión en licitaciones. En dicha investigación, sólo se hizo referencia a los tipos de conducta posiblemente infringidos por PAVCO y a la institución de la aceptación de garantías. La evaluación realizada por la SIC para el caso se concentra en la aceptación de las garantías propuestas por la empresa investigada, conminándola a no establecer listas de precios para evitar que se sigan presentando algunos de los hechos que dieron origen a la investigación, sin ir más lejos, ni establecer más obligaciones para la empresa, se dio por terminada la investigación.

El ejemplo anterior nos permite realizar el siguiente análisis. La SIC, para los años indicados anteriormente, no puede estar entendiendo el concepto de garantía como lo enunciamos primeramente cuando hicimos alusión al estudio realizado por SOMARRIVA⁵², como tampoco puede estar siendo tratada según el concepto de caución establecido por el Código Civil, pues para que estos argumentos puedan ser concordantes es necesario que se identifique una nueva obligación que garantice otra obligación principal. Así, se denota que establecer un patrón de comportamiento haría mayor referencia a la caución juratoria que a una garantía propiamente dicha, pues es inobjetable que lo que se está haciendo es establecer una obligación de comportamiento sin garantía, toda vez que si se comporta de manera diferente, la SIC continuará con la investigación que dio por terminada por razón del decaimiento del acto administrativo.

No obstante lo anterior, inspirada en los conceptos de OSPINA FERNÁNDEZ la SIC comenzó, aproximadamente entre los años 1999 y 2000, a relacionar el concepto de garantía con el descrito como caución por el Código Civil⁵³. Ejemplo de esta relación son las resoluciones 10005 de 2000⁵⁴, 12855 de 2000⁵⁵, 24206 de 2000⁵⁶ y 44344 de 2001⁵⁷, donde se observa claramente la evolución hacia la exigencia de pólizas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de comportamiento. Salvo una excepción donde se garantizó la conducta con un cambio en la estructura de la empresa (dos empresas que se habían fusionado sin autorización, para no ser sancionadas ofrecieron como garantía volver al estado anterior), la SIC no se ha

52 SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, tratado de las cauciones, ob. cit.

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

54 Resolución 10005 de mayo 5 de 2000.

55 Resolución 12855 de junio 15 de 2000.

56 Resolución 24206 de septiembre 28 de 2000.

57 Resolución 44344 de diciembre 28 de 2001.

salido de las obligaciones de conducta (hacer o no hacer) que deben asumir las empresas⁵⁸. Un ejemplo de lo anterior es la resolución que abrió investigación contra la Lonja de Propiedad Raíz de Medellín S.A., Alberto Álvarez S. y Cía. Ltda., Ramón H. LONDOÑO S.A., y otros, por una posible violación de normas de la competencia y que a su vez mediante comunicaciones número 98075793 – 0296, 98075793 – 0294, 98075793 – 0297 y 98075793 – 0295, formularon el ofrecimiento de garantías y solicitaron la clausura de la investigación. En este proceso relacionado con la fijación de precios para la prestación de servicios inmobiliarios, se estableció, como era común, que la aceptación de garantías es una potestad discrecional del superintendente y que sirve para *garantizar* que se suspenderán los hechos que dieron origen a la investigación, pero muy importante fue la descripción de garantía, asumiendo que como no existe una definición en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de caución, tratado en el Código Civil, permite afirmar que la garantía consiste en la existencia de una seguridad que refuerce el compromiso o acuerdo establecido; debe considerarse como algo accesorio a una obligación principal.

En consecuencia con la afirmación de la SIC, podemos señalar que lo que se tenía que garantizar era la obligación de comportamiento a la que se estaban sometiendo, exigiendo la realización de pólizas⁵⁹ que sirviera para el caso en el que no se cumpliera el acuerdo, comprometiendo el pago de unas sumas que correspondieran al valor de la sanción a la que probablemente, de haber sido investigados, tendrían que pagar. Para el caso comentado, las pólizas fueron contratadas por valores correspondientes al 38%, en relación con todas las firmas investigadas, y al 96%, con la Lonja de Propiedad Raíz, del valor máximo de la sanción, de acuerdo con lo ofrecido por los investigados.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es muy importante resaltar el cambio que tuvo la SIC en el desarrollo de las resoluciones, pues permitió que las garantías cambiaran de presupuesto, es decir, que pasaran de ser acuerdos exclusivamente sobre el comportamiento futuro, a obligaciones constituidas con póliza que fueran garantía de esos acuerdos de comportamiento.

58 Concepto número 98013991 de abril 29 de 1999 “La expresión garantía no aparece definida por el legislador. Así, siguiendo los parámetros contenidos en el Código Civil y con lo elementos de juicio a disposición, podríamos usar el de caución, que encuentra su definición legal en el artículo 65 del Código Civil: (...) para concluir que la palabra garantía implica necesariamente la existencia de una seguridad que refuerza un compromiso o acuerdo. De esta forma, la garantía es una obligación adicional y accesorio a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede”.

59 OSSA G. EFRÉN, *Teoría general del seguro. El contrato*, Ed. Temis, Bogotá, 1991.

2.2. La garantía suficiente y su problemática

El decreto 2153 de 1992 no sólo se limitó a establecer la posibilidad de que los procesos adelantados ante la sic se pudieran terminar anticipadamente en la medida en que los agentes económicos ofrecieran garantías y el superintendente las aceptara, sino que consagró la expresión de *garantía suficiente*, queriendo significar que, más que una garantía, se den las condiciones necesarias para que se suspenda o modifique la conducta que dio origen a la investigación. Es importante precisar que las garantías deben procurar el estado de cumplimiento de las metas señaladas por el artículo 2 numeral 1 de este decreto, que le asigna a la sic, como unas de sus principales funciones,

“(…) atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: *mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados;* y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios” (bastardilla fuera de texto).

Ese mandato, expreso y claro, para la sic es un muy buen punto de partida para el análisis de la suficiencia de las garantías, porque de lo contrario la institución no tendría ningún sentido si se deja a la obligatoriedad de aceptarlas cuando sean presentadas o a la completa discrecionalidad del superintendente de turno, así reconocemos unos intereses muy concretos que enmarcan la posición de la sic frente a las garantías. Ahora, es importante preguntarnos cómo al interior de la sic se ha trabajado la figura, las connotaciones y características que se le han atribuido.

Comenzaremos este análisis con el punto de quiebre donde se asienta, por así decirlo, el trabajo actual de la sic de cara a las garantías, entendiéndolas en su connotación de garantías suficientes. Este hecho parte del concepto 98013991 de 1999⁶⁰ bajo la solicitud a la sic para que se pronuncie sobre la expresión *garantías suficientes*, y en la cual dicha entidad aprovecha para ilustrar unos parámetros sobre la aplicación de las garantías.

El primer aspecto que trata este concepto, se concentra en la posibilidad legal de terminar anticipadamente los procesos por el otorgamiento de garantías, como también de la potestad discrecional que tiene la autoridad. No siendo necesario para nosotros hacer alguna referencia a la facultad legal de las garantías, si es importante contextualizar el alcance del que es conciente la sic sobre la discrecionalidad. En este sentido nos dice:

60 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 98013991 de abril 29 de 1999.

“(…) la discrecionalidad no significa en ningún momento desconocimiento del principio de legalidad, sino que consiste en la realización, por parte de la administración, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones. Tampoco implica arbitrariedad al momento de decidir, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga”⁶¹.

Reconociendo que la discrecionalidad es una facultad que tiene la administración por autorización legal, ésta debe, en todo caso, ser consecuente en el pasar del tiempo, obedeciendo más a una continuidad en la práctica que facilite el desarrollo de las actividades de los particulares en el mercado. Son muchos los pronunciamientos que se han realizado de cara a la discrecionalidad de la administración, pero se puede entender desde las intenciones de la Corte Constitucional que los funcionarios si bien pueden apreciar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que rodean la toma de una decisión, pudiendo actuar o no, o escoger el contenido de su determinación, esa libertad debe realizarse dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particularidades implícitas de la norma que autoriza la decisión discrecional⁶². Por ello es importante recalcar que el decreto 2153 de 1992 establece unas funciones muy claras al Superintendente y que su discrecionalidad debe enmarcarse dentro de estos fines ya vistos.

En un segundo aspecto, este concepto sobre la suficiencia de las garantías hace referencia a la obligación que garantiza, desde dos perspectivas, la eliminación del elemento anticompetitivo mediante la suspensión o modificación de una conducta, cuestión que no ha obstaculizado el hecho de que se presente garantías sobre conductas terminadas.

Desde una primera perspectiva, se obliga a la administración a concretar muy bien el contenido de la investigación, los elementos fácticos que dan lugar a la instrucción y de la selección de las normas que posiblemente pudieron ser violadas por las conductas de la empresa o empresas cuestionadas. Esta determinación es fundamental para dimensionar el deber fundamental de la empresa o empresas que solicitan una terminación del proceso por medio de la figura de las garantías. Así, éstas se deben concentrar en la suspensión o modificación de la conducta y tal propuesta debe satisfacer, sin dudas, al superintendente de que las actuaciones con las que se comprometen los agentes económicos liberan de distorsiones el mercado.

61 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 98013991 de abril 29 de 1999.

62 Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, MP VLADIMIRO NARANJO MESA.

En este sentido, es lógico que deba existir coherencia plena entre la resolución de apertura de la investigación de la SIC y el ofrecimiento de las garantías por parte de los agentes económicos.

Desde una segunda perspectiva, el ofrecimiento debe ser estudiado de dos maneras diferentes dependiendo de si las conductas son terminadas o son de ejecución continuada. De cara a las conductas terminadas, la SIC determinó que entendía por éstas, aquellas que se dan durante un lapso que ya pasó o las de ejecución instantánea. En esta posición, la primera pregunta que nos podríamos hacer redundaría en establecer si la SIC puede aceptar las garantías ofrecidas por un agente económico que ya cometió una conducta o que al realizarla, ésta se extingue en el mismo momento de su ejecución, verbigracia una negativa a contratar⁶³. La respuesta a este cuestionamiento tiene dos posibles soluciones, lo que ha sostenido la SIC y lo que consideramos nosotros, que en todo caso será resuelto más concretamente en el apartado del análisis económico de la institución, pero que no obsta para realizar un pequeño comentario de orden jurídico.

La SIC en el Concepto que venimos trabajando (conc. 9801399) sostuvo que,

“(…) dado que (*sic*) las conductas terminadas no pueden suspenderse ni modificarse, respecto de ellas no es factible aceptar garantías”⁶⁴.

