

ANUARIO DE
**DERECHO
PRIVADO**

MONOGRAFÍAS

**MAESTRÍA
EN DERECHO
PRIVADO**

04

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES
Directora

ANUARIO DE

DERECHO PRIVADO

04

ISSN 2665-2714

Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.309>

Fecha de publicación: agosto de 2022

Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12, bloque Tm

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 3394949 ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30

de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



El ofrecimiento de garantías en el derecho de la competencia y la necesidad de limitar la discrecionalidad del superintendente de industria y comercio en Colombia

MARÍA ELISA BOHÓRQUEZ CASTILLA*

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.654>

Resumen: El ofrecimiento de garantías en Derecho de la Competencia es una herramienta que en el ordenamiento jurídico colombiano permite a los presuntos infractores del régimen terminar de manera anticipada la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio ha iniciado en su contra. En otros países, como Chile incluso se permite terminar de manera anormal el proceso judicial que se adelanta en contra de quien ha incurrido en prácticas restrictivas de la competencia. Su funcionamiento se enmarca en los fines y objetivos mismos de la protección del interés general del derecho a libre competencia económica como protección de raigambre constitucional. La aceptación o rechazo de las garantías ofrecidas recae en cabeza de quien dirija la Autoridad de Competencia (Juez, Superintendente, Comisionado, entre otros) decisión que como se analizará es totalmente discrecional. Razón por la cual se considera necesario analizar por qué estas decisiones requieren de un mecanismo de un control judicial.

Palabras claves: Derecho de la competencia, prácticas anticompetitivas, discrecionalidad administrativa, ofrecimiento de garantías o compromisos, terminación anticipada del proceso o investigación.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de los Andes. Actualmente funcionaria en la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

mariaelisa.bohorquez@gmail.com

Settlements in colombian competition law and the need to reduce the superintendent of industry and commerce discretion in Colombia

Abstract: Commitments or settlements in antitrust cases is a tool in the Colombian legal system that allows competition authorities to archive in advanced the investigation that the Superintendence of Industry and Commerce has initiated against alleged offenders. In other countries, such as Chile, it is even allowed to terminate in advanced the judicial process against those who have incurred in antitrust conducts. Its operation is framed within the very aims and objectives of the protection of the general interest of the right to free economic competition as a constitutional order. However, the acceptance or rejection of the commitments offered falls on the head of whoever directs the Competition Authority—Judge, Superintendent, Commissioner, among others—a decision that, as will be analyzed, is totally discretionary. Reason why it is necessary to analyze why these decisions require a judicial control mechanism.

Key words: competition law, anticompetitive practices, administrative discretion, settlements, early termination of the process or investigation.

Introducción

La Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia tiene la facultad para iniciar procedimientos sancionatorios por la presunta materialización de comportamientos restrictivos de la libre competencia económica. Estos procedimientos sancionatorios pueden terminar de dos formas. En primer lugar, la investigación puede culminar con una sanción impuesta a los agentes económicos y las personas naturales a quienes se les compruebe que en efecto vulneraron el régimen de libre competencia económica. Y, en segundo lugar, cuando después de la investigación se logra comprobar que no existió la presunta infracción y el proceso administrativo termina sin sanción en una resolución mediante la cual se ordena archivar. No obstante, existe una tercera forma en la que se puede dar por terminado —de manera anticipada— el procedimiento administrativo, esto es a través de la herramienta del ofrecimiento de garantías. Bajo la implementación de esta figura el Superintendente lidera un proceso de corrección de las presuntas conductas anticompetitivas y, por esa vía, renuncia a imponer una sanción y determina si acepta o no ciertas garantías —compromisos— de comportamiento competitivo por parte de los agentes del mercado. En el primer y segundo modelo se despliega el ejercicio puro de la facultad sancionatoria de la administración; una justicia sancionatoria retributiva; en el segundo, por el contrario, estamos ante un modelo de justicia “negociada” cuyo fin fundamental es la corrección del mercado antes de imponer sanciones. A pesar de que las tres maneras relatadas ponen fin a la actuación administrativa iniciada por la Superintendencia son económica y jurídicamente muy dispares.