Posterior a este pronunciamiento, la SIC cambió su postura desde otro concepto (conc. 000011523) en el cual estableció que,

“(…) las investigaciones por conductas anticompetitivas finalizadas o instantáneas son susceptibles de ser terminadas por ofrecimiento de suspender o modificar las conductas investigadas y garantía suficiente de ello. En esa medida se reconsidera la posición que habíamos adoptado en el concepto 98013991 – 119 del 29 de abril de 1999 [...]”⁶⁵.

Como lo hemos venido señalando, el decreto 2153 de 1992, consagra las funciones que tiene el superintendente. Sin embargo, para ir al fondo del asunto, tenemos que referirnos a la descripción del artículo segundo, numerales primero y segundo, que hacen en su orden, referencia al mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo y a la obligatoriedad de imponer sanciones.

63 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, revista *Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003.

64 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 98013991 de abril 29 de 1999.

65 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 000011523 de 1999.

Desde estas dos perspectivas, la SIC debe, por un lado (numeral primero) garantizar objetivos directos con el mercado, bienestar de los consumidores y la libertad de empresa, y por el otro (numeral segundo), la obligatoriedad de:

“(...) imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia(...)”.

En esta misma línea, podemos relacionar estas dos perspectivas con el inciso cuarto del artículo 52 del mismo decreto, que nos dice que,

“(...) 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 (...)”.

Para nosotros no es claro que se puedan garantizar los objetivos de las funciones de la SIC, ni que la misma legislación lo esté permitiendo, así que tal discrecionalidad en la posibilidad de aceptar garantías por conductas ya concluidas excede los fines de la norma y no guarda proporcionalidad, pues en una conducta terminada los resultados ya se produjeron y por tanto, el camino debe ser la sanción y no nuevas conductas que garanticen la no ocurrencia de los actos por los cuales se investiga, pues aquéllos por los que se abre la investigación y se dicta una resolución ya pasaron, y de volver a suceder serían unos nuevos actos del mismo tipo. Por ello concluimos en este aspecto que las facultades de otorgar garantías sobre conductas terminadas exceden la finalidad de la garantía y tienden más a la arbitrariedad que a la discrecionalidad de las autoridades.

Realicemos algunas consideraciones sobre las conductas de ejecución continuada. Para este evento la SIC ha precisado, de cara a las garantías, dos escenarios: uno, sobre las conductas que perduran en el tiempo siendo siempre ilegales, las cuales tendrán que ser suspendidas, y dos, sobre aquellas conductas que perduran en el tiempo pero que sólo serán ilegales en la medida que van acompañadas de circunstancias especiales, en las cuales no es necesario la terminación absoluta de la conducta, sino que puede permitir modificaciones para que no sea contraria a la normatividad de la competencia.

De lo anterior podemos suponer que la SIC, al dictar la resolución de apertura de la investigación sobre prácticas contrarias a la libre competencia, debe poseer unos indicios muy claros sobre la violación de la normatividad, este hecho se ve complementado con la discriminación de las conductas entre aquéllas completamente ilegales y aquéllas que son ilegales sólo en la medida que concurren con otras circunstancias. En el primer caso, podemos estar hablando de una conducta de

acuerdo de precios, mientras que en el segundo, puede ser una fijación de precios recomendados al público, que desde condiciones especiales se configura como una fijación de precios de reventa, limitando las posibilidades de competencia⁶⁶.

Para concluir, es importante describir que la SIC de cara a la suficiencia de las garantías ha establecido dos parámetros, uno de carácter particular y otro de carácter general, sobre los que, en forma definitiva, se enmarca la aplicabilidad de las garantías. En el primer parámetro, el particular, la SIC se concentrará en realizar un análisis sobre si las garantías brindan confianza a la administración, las obligaciones asumidas se cumplen y que además, se puedan neutralizar los efectos nocivos del incumplimiento de lo prometido⁶⁷. En el segundo criterio, el general, sólo se considerará que habrá suficiencia, cuando la SIC pueda concluir que dada la implementación de correcciones por medio de las garantías se cumplen los objetivos de mejorar la eficiencia, la libre escogencia de los consumidores y el libre acceso a los mercados por parte de las empresas, así como la existencia de variedad en los precios y calidades. En definitiva, el calificativo de suficiencia de las garantías pasará por el análisis de si la presunta infracción, las consideraciones de la apertura de la investigación y la propuesta realizada por el agente económico, presentan coherencia y confianza de que los elementos anticompetitivos desaparecerán⁶⁸.

2.3 La estrategia de seguimiento de las garantías ofrecidas y aceptadas

El seguimiento de las garantías puede ser otro de los problemas más importantes que debe resolver la SIC para otorgarlas, pues es bajo este supuesto que la administración puede eliminar las asimetrías de información que se dan en el mercado y que implican altos costos de transacción. Con esto, lo que queremos decir es que los agentes económicos, al ofrecer garantías, deben brindar también los medios para que se pueda corroborar que se está cumpliendo lo pactado, pues como no es difícil de imaginar, la principal obligación que asumen estos agentes es con el mercado, hecho que en cierta medida facilitaría que desde los mismos fallos del mercado y la astucia de las estrategias gerenciales se burlase el acuerdo realizado con la SIC. Con esto, el seguimiento y el flujo de información que se debe dar entre la SIC y los agentes permite comprobar que lo pactado se esté cumpliendo, pues con el seguimiento la SIC puede ejercer presión y control sobre los comportamientos de las empresas en el mercado.

66 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 0843 de 1994.

67 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 98013991 de abril 29 de 1999.

68 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 02111018 del 30 de enero de 2003.

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la investigación que adelantó la SIC contra Bellsouth de Colombia S.A. (hoy Telefónica) y su representante legal, por un caso de abuso de posición dominante, en el que se estableció que debían constituir una póliza del 50% de la máxima sanción; póliza que debía tener vigencia de un año, prorrogable por un año más a criterio de la entidad. Además, se debía cumplir con un esquema de seguimiento, donde la compañía debía allegar a la SIC una certificación, auditada por una persona experta en contratos de telefonía móvil con el sistema *subsidy lock* externa a la empresa, suscrita por el representante legal en la que constase que no se había implementado el mecanismo del *subsidy lock* ni cualquier otro con alcances similares que restringieran el acceso, además debían enviar comunicaciones a sus distribuidores y vendedores sobre la prohibición de vender con *subsidy lock*; implementar programas de capacitación a sus empleados sobre normas de promoción de la competencia, prácticas restrictivas y remitir a la SIC copia del modelo de contrato que suscriben con los usuarios⁶⁹.

La SIC en otros pronunciamientos, ha configurado esquemas de seguimiento más amplios y con mayor publicidad, los cuales permitirán un flujo de información mayor entre los diferentes agentes del mercado, investigados y denunciantes, y la misma SIC. Así, es el caso en el que se abrió investigación a Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour, Carulla Vivero S.A. y Supertiempos y Droguerías Olímpica S.A. y a sus respectivos representantes legales por la presunta realización de una negativa a contratar, abuso de la posición dominante, obstrucción de los canales de comercialización y distribución de mercancías, discriminación a proveedores y ventas atadas. En este caso la SIC consideró que la realización de unos manuales que rigieran las relaciones entre los supermercados y sus proveedores aseguraban la suspensión de las conductas que motivaron el inicio de la investigación, brindando un grado razonable de confianza desde el cual las obligaciones contraídas serían cumplidas; además, debían tomar una póliza por el 100% de la máxima sanción, pero para cumplir con el esquema de seguimiento, las empresas investigadas debían informar a sus proveedores, antiguos y nuevos, sobre la aplicación o modificación del *Manual de proveedores*, allegar a la SIC informes semestrales sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mencionado manual y en el *Acuerdo unificado sobre buenas prácticas industriales, comerciales y defensa del consumidor*, así como una copia de la comunicación enviada a los proveedores y una relación de los mismos. Por último deben avisar a la SIC cualquier modificación a dicho manual, obligación que debe cumplirse por el término de tres años hasta el 2007⁷⁰.

69 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 44344 del 28 de diciembre de 2001.

70 Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 13466 del 23 de junio de 2004.

Con estas consideraciones, la SIC debe tener tres puntos de referencia muy importantes para enfrentar una investigación sobre conductas que atenten contra libre competencia: la claridad de los cargos y conductas por las cuales decide investigar, los diferentes escenarios donde los agentes económicos se comportan de forma restrictiva y sus posibles soluciones, y por último, las posibilidades de monitoreo y con su mayor aptitud para disminuir las asimetrías de información.

2.4. Discusiones a favor y en contra de las garantías

Desde un punto de vista general, y según lo dispuesto en el artículo 52 del decreto 2152 de 1992, al encontrarse en curso una investigación por la presunta infracción de la libre competencia, a través de la realización de prácticas comerciales restrictivas, al ofrecerse una garantía, si ésta es considerada por el superintendente de Industria y Comercio como suficiente, en el ejercicio de una potestad discrecional, dentro de los límites establecidos en la Constitución, en la ley o los reglamentos, de modo que se cumpla con los fines esenciales del Estado, entre otros, el de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Carta Política⁷¹, el efecto de la garantía es, respecto de la Superintendencia, el hecho de que se proferirá resolución de terminación de la investigación; y, respecto del presunto infractor, tendrá que suspender o modificar la conducta objeto de investigación.

A su vez, cabe anotar que, el incumplimiento de las garantías ofrecidas por los presuntos infractores dará lugar a la terminación de los efectos de la resolución de terminación de la investigación y la inmediata reanudación de la misma⁷². También es importante decir que entre los efectos que pueden derivarse encontramos, la ventaja de hablarse sólo de presuntas prácticas restrictivas y, por tanto no da lugar a sanción pecuniaria, ni a los efectos que para el mismo puedan derivarse de establecerse la conducta restrictiva⁷³.

2.4.1. Teorías a favor de las garantías

En Colombia, uno de los principales partidarios del método de terminación anticipada de investigaciones a través del ofrecimiento de garantías, es el doctor ALFONSO

71 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 02111018, enero 30 de 2003.

72 Superintendencia de Industria y Comercio, concepto 96016746, mayo 28 de 1996.

73 Biblioteca Millenno, colección Derecho económico y de los negocios, *Derecho de la competencia*, El Navegante Editores, Bogotá, Colombia, 1ª edición, 1998, pág. 355.

MIRANDA LONDOÑO; es por eso que para hablar de las teorías a favor de las garantías en Colombia, haremos mención de dos publicaciones en particular del profesor MIRANDA LONDOÑO, las cuales se encuentran en el libro CEDEC III y en el n° 24 de la revista *Foro del Jurista* de la Cámara de Comercio de Medellín.

En este sentido el doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, afirma que a través del mecanismo de las garantías la Superintendencia de Industria y Comercio:

“ha logrado que los investigados modifiquen sus conductas y ofrezcan garantías, sin necesidad de imponer para el efecto sanciones”⁷⁴.

También hace mención acerca de la discrecionalidad del superintendente respecto de la aceptación de las garantías, lo cual en su opinión no implica ninguna arbitrariedad al estar sometida tal discrecionalidad a una serie de criterios que brindan al superintendente:

“certeza en relación con la eliminación del elemento anticompetitivo por el cual se dio inicio a la investigación”⁷⁵.

A su vez el doctor MIRANDA afirma que el instrumento de las garantías posee una “doble ventaja”, puesto que,

“por una parte, el investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un pronunciamiento de fondo por parte de la entidad en relación con la legalidad o ilegalidad de las conductas por las cuales se abrió la misma sin que pueda resultar sancionado. La autoridad de la competencia, por otro lado, obtiene la certeza sobre el respeto de la ley por parte del investigado, ya que sin entrar en el desgaste de tener que demostrar la realización de prácticas restrictivas o desleales por parte del implicado, logra la cesación o modificación de las conductas que motivaron la investigación”⁷⁶.

74 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, Seminarios 10, *CEDEC III, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Compilación documentos sobre derecho de la competencia*, Pontificia Universidad Javeriana, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – JAVEGRAF, Bogotá, Colombia, 1ª edición, 1999, pág. 128.

75 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, revista *Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003, pág. 99.

76 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, revista *Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003, pág. 99.

A esto se suma el hecho que para el investigado se mantiene su presunción de inocencia, obteniendo además,

“la posibilidad de obtener la terminación de la investigación sin sanciones y sin realizar reconocimiento alguno en relación con la naturaleza de las prácticas investigadas”⁷⁷.

2.4.2. Teorías en contra de las garantías

En contraposición a lo antes expuesto, en Colombia podemos mencionar como uno de los principales opositores a la terminación de investigaciones a través del ofrecimiento de garantías al doctor JAVIER CORTÁZAR, a quien citaremos a través de una de sus publicaciones, el capítulo “Como vamos, vamos mal”, perteneciente a la obra *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia*. También recurriremos al capítulo “Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio”, perteneciente a la obra *Derecho de la competencia*, escrita por la Bibliotheca Millennio, y publicada por El Navegante Editores en el año de 1998. Y por último haremos alusión al artículo “Cómo competir sin ser multado”, publicado en el n° 34 de la *Revista Semana Dinero*, en abril de 1996.

El doctor JAVIER CORTÁZAR considera que la Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de clausura de investigaciones por el ofrecimiento de garantías en desarrollo de sus amplias facultades discrecionales ha establecido

“parámetros laxos que han permitido que esta alternativa se haya convertido en un expediente fácil y de utilización generalizada; un excelente remedio para evitar investigaciones aun cuando los hechos hayan sido graves y se haya causado daño al mercado”⁷⁸.

A su vez, considera que la actitud indulgente de la Superintendencia genera incertidumbre y perjudica el desarrollo del derecho de la competencia en Colombia, y por otro lado, sirve de estímulo para la realización de prácticas comerciales restrictivas. Acusa a su vez a la Superintendencia de aceptar casi en su totalidad las garantías que le han sido ofrecidas, y que por el contrario los casos sobresalientes son aquéllos en los cuales el ofrecimiento resulta rechazado. Reitera también, haciendo referencia a distintas investigaciones en las cuales se rechazaron o aceptaron garantías, que,

77 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, revista *Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003, pág. 100.

78 CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2003, págs. 83-84.

“los cánones establecidos por la SIC sólo tienen en cuenta criterios procesales y de suficiencia del ofrecimiento en términos de no continuar realizando la práctica, mas no tienen en cuenta otros igualmente importantes, como puede ser la dimensión del caso o las consecuencias generadas en el mercado. Esto permite que casos de dimensión considerable o de impacto en el mercado terminen así como así, sencillamente y sin mayores consecuencias”⁷⁹.

De igual forma asevera el doctor CORTÁZAR, que pese a la benignidad de las sanciones en Colombia, los infractores cuentan con una salida a éstas, como lo es el ofrecimiento de garantías; generando así un “desbalance de la ecuación costo beneficio de una conducta anticompetitiva y su favorabilidad para los intereses de la empresa que ejecuta la conducta censurada”⁸⁰.

Concluye el doctor CORTÁZAR que en los escasos riesgos que corren las empresas de ser sancionadas por la práctica de conductas anticompetitivas, termina por ser un aliciente para las mismas para obtener significativos beneficios económicos, a bajos costos, pero deteriorando en demasía el mercado.

A la crítica del doctor CORTÁZAR hacia la terminación de investigaciones a través del ofrecimiento de garantías, se suma la posición expuesta por la revista *Dinero*, la cual en tiempos incipientes del desarrollo jurídico en el tema de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, el año de 1996, se lanzó en ristre contra este instrumento en un artículo cuyo título “Cómo competir sin ser multado”, describe desde el comienzo del artículo la total oposición contra la figura. El artículo habla de la terminación de la investigación con un tinte de extremada benevolencia por parte de la Superintendencia, en términos tales como:

“Si la empresa se arrepiente y le promete a la Superintendencia que no lo vuelve a hacer la investigación termina y no se impone ninguna multa, sin que por ello se considere que la empresa haya violado las normas de promoción de las competencias”⁸¹.

Y termina por concluir la publicación acusando a la Superintendencia de guardar silencio frente a las flagrantes violaciones que las empresas y el mismo gobierno puedan realizar.

79 CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2003, págs 87.

80 CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 88.

81 Revista *Dinero*, n° 24, “Cómo competir sin ser multado”, abril de 1996, pág. 120.

De igual forma la mencionada publicación reitera el hecho de que la gran mayoría de las investigaciones terminen con el uso de esta figura, por lo cual temen que este instrumento termine por,

“convertirse en una puerta abierta para realizar prácticas contrarias al libre competencia”⁸².

3. UNA PERSPECTIVA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Una, si no la principal, de las tareas del análisis económico del derecho es analizar el papel de las instituciones jurídicas desde el punto de vista de la eficiencia económica; esto es, en palabras menos técnicas como lo sugiere POLLINSKY⁸³, determinar la relación entre los beneficios agregados que produce una situación y los costos agregados de la misma. La economía enseña que el nivel de eficiencia se logra en el punto donde el costo marginal, esto es el costo de la última unidad producida, es igual al beneficio marginal, que es el beneficio que se obtiene con la última unidad producida⁸⁴. Al fondo, lo que la economía intenta evitar es el desperdicio de los recursos escasos; pero si ello no es posible, entonces la tarea perseguida es la minimización de ese desperdicio como un segundo mejor resultado posible.

Un poco más difícil en el entendimiento, ha sido la tarea de conciliar la meta de eficiencia económica con la de equidad o justicia distributiva. Por lo general dichas metas han sido vistas como excluyentes. El problema de hallar un punto de encuentro entre estos dos fines aún no ha sido resuelto del todo; sin embargo, existe algún consenso básico y es que, en el diseño del derecho, algunas veces es mejor sacrificar eficiencia por equidad y viceversa. Intuitivamente, cuando los problemas que resultan de una mejor distribución hacen que la reclamación de derechos sea larga y dispendiosa o imposible (en todos los casos costosa) es mejor sacrificar algo de equidad para impregnar eficiencia con el objeto de que la norma cumpla su fin y que lo haga al menor costo posible. Al contrario, si una mejor distribución de derechos

82 Revista *Dinero*, n° 24, “Cómo competir sin ser multado”, abril de 1996, pág. 120.

83 POLLINSKY, M., *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, 3a edición, 2003, pág. 7.

84 Conviene recordar que existen dos criterios de eficiencia que con frecuencia utilizamos: la eficiencia de PARETO u óptimo de PARETO y el criterio de KALDOR HICKS. Se dice que una situación es eficiente en el sentido de PARETO si no hay un cambio posible en el que al menos una persona mejore sin que ninguna otra se vea empeorada en su situación. Otro criterio de eficiencia se conoce como mejora potencial en términos de Pareto o criterio de KALDOR HICKS. Dicho criterio establece que es eficiente cambiar de una situación a otra siempre que los que ganen, ganen más de lo que pierdan los que pierdan de modo tal los ganadores pueden compensar *potencialmente* a los que pierden y aun así obtener un excedente. Nótese que nos referimos a una compensación potencial, no a una real.

puede ser alcanzada sin afectar el hecho de que la norma cumpla su fin (es decir, sin apenas costos relevantes), se debe afectar eficiencia en pos de equidad. La conclusión salta a la vista, la asignación de derechos no es el único punto fundamental en el diseño de las normas; si los derechos no se tornan efectivos, cualquier asignación por clara que sea, no producirá los efectos plenos que se buscan con su estipulación; por tanto, mayores costos surgirán. En general: un agente racional incurrirá en gastos para obtener el derecho hasta el punto en que el costo de reivindicar el derecho sea igual al beneficio que trae su disfrute. Si los costos son altos en relación con los beneficios, los agentes prefieren abandonar sus derechos aunque paradójicamente ellos sean los que más los valúen. Ello conlleva una pérdida económica no sólo para el agente sino para la sociedad en su conjunto. Como se observa, tanto la eficacia como la eficiencia son elementos necesarios para el mantenimiento de un sistema de derechos. La medida en que ambas deban relacionarse depende del derecho a asignar y de los recursos que se asignen tanto para su protección como para su cumplimiento⁸⁵.

Cuando se establece una asignación de derechos sobre bienes comunes, puede que dicha asignación lleve a resultados ineficientes. Para ilustrarlo es muy común en la teoría económica utilizar la “tragedia de los comunes”, la cual nos muestra cómo un recurso colectivo puede ser utilizado abusivamente llevando a resultados ineficientes⁸⁶. JACKSON (1986) nos lo muestra de la siguiente manera:

“Suponga que existe un gran lago de propiedad comunal donde existe un cierto número de peces, del cual usted es el único dueño. Como dueño usted es el único que puede pescar y no existe restricciones sobre cuánto puede pescar (al fin y al cabo es su lago). Así que usted decide cuántos peces pescar. Suponga que usted decide pescar todos los peces del lago de modo que vendiendo su pesca obtiene \$100.000. Si usted hace eso, no habrá pescado para el año entrante y los siguientes. Tal vez sería mejor intentar maximizar su beneficio derivado de la pesca; por ello, usted decidiría pescar una cantidad limitada de peces este año y dejaría los demás para que se reproduzcan asegurando así que tenga peces que pescar en los años subsiguientes. Asuma que por obrar de esta forma logra obtener una renta perpetua de \$50.000 anuales, que equivale a un valor presente de

85 El teorema de COASE nos señala el principio de negociación libre y voluntaria que lleva al intercambio eficiente cuando el derecho es asignado claramente y no existen costos de transacción. Así el derecho pasa de la parte que lo valúa menos a aquella que lo valúa más. La afirmación realizada se basa en el relajamiento del supuesto de cero costos de transacción. Parodiando a COOTER (1988) ante la presencia de altos costos de transacción, no importa cómo la ley asigne el derecho, el resultado ineficiente estará dado. Por ello, es necesario que la ley no sólo defina claramente los derechos sino que elimine o minimice los costos de transacción de tal manera que los derechos puedan ser “fácilmente” reivindicados.