La figura del ofrecimiento de garantías fue introducida mediante el Decreto 2153 de 1992 (numeral 12 del artículo 4), posteriormente modificada por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011. Bajo este contexto normativo, se le otorgó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante Superintendente) la facultad discrecional de terminar de manera anticipada la actuación administrativa cuando el infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga (artículo 52 de Decreto 2153 de 1992). En el mismo sentido el numeral 3° del artículo 9° del Decreto 4886 de 2011 reafirma la función en comento: “decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia (...)”. Al ser la aceptación de garantías una decisión discrecional y exclusiva del Superintendente le corresponde valorar si el ofrecimiento realizado por los investigados es o no apto para alcanzar los fines dispuestos en la

norma”¹. Circunstancia que se compagina por expresa remisión del inciso final del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 —Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA)— así: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”².

Sobre el particular, la Superintendencia supone el cumplimiento de una serie de criterios cumulativos que, de conformidad con lo estipulado por la Autoridad sirven de guía para determinar si el ofrecimiento realizado por el o los investigados es suficiente para suspender o modificar la conducta investigada. Para el efecto expuesto la Superintendencia ha identificado los siguientes ‘criterios particulares o de pertinencia’³: (i) las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley; (ii) las garantías deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la resolución de apertura; (iii) las garantías deben ser preferiblemente estructurales y, la aceptación debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia. Cada uno de estos criterios se analiza de forma concreta según la conducta restrictiva de la libre competencia que se pretenda suspender o modificar mediante el ofrecimiento de garantías. Razón por la cual los ofrecimientos de garantías deben ser hechos a la medida de cada una de las conductas imputadas en el pliego de cargos.

Aunque la referencia a los criterios particulares o de pertinencia pareciera indicar que la herramienta de las garantías está completamente desarrollada, la realidad es que la construcción de dichos criterios ha recorrido un camino poco pacífico que genera que actualmente se deriven discusiones alrededor del ofrecimiento de garantías con el agravante que dicha construcción de criterios puede ser modificada en cualquier momento por el Superintendente de turno, en la medida que la aceptación o rechazo del ofrecimiento es una decisión discrecional y exclusiva de dicho servidor público.

- 1 Resolución no. 28689 del 16 de junio de 2020, Superintendencia de Industria y Comercio.
- 2 Alfonso Miranda Londoño, “Las garantías como mecanismo de terminación anticipada de las investigaciones administrativas por la presunta violación de las normas de competencia”. *Revista Derecho de Competencia* 10, n.º 10 (enero-diciembre 2014): 23.
- 3 *‘Los criterios particulares o de pertinencia están encaminados a evaluar el esquema de garantías propiamente dicho, para determinar si los ofrecimientos que componen las garantías son o no suficientes para contrastar los posibles efectos negativos de la conducta anticompetitiva objeto de investigación administrativa. Estos criterios que sirven de guía para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente o no para suspender o modificar la conducta investigada’*. Resolución no. 28689 del 16 de junio de 2020, Superintendencia de Industria y Comercio.

El asunto más problemático del ofrecimiento de garantías está relacionado con que la decisión del Superintendente es discrecional, toda vez que es a dicho funcionario a quien le corresponde valorar si el ofrecimiento realizado por los investigados es o no apto para alcanzar los fines dispuestos en la norma. Actualmente el acto por medio del cual se toma la decisión de aceptar o no las garantías es un acto administrativo de trámite y en consecuencia no tiene control jurisdiccional. De manera que, la decisión del Superintendente quedaría excluida de un examen de legalidad. Lo anterior resulta riesgoso, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y apego de las decisiones de la administración a la Constitución y a la ley, en la medida que quien está encargado de ejercer la función de imponer, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas tenga también dentro del marco de su competencia sentar doctrina y casi que establecer parámetros normativos sobre aspectos sustanciales y procesales relacionados con la herramienta del ofrecimiento de garantías.

Así las cosas, la presente investigación pretende resolver dos tipos de objetivos, uno general que se enfocará en resolver de qué manera puede limitarse la discrecionalidad del Superintendente en lo relacionado con la aceptación o no de las garantías. Esta limitación puede ser de dos maneras una que se ha denominado *Ex-ante* en la medida que puede ser necesario que la figura de las garantías sea regulada al detalle a través de la ley o de un decreto y otra, *Ex-post* que se refiere a limitar la discrecionalidad a través del control jurisdiccional de la decisión del Superintendente.