86 Véase: BELL, FREDERICK W., “Mitigating the Tragedy of The Commons” en *Southern Economic Journal*, 52, 1986, págs. 653-664; HARDIN, GARRET, “The tragedy of the Commons” en *Science*, 162, 1968, págs. 1243-1248; GORDON, H. SCOTT, “The Economic Theory of a Common-Property Resource: the Fishery”, en *The Journal of Political Economy*, vol. 62, n° 2, abril, 1954, págs. 124-142.

\$500.000. desde que, manteniendo lo demás constante, obtener un valor presente de \$500.000 es mejor que obtener \$100.000, usted, como único dueño, limitará su pesca en la forma señalada a menos que algún otro factor le obligue a actuar de otra forma”.

“Pero, ¿qué sucede si usted no es el único que puede pescar en el lago? Suponga que ahora son 100 los que pueden hacerlo. La solución óptima no cambia, es decir, es preferible sacar pescado por un valor de \$50.000 anuales, manteniendo la renta perpetua, que sacar todo el pescado por un valor de \$100.000. Pero en este caso, diferente al en que usted puede controlar su propia conducta, existe un obstáculo para lograr el resultado maximizador. Si hay 100 pescadores, usted no puede estar seguro de que, limitando su pesca, obtendrá más pesca el próximo año; a menos que pueda controlar a los demás pescadores. Usted podría, entonces, tener incentivos para pescar tantos peces como pueda hoy, porque maximizar su pesca inmediata (sacando pescado por \$1.000) es mejor que posponerla (ya que podría quedarse con, por decir algo, \$500). Si usted pospone sólo quedará con los \$500 pero no habrá peces para el próximo año. Esta clase de razonamiento en todos los pescadores hará que el *stock* de peces desaparezca para el fin de la primera temporada y que la posibilidad de repartirse una ganancia, de valor presente de \$500.000, quede reducida a repartirse una ganancia, por una sola vez, de \$100.000”.

Como se observa los incentivos privados hacen que el bien común sea explotado de una manera ineficiente. Una manera de solucionar el problema generado por la tragedia de los comunes es otorgar el recurso en propiedad única. Sin embargo, cuando ello no es posible, porque el recurso es muy vasto o extenso, se hace necesaria la regulación.

En general, cuanto mayor sea el costo que se impone a la sociedad por el uso abusivo de un recurso, mayor es la justificación para la intervención del Estado mediante la regulación. La norma es entonces la encargada de determinar quién tiene derecho y a qué tiene derecho; pero además, se impone la necesidad de que “alguien” vigile el comportamiento de los agentes con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que surgen.

La competencia puede ser vista como un bien común, susceptible de ser utilizada abusivamente mediante conductas anticompetitivas por parte de los participantes en el mercado. Estas conductas impregnan resultados ineficientes para la sociedad. Es por ello necesario regular la conducta de los agentes en el mercado con el fin de permitir una competencia que beneficie tanto al consumidor como a los productores más pequeños.

3.1. Regulación y sanciones

En general, para no perdernos en una compleja definición de lo que significa regulación, podemos, como lo señala DEN HERTO⁸⁷, afirmar que,

“la regulación significa el empleo de instrumentos legales para la implementación de objetivos de política económico-social”.

Una característica de los instrumentos legales es que los individuos pueden ser obligados por el gobierno a cumplir con una conducta prescrita bajo amenaza de sanciones. Las sanciones, para el caso de la empresa, pueden incluir desde multas hasta el cierre del negocio. En el numeral 3.2 nos ocuparemos de este último tema.

Una de las clases de regulación es la denominada regulación de la conducta; ésta es utilizada para regular el comportamiento de los agentes en el mercado. El objetivo central de este tipo de regulación es propender porque los agentes actúen dentro de cierto marco o reglas de juego preestablecidas. Para lograr el objetivo es necesario determinar qué mecanismo es el que mejor encaja para solucionar el problema que se plantea⁸⁸.

Ahora bien, las normas jurídicas crean diversos incentivos sobre los agentes económicos. Algunas normas conllevan un incentivo positivo permitiendo que se logre un mayor bienestar en la sociedad pero otras no; es decir, algunas generan incentivos negativos o al fraude, comportando una pérdida de eficiencia y, como consecuencia directa, una pérdida en el bienestar social. Por tanto, al momento de regular es necesario tener en cuenta cada uno de los efectos que sobre la conducta induce la norma.

Una norma dirigida a corregir un fallo del mercado es por lo general una norma restrictiva de derechos para un sector de la población que genera mayor bienestar en otro sector de la población. Aunque no siempre la norma consigue su resultado, es decir, no logra internalizar la externalidad detectada, o incrementar el nivel de información, o permitir un mayor nivel de competencia, se puede afirmar que la regulación lleva a un mejor estado que el que se disfrutaría en caso de no regularse.

87 DEN HERTO, JOHAN, “*General Theories of Regulation*”, *Encyclopedia of Law and Economics*, editada por ELGAR BACKHAUSS, también disponible en la red, 1999.

88 Sobre el concepto de regulación, aplicado al caso colombiano, véase: MIRANDA L., A; MÁRQUEZ E., C. P. (2004) “Intervención Pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación” en *Universitas 108*. Pontificia Universidad Javeriana. Pp. 71 – 117;

En el caso del derecho de la competencia se asume que la restricción de derechos a los productores mejora el bienestar de los consumidores, toda vez que los primeros no pueden abusar de su derecho a la competencia.

La norma restrictiva o prohibitiva para que condicione la conducta de los agentes económicos debe contener un efecto disuasorio real. Dicho efecto puede ser logrado por una sanción económica, como la multa a título de castigo. Para acercarnos al problema económico que se vislumbra, supongamos que hay dos empresas en el mercado, las que deben observar las leyes 'justas' de competencia; sin embargo, supongamos adicionalmente, que la sociedad no tiene establecido castigo alguno para el caso en que una empresa se comporte anticompetitivamente en el mercado. La matriz nos da cuenta de la situación:

CUADRO N°1		EMPRESA 2	
		Obra bien	Obra mal
EMPRESA 1	Obra bien	10,10	100, -50
	Obra mal	-50 100	50, 50

Si ambas empresas obran bien, las ganancias para cada una son de 10; pero como no existe un castigo definido por la autoridad, la estrategia dominante para ambas empresas es comportarse anticompetitivamente en el mercado. El resultado se logra aun sin que exista un acuerdo colusorio. Es menester aclarar que ninguna de las dos querrá obrar bien ya que si una lo hace, la otra, al obrar mal, obtiene una ganancia de 100 haciendo incurrir a la primera en una pérdida de 50. En este caso, las empresas que se comportan mal obtendrán una ganancia mayor en relación con la que obtendrían si observaran las normas establecidas.

Para explicar mejor el cuadro 1, tengamos en cuenta que los costos o beneficios explícitos en él son los costos y beneficios privados de las empresas participantes en el mercado. Nótese que los beneficios privados son positivos incluso en el evento en que las empresas se comporten bien siempre que haya cooperación; sin embargo, la posibilidad de obrar mal hace que los beneficios privados se incrementen notablemente. En nuestro juego, las empresas que se comportan mal obtienen el mismo beneficio privado; ello puede o no ser real, de acuerdo con las condiciones y la fuerza que en el mercado tenga cada una de ellas; sin embargo lo que se sugiere, más al fondo, es que si existe un beneficio privado mayor por el hecho de que las empresas se comporten mal, las empresas, *ceteris paribus*, se comportarán mal en el mercado. Por otro lado: ese beneficio privado adicional alguien lo está asumiendo como costo y no necesariamente dicho costo se encuentra en cabeza de los demás competidores en el mercado por pequeña que sea su cuota.

De esta forma, la falta de castigo hace que las empresas se comporten, como maximizadoras de su beneficio, de una manera anticompetitiva. Es por ello que surge la necesidad de castigo como medio para disuadir a las empresas de malos comportamientos en el mercado. Así, el que infringe la norma obtiene su castigo. Sin embargo, la mención del castigo, por demás, no funciona si no existe una probabilidad de castigo que disuada al agente de romper la regla establecida. De esta manera tendríamos que el agente económico racional, para quebrantar la norma que le prohíbe realizar una determinada conducta, observará los costos y beneficios esperados y sólo actuará cuando los beneficios esperados de romper la regla sean mayores a los costes asociados de romperla.

3.2. La sanción óptima

La sanción óptima implica imponer un castigo eficiente, es decir, *ceteris paribus*, uno que iguale en magnitud el beneficio que espera obtener el productor por el hecho de incurrir en una conducta anticompetitiva, de modo tal que no exista una ganancia neta. Para ello, en primer lugar, se tiene la necesidad de determinar cuál es el beneficio que obtendría el productor por la conducta anticompetitiva.

Asumamos que una conducta anticompetitiva otorga a la empresa un beneficio; por simplicidad asumamos que el beneficio que obtendrá la empresa es un aumento del precio sobre el costo marginal⁸⁹. Por tanto, una empresa al incurrir en una conducta anticompetitiva intentará obtener el máximo beneficio (la mayor diferencia entre el precio y el costo) en relación con la función de demanda del mercado⁹⁰.

$$\underset{p}{\text{Max}}(P - C)d(p) \quad [1]^{91}$$

Desde luego, la empresa sabe que su decisión de maximización se encuentra sometida a la restricción impuesta por los compradores, que se asumen competitivos;

89 En el modelo de competencia perfecta sabemos que las empresas son precio aceptantes, ello quiere decir que el precio es el ingreso medio y el ingreso marginal del productor: $P=IMe=IM$. Una empresa eficiente entonces producirá el nivel de producción donde su costo marginal es igual al precio: $P=CM=IME=IM$. Relajando el modelo de competencia perfecta, para nuestros efectos, asumimos que la empresa que puede beneficiarse de una conducta anticompetitiva es aquella que tiene un poder relativo de mercado, por tanto aunque su curva de demanda es elástica no es infinitamente elástica, es decir, tiene pendiente negativa. Este poder relativo implica que pueden cobrar un precio por encima de su costo marginal: $P > CM$.

90 Asumimos que el costo es igual al costo medio y al costo marginal: $C=CMe=Cm$.

91 Para el desarrollo del presente trabajo nos hemos basado en el modelo de SALANT (1987). Una pequeña explicación se encuentra en la nota a pie de página 87.

por tanto, la decisión óptima de compra de estos últimos estará de acuerdo a su propia maximización del beneficio⁹². Denominaremos entonces M a la ecuación [1], en el entendido de que se encuentra sometida a la restricción señalada.

Sin embargo, el mercado está observando y en cualquier momento algún competidor o el consumidor pueden advertir el hecho de que es la conducta anticompetitiva la que le está dando un mayor margen de ganancias. Supongamos que es un competidor en el mercado quien tiene conocimiento de la conducta anticompetitiva y que existe un órgano encargado de comprobar y sancionar dichas conductas, denominado la Superintendencia. La empresa que resulta perjudicada por la acción anticompetitiva podría denunciar la conducta ante la Superintendencia. Si la investigación se culmina, y la empresa investigada es responsable, debería pagar una sanción S .

En un mundo ideal donde la probabilidad δ de sanción fuera de 100% ($\delta=1$) y no existiesen costos de transacción, el valor esperado de la sanción es equivalente al valor de la sanción. Recuérdese que la diferencia entre el precio p y el costo c es el beneficio que espera obtener la empresa.

$$S = \pi(p - c)d \quad [2]$$

Sin embargo, en nuestro mundo, y particularmente en nuestro ambiente, la probabilidad δ de que la empresa sea sancionada es menor a 1 ($\delta < 1$). Por tanto, la sanción esperada disminuye a medida que se reduce la probabilidad de sanción

El hecho de que la probabilidad de castigo sea menor a 1 implica que en determinadas situaciones el castigo no iguala los beneficios obtenidos por la empresa. Por tanto, a nuestros efectos, la sanción óptima no sólo depende de la probabilidad efectiva de la sanción sino de un valor monetario que induzca un efecto disuasorio en cada distribución de probabilidad haciendo que la empresa resulte siempre sancionada por un valor igual al beneficio que obtendría en caso de incurrir en la conducta anticompetitiva. Una posible forma para lograr dicho cometido es imponer una sanción más alta, por ejemplo, un número n veces el valor del beneficio obtenido. De esta forma la sanción óptima S^* es igual a:

$$S^* = \pi * n(p - c)d \quad [3]$$

92 El comprador, en ausencia de regulación de la competencia, asumirá el precio como dado y comprará la cantidad que resulte de igualar el valor de su producto marginal con el precio.

Una norma que incorpora la sanción óptima disuade perfectamente una conducta anticompetitiva por cuanto elimina los potenciales beneficios que obtendría una empresa al incurrir en una de esas conductas. Con ello llegamos a un resultado que queremos expresar de manera muy simple⁹³, pero que incorpora la idea general, por las razones ya explicadas:

$$S^* = M \quad [4]$$

De esta manera, el agente no estará en mejor posición que la que tendría en caso de no incurrir en la conducta anticompetitiva.

Por último, es necesario tener en cuenta que la probabilidad de sanción efectiva es una función de los costos en que incurre el Estado para la vigilancia, el monitoreo, el procedimiento, etc. En general a mayores gastos del Estado en estos rubros, mayor es la probabilidad de sanción efectiva. Desde la perspectiva del productor, éste internaliza la probabilidad de sanción con la observación que hace sobre la actividad estatal en general. Así, una gran cantidad de procesos sancionatorios abiertos y una alta tasa de sanciones impuestas hacen que el productor tenga apenas incentivos para iniciar una acción anticompetitiva.

3.3. La norma analizada

Una vez determinada la sanción óptima, nuestra tarea consiste en indagar los efectos económicos que produce la norma objeto de análisis. Dicha norma otorga al

93 Las leyes SHERMAN y CLAYTON de los Estados Unidos incorporaron la posibilidad de que los particulares puedan demandar a las empresas cuando existe confabulación permitiendo que dichos demandante recuperen el triple de los daños alegados. Un modelo propuesto por SALANT (1987) como réplica al modelo sugerido por BLOCK, NOLD y SYDAK (1981) nos permite observar importantes consecuencias sobre el efecto de la norma.

El modelo parte de la base de que la empresa o el cártel, maximizador de su beneficio, incorpora en su función el valor esperado del pago de perjuicios. El resultado es que la empresa asume dicho valor esperado como un impuesto, en la siguiente forma:

$$\text{Max}_p [1 - \pi * n] (p - c) x(p)$$

Suponiendo beneficios económicos nulos, la probabilidad de ser sancionada vendría multiplicada por un número n de 3, de acuerdo a la norma norteamericana; si la probabilidad δ y el número de veces del beneficio obtenido es lo suficientemente grande, es decir, si $\delta * n > 1$, de tal manera que $1 - \delta * n < 0$ los beneficios económicos esperados de realizar la conducta anticompetitiva o de fijar el precio como cártel son negativos y, con ello, las empresas no tendrán incentivos para incurrir en dichas conductas. El modelo propuesto en este trabajo, aunque mucho más simple, nos permitirá realizar un mejor estudio en relación con la norma analizada.

superintendente de Industria y Comercio, la facultad de terminar las investigaciones, por presuntas violaciones al derecho vigente de la competencia, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se investiga. El superintendente de Industria y Comercio puede imponer multas hasta de dos mil salarios mínimos⁹⁴.

En principio, la racionalidad económica que persigue la norma no es clara en lo absoluto. Algunas teorías pueden plantearse. Por ejemplo:

- a. La norma busca evitar todos los costos inherentes al procedimiento sancionatorio.
- b. La norma busca evitar el costo esperado del mantenimiento de una conducta anticompetitiva durante el tiempo que dure la investigación.
- c. La norma busca minimizar el “error administrativo en la apreciación”⁹⁵ en que pueda incurrir el “juzgador”⁹⁶ dando incentivos para que los investigados de un modo u otro confiesen su actuación sin pagar por ella un castigo efectivo.
- d. La norma busca minimizar el daño social futuro buscando con la amenaza de ejecución de la garantía evitar la repetición de la conducta.

Para abordar el estudio de estas teorías, en primer lugar intentaremos establecer qué clase de relación existe entre la sanción óptima y la garantía suficiente⁹⁷. Una vez determinada dicha relación, abordaremos el estudio de cada una de las teorías presentadas.

94 Decreto 2153 de 1992 artículo 4 numeral 15 “imponer sanciones pecuniarias hasta por equivalente a 2000 salarios mínimos vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto”.

95 Denominamos “error administrativo en la apreciación” al que comete el juzgador al momento de establecer los méritos para abrir una investigación sobre una conducta que aunque parece anticompetitiva, no lo es y que, por tanto, no es susceptible de ser sancionada.

96 Por simplicidad, denominamos juzgador a aquella autoridad que le corresponde adelantar el proceso sancionatorio.

97 Para un mejor estudio del principio de suficiencia de la garantía, véase: CASTILLO CADENA, F., (2004) “Créditos asegurados, derechos no aislados y tasas de interés”, en *Colección del Centro de Estudios en Derecho y Economía, CEDE 1*, Pontificia Universidad Javeriana, págs. 157-193.

3.4. Sanción óptima y garantías

La garantía que consagra la norma analizada tiene como finalidad económica asegurar el cumplimiento de una obligación de no hacer. El garantizado, es decir la empresa que incurrió en conducta anticompetitiva se compromete a suspender o modificar la conducta objeto de investigación o, lo que es lo mismo, a no volver a incurrir en la conducta por la cual se le investiga. Así, cuando el garantizado incumple, la garantía se torna efectiva. En general, la garantía aparece como productora de beneficios cuando las partes no confían entre sí y se requiere cierta forma de seguridad sobre la conducta de un agente.

La garantía impone al garante costos de transacción derivados de la vigilancia y monitoreo en la actividad del garantizado. Cuando el garantizado es el mismo garante⁹⁸, se incurre en otros costos relacionados con la determinación de la idoneidad de la garantía y; además de los costos de vigilancia sobre la actividad del otorgante, se impone costos de vigilancia sobre el *colateral* que sirve de garantía de la obligación adquirida.

La garantía puede operar como un seguro haciendo que los riesgos sean cubiertos por una entidad idónea en lugar de que lo sean por el mismo deudor. Contratar la garantía con una aseguradora es, entonces, un mecanismo para eliminar costos de transacción.

Cuando se garantiza una obligación por medio de una póliza de seguros, el beneficiario se ve favorecido por el ahorro en los costos de transacción relacionados con el monitoreo y la vigilancia sobre el *colateral*. No obstante, en el caso de la suspensión o modificación de actividades anticompetitivas la garantía, mediante una póliza de seguros, no evita los costos de transacción y de vigilancia sobre la actividad del garantizado. Al contrario de lo que puede suceder con otras clases de seguro, en este caso el beneficiario mantendrá el mismo nivel de vigilancia y monitoreo sobre la actividad del garantizado no pudiendo descargar sus obligaciones en la aseguradora⁹⁹.

98 Como por ejemplo, cuando el deudor otorga una garantía real para asegurar el cumplimiento de su obligación.

99 Suponga usted un seguro de crédito. El asegurador A garantiza que, por ejemplo, en caso de que B quiebre o se muera, asume la deuda de B a favor del acreedor C. En este caso, si la aseguradora es, a juicio de C, totalmente fiable. C no incurrirá en costos de vigilancia y monitoreo sobre la actividad de B porque sabe que A, en caso de siniestro de B, responderá íntegramente por la deuda. Lo anterior, como más adelante se verá, no ocurre en el caso de las garantías otorgadas a la sic. La razón se halla en el riesgo moral: puesto que la definición de siniestro no es objetiva (como el caso de la muerte en el seguro de vida, o el incumplimiento en el pago en el seguro de crédito) y, por tanto, se impone una investigación

Para continuar con el análisis es menester señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio, por regla general, acepta como garantía una póliza de seguros expedida por una compañía debidamente habilitada¹⁰⁰. Por tanto, para dar cierta simplicidad al tema, por demás realista, confundiremos la garantía con una póliza de seguros.

Ahora bien, desde el punto de vista económico surge dos problemas con la norma y con la equiparación de la garantía con una póliza de seguros: por un lado se modifica ostensiblemente el valor esperado de la sanción por la práctica anticompetitiva del productor y, por el otro, se incentiva a los demás productores a incurrir en prácticas anticompetitivas.

3.4.1. La modificación del valor de la sanción óptima

Asumamos que la Superintendencia tiene información perfecta en cuanto a la valoración de los beneficios que obtiene una empresa, y que además está en capacidad de imponer siempre la sanción óptima, lo que implica una probabilidad de sanción del 100%¹⁰¹. Asumamos además que la Superintendencia siempre puede cobrar el valor de la sanción óptima, es decir, que en nuestro caso la sanción óptima por cualquier conducta anticompetitiva nunca va a superar un valor equivalente a dos mil salarios mínimos. Dadas las anteriores suposiciones, es claro que ante la amenaza de imposición de una sanción óptima, por parte de la Superintendencia, ninguna empresa se va a comportar anticompetitivamente en el mercado: no tiene incentivos para hacerlo.

previa para determinar si se incurrió en la conducta objeto de garantía, el garantizado puede sentirse asegurado porque nuevamente podrá hacer uso de su derecho de defensa. Ello impone nuevos costos de litigio y, en particular, una gran incertidumbre sobre la ocurrencia del siniestro a ser debatida en el nuevo procedimiento; por tanto el mayor interesado en seguir vigilando la conducta del deudor B, es el acreedor de la garantía C, que en este caso es la Superintendencia. No obstante, lo anterior, el asegurador A también incurrirá en costos de vigilancia y monitoreo con el fin de ajustar las primas cada vez que el riesgo se incrementa.

100 Los resultados preliminares de una investigación sobre garantías en la sic, realizada por alumnos adscritos al Departamento de Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana; investigación cuyo director es CARLOS A. URIBE, señalan que en la gran mayoría de los casos en que se ha otorgado una garantía, ésta consiste en una póliza de seguros. En los otros casos, no existe realmente una garantía sino un compromiso por parte del agente.

101 La ecuación 3, arriba expuesta, nos da el marco para trabajar estos supuestos. Puesto que la probabilidad de sanción es del 100%, la sanción óptima corresponde a una vez el beneficio obtenido por la empresa que incurrió en conducta anticompetitiva.

Relajemos un supuesto. Supongamos ahora que la probabilidad de sanción no es del 100% sino del 50%. Dicha reducción obedece, por ejemplo, a una disminución de los gastos del gobierno en vigilancia y monitoreo de la actividad empresarial. Como arriba lo hemos sugerido, cuando la certeza de la sanción disminuye, es necesario incrementar el nivel de sanción para mantener la sanción óptima. Por tanto, la relación entre la certeza de la sanción y el nivel de la sanción es inversa. En general: a menor nivel de certeza, mayor nivel de sanción.

La pregunta que surge es, manteniendo todo lo demás constante, ¿qué sucede cuando se modifica el valor de la sanción óptima? Intuitivamente, si el valor de la sanción excede los beneficios generados por la conducta anticompetitiva ninguna empresa incurrirá en dicha conducta pues no tienen incentivos para realizarla, toda vez que los beneficios obtenidos sólo servirán para pagar la sanción. Más al fondo, la empresa dejará de realizar conductas aceptadas como competitivas, pero con algún riesgo de verse como anticompetitivas, por la amenaza de la sanción. Ello conlleva una pérdida efectiva de competencia que puede producir perjuicios al mercado.

Si el valor de la sanción es inferior a los beneficios generados por la conducta anticompetitiva, una empresa racional incurrirá en dicha conducta por cuanto su ganancia esperada es menor que el costo esperado de incurrir en dicha conducta. Al margen, un competidor racional incurrirá en la conducta anticompetitiva hasta el punto en el cual el beneficio marginal de incurrir en dicha conducta sea igual a su costo marginal.

Así determinados los efectos que se producen cuando se varía la sanción, a niveles inferiores o superiores del óptimo, podemos entrar a analizar la norma.

Lo primero que hay que señalar es que la norma evita que las empresas internalicen en su función de producción el valor de la sanción óptima. Puesto que las empresas pueden ser beneficiarias del cierre de la investigación cuando a juicio de la Superintendencia brinde suficientes garantías de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga; el efecto disuasorio de la norma no lo otorga el valor de la sanción óptima sino el valor de la “garantía suficiente”. Como ya hemos afirmado, en su gran mayoría, la garantía es una póliza de cumplimiento cuyo valor es residual en relación con el valor de la sanción que comporta la conducta investigada.

Dada la relación entre costos y beneficios que impone la norma, específicamente por la disminución de los costos esperados de incurrir en conductas anticompetitivas, una empresa racional, *ceteris paribus*, incurrirá en dichas conductas hasta el momento en que se de inicio a una investigación. A partir de dicho momento ofrecerá

suspender o modificar la conducta, por la cual se le investiga, brindando la garantía. La razón se halla en que el beneficio obtenido por la empresa que es igual a la sanción óptima, sólo se asume de manera residual, en todo caso, hasta por el valor de la póliza. Para explicarlo en términos matemáticos simples: hemos dicho que:

$$S^* = M \quad [5]$$

Sabemos que el valor de la póliza de cumplimiento o garantía es S^*v , donde v es la tarifa de seguro expresa en términos porcentuales. De ello resulta que la prima, el valor de la póliza, se determina en función de la suma asegurada. Por ello, $0 < v < 1$. Dado lo anterior:

$$S^* > S^*v < M \quad [6]$$

En general a menor valor de v , mayores serán los beneficios que tendrá la empresa por el hecho de incurrir en una conducta anticompetitiva¹⁰². Podría aducirse que la Superintendencia sólo da por terminada la investigación cuando la garantía sea suficiente, pero por lo mismo, puesto que se trata de una garantía, ella no igualará en ocasión alguna el valor de la sanción óptima.

3.4.2. Incentivos a la colusión

Cuando una empresa incurre en una conducta anticompetitiva en el mercado puede pasar dos cosas: la ganancia obtenida es inmediata o, la ganancia obtenida es sucesiva. En general, y es válido para ambos casos, a mayor ganancia obtenida, mayor probabilidad de repetición de la conducta.

El mercado no tiene forma de conocer de antemano la acción que va a realizar la empresa; desde luego no se pueden denunciar hechos que no han ocurrido. Así la empresa decidirá cuándo y cómo incurrir en la conducta anticompetitiva con independencia de los demás productores en cuanto a su reacción. Manteniendo lo demás constante, la sanción esperada se reduce a la probabilidad de ser evidenciado en su conducta por el valor de la póliza de seguros. Ello comporta dos ideas centrales: en primer lugar la empresa racional, con intenciones de obrar anticompetitivamente, no lo hará en cualquier oportunidad; lo hará de forma tal que, sea la ganancia instantánea o sucesiva, se maximice el beneficio y luego, pueda comportarse de acuerdo con las reglas del mercado.

¹⁰² Valores realistas de v se sitúan entre 0 y 0.05; por tanto, los beneficios esperados son grandes en relación con el costo esperado.

En segundo lugar, la conducta anticompetitiva puede comportar pérdidas cuantiosas a los demás competidores; pero también puede comportar ganancias. La ganancia o pérdida que pueda obtener un competidor es una función de los costos de vigilancia y monitoreo en que pueda incurrir para vigilar a los demás participantes del mercado.

En general, un competidor racional, afuera otros supuestos, sólo denunciará ante la Superintendencia una conducta anticompetitiva cuando no pueda replicarla con el mismo éxito que la empresa que incurrió en ella inicialmente. Para ver por qué, supongamos que el competidor puede obtener una pérdida económica por razón de la conducta anticompetitiva por parte de la empresa. Sin embargo, el hecho de dicha pérdida no produce *per se* la necesidad de denunciar la conducta ante la Superintendencia. Antes de hacerlo, observando los buenos resultados del competidor puede decidir imitarle. Por consiguiente, si los beneficios esperados de incurrir en la misma conducta anticompetitiva de la empresa son mayores que el costo esperado de incurrir en dicha conducta más el valor del daño sufrido, el competidor racional imitará dicha conducta y no denunciará el hecho ante la Superintendencia. De esta forma se da inicio a un proceso de colusión implícita en el mercado. Dicha colusión terminará cuando el consumidor o la empresa que invierte menos recursos en vigilancia y monitoreo, descubra la conducta de los demás competidores que se sumaron al juego colusorio y de aviso a la Superintendencia. A partir de dicho momento, todas las empresas se comportarán, de nuevo, en forma competitiva en el mercado y, para garantizar ello, otorgarán la garantía exigida por la Superintendencia. De otra forma: sólo cuando una empresa no logre obtener un beneficio superior al costo esperado más el daño que le han causado, el juego termina, pero la última empresa asume el costo total del daño que le ha sido ocasionado debido a la conducta anticompetitiva. De lo anterior se pueden extractar algunas conclusiones:

- Una empresa imitará a otra que incurra en una conducta anticompetitiva cuando los beneficios esperados son mayores que el costo de la garantía y el daño que le ha sido ocasionado por la empresa que inició en la conducta anticompetitiva.
- Las empresas que no inviertan en vigilancia y monitoreo, además del consumidor, son las que resultan perjudicadas con la conducta de los demás por el simple hecho de no haber entrado a tiempo en el juego colusorio.
- Algunos competidores, y el consumidor, siempre resultarán perjudicados.

Finalmente, puesto que el juego colusorio que se vislumbra, como efecto de la norma que permite otorgar una garantía a cambio de una sanción, tiene probabilidades

de ser detectado, éste tendrá una mayor duración siempre que la diferencia entre el precio y el costo no sea tan alto como para producir quejas inmediatas por parte de los consumidores o productores perjudicados. Además, como lo señaló STIGLER (1968), se debe tener en cuenta que en la medida en que aumente el número de empresas que coluden implícitamente más visible será la colusión, por tanto, mayor será la probabilidad de ser detectada. No obstante, el costo de la colusión dado por el valor de la póliza es demasiado inferior a los beneficios que habrán obtenido hasta la fecha en que sean detectadas las empresas que entraron al juego.

3.5. Análisis de las teorías económicas de la implementación de la norma

3.5.1. El ahorro de costos inherentes al procedimiento sancionatorio

Un argumento que se otorga a favor de las garantías es que permite un ahorro por la disminución de todos los costos de transacción inherentes al procedimiento sancionatorio. Puesto que tanto la empresa investigada como la Superintendencia incurren en costos con ocasión del procedimiento (abogados, investigadores, pruebas, etc.), la negociación permitiría eliminar todos estos costos llegando a un acuerdo eficiente. En este sentido tanto la Superintendencia como la empresa investigada estarán en una mejor posición que la que tendrían en caso de no poder negociar la suspensión o modificación de la conducta investigada. Sin embargo, existe un contra argumento que no permite darle mayor relieve a esta teoría: el daño que se está investigando no es privado, se trata de un daño público.

Tenemos entonces que los costos del procedimiento, por la naturaleza del daño, son necesarios y tienen como finalidad determinar si hay o no lugar a una sanción. Si culminado el procedimiento hay lugar a una sanción es porque existió un daño público que afectó el recurso protegido o porque hubo un “error administrativo de apreciación”. Si no hay lugar a sanción es porque existió un “error administrativo de apreciación” en la determinación inicial de la conducta. Vamos a tener en cuenta ambas posibilidades para determinar las consecuencias económicas que surgen. En este sentido la sanción esperada, a juicio de la empresa, va determinada por la probabilidad de “error administrativo de apreciación”.

Como arriba lo hemos mencionado, el hecho de que la sanción esperada sea diferente a la óptima y equivalga al valor de una póliza de seguros multiplicado por la probabilidad de ser evidenciado en su conducta, hace que las empresas tengan

incentivos para obrar anticompetitivamente en el mercado. Este incentivo negativo implica una probabilidad alta de que se de un mayor número de conductas anticompetitivas en el mercado y que las empresas cuando sean detectadas en su acción, se apresuren a otorgar garantías suficientes para suspender o modificar su conducta, comportándose, a partir de ese momento, competitivamente en el mercado. Dado lo anterior, podría pensarse que las empresas que ofrecen garantías de suspender o modificar la conducta, lo hacen porque han incurrido en una conducta anticompetitiva y ya han obtenido un beneficio que es superior al valor de la póliza. Con esta solución, la empresa no pagará efectivamente por la conducta anticompetitiva en que incurrió; sólo otorgará una garantía de suspensión o modificación de su conducta hacia el futuro. Es evidente el ahorro de costos de procedimiento pero la solución lejos de disuadir las conductas anticompetitivas, las incentiva.

Sin embargo, es errado aceptar que todas las empresas obran u obrarían anticompetitivamente por el hecho de que la sanción esperada sea inferior a la sanción óptima. Para explicarlo variemos el supuesto anterior. Supongamos una empresa que obra competitivamente en el mercado pero que a juicio del juzgador puede estar incurriendo en una conducta anticompetitiva. En una primera etapa, el juzgador, ante los indicios, decide iniciar la correspondiente investigación. La empresa asume la posición inicial del juzgador como un “error administrativo de apreciación”. Ante el comienzo de la investigación la empresa tiene dos posibilidades: atender la investigación o brindar garantía suficiente.

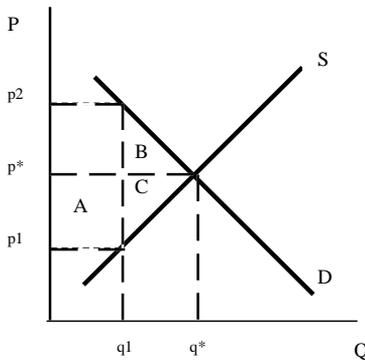
La empresa, si se comporta de manera racional, buscará la opción que le permita minimizar sus costos. Si atiende la investigación incurrirá en los costos del procedimiento; por tanto, el costo total para la empresa es el valor esperado de la sanción (la sanción imponible multiplicada por la probabilidad de sanción) más los costos del procedimiento. Los costos para la empresa son altos si decide atender la investigación.

No obstante, si la empresa considera que el “error administrativo de apreciación” en la determinación inicial es fácilmente desvirtuable, puesto que la probabilidad de castigo tiende a cero, incurrirá en costos de procedimiento porque evitará la sanción. Ahora bien, si la empresa considera que la probabilidad de “error administrativo de apreciación” es alta, la sanción esperada también lo es, por tanto la empresa puede preferir no incurrir en costos de procedimiento dada la certeza del castigo; en su lugar asumirá los costos de negociación de la garantía; los que, por definición, son menores a los costos de procedimiento. En otras palabras, así una empresa haya

obrado de manera competitiva en el mercado, la única opción minimizadora de costos que le queda, dada la alta probabilidad de castigo, es otorgar la garantía¹⁰³.

Por otro lado, defender una conducta considerada competitiva de un protuberante “error administrativo de apreciación” genera pérdidas de eficiencia en el mercado. La razón se halla en que las conductas competitivas permiten a la sociedad beneficiarse con productos de calidad a un precio competitivo. Si desvirtuar “el error administrativo de apreciación” conlleva un proceso costoso y, la empresa decide defender la conducta a pesar de que la solución más barata sea otorgar la garantía, la empresa tendrá que internalizar en su función de costos, los esperados por el “error administrativo de apreciación” más los ocasionados por el procedimiento. Por lo anterior, los productores ofrecerán una menor producción al mercado que la eficiente: el resultado final es una pérdida irrecuperable de eficiencia económica. Desde el lado de la demanda, dada la reducción de la cantidad ofertada, algunos consumidores no podrán disfrutar del producto. La gráfica 1, refleja la situación.

GRÁFICA N° 1



Gráfica 1. Dado que la empresa asume el costo del error administrativo de apreciación, el nivel de producción disminuye de q^* a q_1 . El productor entonces venderá al precio p_1 la cantidad q_1 . En relación con el equilibrio de mercado en competencia perfecta, se produce una pérdida irrecuperable de eficiencia. El productor perderá el triángulo C, como consecuencia del mayor costo de su producto. A su vez el consumidor perderá el triángulo B. La razón se halla en que algunos consumidores son desplazados del Mercado por lo tanto sólo podrán acceder a la cantidad ofertada q_1 que es inferior a q^* .

103 Debemos tener en cuenta que para la economía los costos a los que nos referimos no sólo son los costos contables sino todos los costos que se generan por el acontecimiento incluyendo los costos de oportunidad. En otras palabras, no sólo debemos tomar en cuenta el costo de los honorarios profesionales, la práctica de pruebas, sino, por ejemplo, el tiempo dedicado a la defensa; tiempo que podría ser dedicado a una finalidad más valiosa. Por el otro lado, la imposición de una sanción no sólo implica el valor de la sanción, sino que también conlleva la pérdida de la reputación comercial como el costo del antecedente. En general, en relación con este último, a mayor cantidad de antecedentes en la conducta, mayor probabilidad de apertura de investigaciones en contra de la empresa.

Con lo expuesto anteriormente, tenemos ya algunos argumentos económicos que nos permiten determinar si el ahorro explícito de costos de procedimiento que origina el otorgamiento de garantías es deseable.

En general, los costos de procedimiento son socialmente deseables si ellos llevan a probar conductas que puedan beneficiar a todos los participantes en el mercado: entre más competitivo sea el mercado más bienestar habrá, por tanto, defender conductas que se puedan asumir como competitivas puede considerarse como una actitud necesaria para lograr un mejor estadio de competencia.

La pregunta que surge es si los participantes del mercado tienen incentivos para incurrir en gastos de procedimiento suficientes para defender conductas que se asumen competitivas. Puesto que la sanción esperada es muy baja en relación con la sanción óptima, ello comporta una subvaloración de los costos de procedimiento que son socialmente deseables; costos que además son altos en relación con los costos de negociación de la garantía. Desde que las conductas competitivas conducen a una mayor eficiencia económica y, por tanto, a un beneficio social superior, las empresas debieran gastar más recursos en procedimiento; sin embargo, la subvaloración hace que las empresas se inhiban de defender conductas competitivas que traen mayor eficiencia al mercado debido a los mayores costos que ello conlleva.

El problema surge porque la empresa compara los costos que se ocasionan cuando decide asumir la defensa de la conducta competitiva, calificada erróneamente como anticompetitiva, en relación con los costos que se ocasionan con el otorgamiento de la garantía, que son más bajos, y decide no invertir en los costos de procedimiento que son socialmente deseables. De otra manera, la relación costo-beneficio de la empresa en relación con el procedimiento sancionatorio no internaliza los beneficios sociales que se obtienen cuando no existe inhibición de conductas competitivas por parte de los agentes económicos; por tanto, la empresa incurre en costos de procedimiento muy bajos en relación con los socialmente deseables.

Por lo anterior tenemos que si bien el otorgamiento de garantías induce una reducción en los costos de procedimiento, en caso alguno *per se* ello conlleva eficiencia económica al mercado. La razón se halla en que los productores, sea o no competitiva la conducta investigada, tienen mayores incentivos para otorgar una garantía que para afrontar el procedimiento, evitando de paso cualquier castigo en relación con la conducta objeto de investigación.

3.5.2. La eliminación del costo esperado de la conducta anticompetitiva mientras dura la investigación

La segunda teoría económica nos indica que las garantías son deseables porque eliminan o reducen el costo esperado de la supuesta conducta anticompetitiva, mientras dura la investigación. Si las garantías no existieran, el procedimiento tendría su duración regular y, dada la relación entre costos y beneficios, el agente podría continuar con su conducta anticompetitiva hasta que la Superintendencia se pronunciara de fondo. Como las garantías existen, entonces existe un margen de negociación, entre agente y juzgador, para que la conducta se dé por terminada casi al inicio del procedimiento. Aunque esta teoría pareciera tener algún peso, lo cierto es que las facultades que tiene la Superintendencia ya incluyen la de ordenar, como medida cautelar, la suspensión de las conductas que pueden resultar anticompetitivas al principio de la investigación¹⁰⁴. El hecho de que el superintendente tenga la posibilidad de decretar medidas cautelares, nos lleva a concluir que esta teoría, simplemente, no tiene ninguna base económica o jurídica sobre la cual se pueda sustentar.

En todo caso, es importante señalar que cuando la Superintendencia ordena la suspensión de una conducta que es competitiva, los costos que se imponen son asumidos por la sociedad toda vez que es ella la que pierde los beneficios que otorga un mercado totalmente competitivo.

3.5.3. Incentivos para que los investigados de un modo u otro confiesen su actuación sin pagar por ella un castigo efectivo

Esta teoría está relacionada con la señalada en el numeral 3.5.1. Sin embargo, mostraremos otros efectos de la norma. En primer lugar, desde la teoría del seguro, la norma que autoriza el otorgamiento de garantías ocasiona problemas de selección adversa. En realidad, cuando la empresa investigada otorga garantías suficientes, la Superintendencia no tiene certeza de si esa empresa cometió o no la conducta por la cual se le investiga, simplemente decide la terminación del procedimiento. En el agregado, la Superintendencia no tendrá la suficiente información para determinar qué empresas cometieron una conducta anticompetitiva y qué empresas estaban desarrollando una conducta competitiva tan sólo investigada por “error administrativo de apreciación”. Ello incentiva a que más empresas incurran en conductas

104 Cfr. decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 11.

anticompetitivas, con independencia de su gravedad, porque en el fondo no se sabrá si efectivamente se incurrió en la conducta¹⁰⁵. Además, como lo hemos sustentado, la figura del otorgamiento de garantías puede ser utilizada por aquellas que no han incurrido en una conducta anticompetitiva cuando los costos de procedimiento son más altos que los costos de negociación de la garantía. Lo anterior, hace aún más dificultoso la determinación de qué empresas incurren realmente en conductas anticompetitivas.

Por otro lado, también se hace notorio el problema de riesgo moral: puesto que las empresas expiden una garantía sobre su comportamiento futuro sin pagar por los daños causados realmente, las empresas se sentirán aseguradas e incurrirán en conductas anticompetitivas, sin importar la gravedad que ellas comportan al mercado. En otras palabras, la norma jurídica provee una forma de seguro contra todas las conductas anticompetitivas que se ocasionen antes de que se inicie una investigación. La única restricción formal que tienen dichas empresas es otorgar, en el momento oportuno, la garantía suficiente.

3.5.4. La norma pretende minimizar el daño social futuro buscando, con la amenaza de ejecución de la garantía, evitar la repetición de la conducta

Esta teoría presenta efectos ambiguos. Por un lado, en efecto, la norma permite un cierto nivel de amenaza lo que implica cierto grado de disuasión. Sin embargo, el efecto temporal es limitado por el tiempo durante el cual se otorga la garantía y se cumplen los compromisos. A partir de dicho momento no existe garantía alguna de que la empresa evite incurrir en la conducta.

Ahora bien, son poco claros los efectos del incumplimiento del compromiso afectado con garantía. Para MIRANDA LONDOÑO (2003) el efecto del incumplimiento es el decaimiento del acto que ordenó la terminación del procedimiento¹⁰⁶. Si ello es así, la conducta reiterada sería continuación de la conducta inicialmente investigada, la gravedad de la sanción sería mayor, sin embargo, el valor de la sanción no puede exceder el límite superior señalado por la norma, a pesar del incumplimiento del

105 Como ya lo hemos sugerido, el otorgamiento de garantías no es una declaración expresa de culpabilidad sino una manera de terminación del procedimiento sancionatorio con la condición de que la empresa investigada suspenda o modifique hacia futuro la conducta que se tiene por anticompetitiva.

106 Véase: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, "El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia", en revista Foro del Jurista, Cámara de Comercio de Medellín, 2003.

compromiso. Adicionalmente, para asignar la debida sanción debe culminarse la investigación, lo que comporta incurrir en nuevos costos de procedimiento y, como ya se había señalado anteriormente, incurrir en todos los costos de vigilancia y monitoreo sobre la actividad empresarial del investigado.

Por lo anterior, podemos señalar que en este sentido tampoco encontramos que la norma analizada otorgue mayor eficiencia al sistema de la competencia.

CONCLUSIONES

Conclusiones desde el derecho económico:

- Optar de forma absoluta por la eficiencia y no involucrar grados de justicia y equidad, nos llevaría al mismo tiempo a desechar muchos aportes que tanto la economía puede hacerle al derecho como viceversa.

De esta forma, podemos decir que las garantías puede cumplir una función pertinente en el ordenamiento jurídico, su abuso y constante utilización convierte la excepción en la generalidad y termina por desvirtuar las bondades que la figura carga consigo.

- Las facultades de otorgar garantías sobre conductas terminadas exceden la finalidad de la garantía y tienden más a la arbitrariedad que a la discrecionalidad de las autoridades.
- La SIC debe considerar la realización de instructivos que configuren la estructura de lo que se debe ofrecer como garantías, que evolucionen del respeto por el ordenamiento jurídico a estrategias sectoriales que estimulen la competencia en mercados específicos.

Conclusiones desde el análisis económico del derecho

- Una norma que incorpora la sanción óptima disuade perfectamente una conducta anticompetitiva por cuanto elimina los potenciales beneficios que obtendría una empresa al incurrir en una de esas conductas.
- La norma estudiada no otorga un efecto disuasorio para que los participantes en el mercado eviten realizar conductas anticompetitivas en el mercado. Puesto que las empresas pueden ser beneficiarias del cierre de la investigación cuando a juicio de la Superintendencia brinde suficientes garantías de que suspenderá

o modificará la conducta por la cual se le investiga; el efecto disuasorio de la norma no lo otorga el valor de la sanción óptima sino el valor de la “garantía suficiente”.

- Al incorporar los costos de transacción que hemos denominado “costos de procedimiento” y “costos de negociación”, el análisis nos lleva a concluir que la norma inhibe a las empresas de incurrir en los costos de procedimiento que son socialmente deseables para defender una conducta competitiva.
- La norma, estudiada desde la teoría del seguro, presenta claros problemas de selección adversa y de riesgo moral.
- Son poco claros los efectos del incumplimiento del compromiso afectado con garantía. En general, la norma sugiere una condonación del castigo por el hecho del otorgamiento de la garantía. Si bien es cierto, al momento del otorgamiento de la garantía no se sabe con certeza si hubo o no una conducta anticompetitiva, por lo mismo, el castigo efectivo o la absolución no se da, incentivando con ello nuevas conductas anticompetitivas porque nunca se probará la conducta ilícita.
- Si se decide mantener en el derecho actual la norma que permite el otorgamiento de garantías, un estadio superior se puede lograr si se considera que la conducta que ocasionó el siniestro, es diferente de la conducta inicialmente investigada y, con ello, la sanción esperada sería mayor y tendría un mejor efecto disuasorio.

BIBLIOGRAFÍA

- BACKHAUS, JÜRGEN G., “Towards an ideal economic analysis of a legal problem” en *The Elgar companion to law and economics*, edited by JÜRGEN BACKHAUS, 1999.
- BAJARI, P. et al. “Estimating Dynamic Models of Imperfect Competition”, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 10450, 2004.
- BECKER, G.S., *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- BELL, FREDERICK W., “Mitigating the Tragedy of the Commons” en *Southern Economic Journal* 52, 1976, págs. 653–664.
- BLOCK, M.K. et al. “The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement” en *The journal of political economy*, vol. 89, n° 3, 1981, págs. 429-445.
- CALABRESI, G.; MELANED, M.D., “Property Rights, Liability Rights and Inalienability: One View of the Cathedral” en *Harvard Law Review* 85, 1972.

- CASTILLO CADENA, FERNANDO, “Créditos asegurados, derechos no aislados y tasas de interés” en *Colección del Centro de Estudios en Derecho y Economía, CEDE 1*, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, págs. 157–193.
- COASE, RONALD H., “*The problem of social Cost*” en *Journal of Law and Economics*, 1960, págs. 1-44.
- CORTÁZAR, JAVIER, *Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia, análisis crítico y prospectivo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2003.
- COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, *Derecho y análisis económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- COOTER, R. y ULEN, Th., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.
- DE SEBASTIÁN, LUCAS, *El rey desnudo*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MIGUEL A., *La competencia*, Ed. Alianza, Madrid, 2002.
- GÓMEZ LEYVA, DELIO, “Las prácticas restrictivas de la competencia. Acuerdos y prácticas concertadas”, en *Derecho de la competencia*, Biblioteca Milenio, colección Derecho económico y de los negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998.
- HARDIN, GARRET, “*The Tragedy of the Commons*”, en *Science*, 162, 1968, págs. 1243-1248.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FRANCISCO, *Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JACKSON, THOMAS H., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- KOMESAR, NEIL K., *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. The University Of Chicago Press. Chicago, 1994.
- LUCAS DE LEYSSAC, CLAUDE Y PARLEANI, GILBERT, *Droit du Marche*, Ed. Paris, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- MEZZETTI, LUCA, (coordinador), *Constituzione Economica e Libertà di Concorrenza*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino.
- MICELI, THOMAS J., *Economics of the Law*, Oxford University Press, New York, 1997.
- MILGRON, PAUL y ROBERTS, JOHN, *Economía, gestión y organización de la empresa*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.
- MIRANDA L.A.; MÁRQUEZ E., C.P., “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación”, en *Vniversitas*, 108, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, págs. 71-117.
- MIRANDA L.A.; MÁRQUEZ E., C.P., “El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia”, *Revista Foro del Jurista*, n° 24, Cámara de Comercio de Medellín, 2003.
- MIRANDA L.A.; MÁRQUEZ E., C.P., “*Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados*”, en: *CEDEC III*, Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – Javergraf, 1999.
- MIRANDA L.A.; MÁRQUEZ E., C.P., “*Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*”, en *CEDEC I*, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas – Javergraf, 2ª edición, Bogotá, 1998.
- NEUMAN, MANFRED, *Competition Policy. History, theory and practice*, Edward Elgar Publishing, Massachussetts, 2002.

- PASTOR, SANTOS, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989.
- PICAZO DIEZ, LUIS Y PONCE DE LEÓN, *Instituciones de derecho civil patrimonial*, Ed. Tecnos, 1983.
- PINDYCK, R.S. Y RUBINFELD, D.L., *Microeconomía*, 4ª edición, Prentice Hall, Madrid.
- POLINSKY, MITCHEL, *Introducción al análisis económico del derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.
- POLINSKY, M. Y SHAVELL, S., “*The Optimal Tradeoff Between the Probability and Magnitude of Fines*”, en *American Economy Review*, 69, 1979.
- POSNER, RICHARD A. (1988) “*The Social Cost of Monopoly and Regulation*”, en *Chicago Studies in Political Economy*, edited by GEORGE J. STIGLER, the University of Chicago Press, 1988, págs. 279-300.
- POSNER, RICHARD, *El análisis económico del derecho*, 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.
- RIEM, FABRICE, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*. Paris, Ed L. Harmattan, 2002, pág. 225 y sigs.
- SALANT, STEPHEN W., “*Treble Damage Awards in Private Lawsuits for Price Fixing*” en *Journal of Political Economy*, vol. 95, nº 6, 1987.
- SHAVELL, STEVEN, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap press of Harvard University Press, 2004.
- SHLEIFER, ANDREI, “*Does Competition destroy ethical behavior?*”, en *NBER Working Paper Series*, Working Paper 10269, Cambridge, 2004.
- SELLERS, JAMES M., “*The black market and intellectual property: ¿a potential sherman act section two antitrust defense?*”, en: *Albany Law Journal of Science & Technology*, 2004.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, *Tratado de las cauciones*, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1980.
- STIGLER, GEORGE, *The organization of industry*, Homewood, Ill. Irwin, 1968.
- STIGLITZ, GABRIEL, *Defensa de los consumidores de productos y servicios, daños y contratos*, Buenos Aires, Ediciones La Roca, 2001.
- STIGLITZ, JOSEPH E., *El malestar en la globalización*, Ed. Santillana, 3ª ed., Madrid, 2003.
- TAMAYO, JAVIER, “*La responsabilidad por productos defectuosos y su aseguramiento*”, en *Revista Iberoamericana de Seguros*, nº 12, Bogotá, 1998.
- WEISTMAN, M.L., “*Free access vs. Private property as an alternative systems for managing common property*”, *Journal of Economic Theory* 8, 1974, págs. 225-234.