La investigación también pretende alcanzar unos objetivos específicos que se refieren a identificar cómo opera la discrecionalidad administrativa de cara a la facultad del Superintendente para decidir si acepta o no el ofrecimiento de garantías en Colombia, para posteriormente verificar como opera dicha herramienta en países como México y Chile en la medida que en México el ofrecimiento de garantías tiene un tratamiento similar al colombiano y en Chile se tramita ante el juez. Lo anterior con la finalidad de buscar en esas jurisdicciones herramientas que puedan ser importadas al ordenamiento jurídico colombiano para limitar la discrecionalidad del Superintendente y finalmente determinar si es necesario que la decisión mediante la cual se acepta o rechaza el ofrecimiento de garantía debe ser objeto de control judicial o si es necesario que la figura de las garantías sea regulada en cuanto a su concepto, características, requisitos y procedimientos de manera detallada a través de la ley o decreto.

Emprender el cumplimiento de los objetivos señalados implica en una primera parte, abordar la figura de la discrecionalidad administrativa y su incidencia en el derecho de la competencia en Colombia, para posteriormente hacer un estudio del ofrecimiento de garantías como herramienta del derecho de la libre competencia en Colombia, donde se plantearán algunas discusiones y definiciones doctrinales. En este punto surge la necesidad de aclarar que la mayor dificultad en el desarrollo de esta investigación fue la limitada literatura especializada que existe sobre el particular, pues debe recordarse que el presente escrito no se ocupa de hacer una reconstrucción del derecho de la competencia en Colombia ni tampoco de hacer un análisis descriptivo de la figura del ofrecimiento de garantías, aspectos sobre los cuales sí se ha escrito, sino la presente investigación pretende hacer un análisis sobre la discrecionalidad del Superintendente al aceptar o no el ofrecimiento y la necesidad de limitarla bien porque es necesario regular la herramienta o bien porque la decisión debe ser controlable judicialmente. Una vez se haya hecho referencia a las caracterizaciones doctrinales de la figura, por último, será necesario analizar por qué las decisiones del Superintendente relacionada con las garantías pueden generar inseguridad jurídica si su discrecionalidad no es limitada.

En la segunda parte del escrito se hará el estudio de la terminación anticipada como herramienta del régimen de competencia en otras jurisdicciones y en ella se empezará con Colombia, esto es para caracterizar detalladamente la herramienta, ya no desde el punto de vista de la doctrina, sino de la figura misma, un recorrido histórico, con la finalidad de poder compararlo con los otros países a estudiar, México y Chile y en esa medida identificar también ciertos hallazgos presentados por la OCDE.

En la tercera parte del escrito se hará referencia a la necesidad de controlar el acto discrecional del Superintendente en Colombia, mediante el cual decide si acepta o no las garantías ofrecidas por el investigado en la medida que se constatará que efectivamente es necesario que el Superintendente tenga un margen de discrecionalidad para aplicar conceptos jurídicos indeterminados en la búsqueda de la protección y promoción de la competencia a través de la herramienta de las garantías por lo que no sería posible regularla al detalle a través de una ley o decreto, pero sí es necesario limitarla a través del control judicial de la decisión. Demostrarlo implicará estudiar cual es la teoría aplicable para lograr ese control, estudiar de manera rigurosa la naturaleza del acto para entender que no es un acto administrativo de trámite sino de fondo como quiera que debe velar por el cumplimiento de fines estatales y de la protección y promoción de la libre competencia económica o, si es necesario aplicar la teoría del ensanchamiento del radio del control a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

I. La discrecionalidad administrativa y su incidencia en el derecho de la competencia en Colombia

La discrecionalidad administrativa en el derecho de la competencia en Colombia, concretamente en lo que se refiere a la aceptación o rechazo de las garantías ofrecidas en el marco de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, supone referirse al complejo significado de la discrecionalidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico para luego hacer referencia al concepto del ofrecimiento de garantías como herramienta del derecho de la libre competencia en Colombia y finalmente determinar la razón por la cual el Superintendente de Industria y Comercio genera inseguridad jurídica al momento de aceptar o no las garantías ya mencionadas. La razón para afirmar que la decisión del Superintendente puede generar inseguridad jurídica se encuentra en el inciso 6 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y en el numeral 9° del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011. En estas dos normas se le otorga al Superintendente la posibilidad de terminar 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. Por su puesto dicha posibilidad por sí misma no genera inseguridad jurídica, lo hace cuando no tiene ningún tipo de control y entonces se corre el peligro que obedezca a fines distintos a la protección o promoción del derecho de la competencia.

La norma le entregó al Superintendente la facultad “discrecional” de determinar cuándo acepta y cuando rechaza las garantías ofrecidas por el investigado, aceptación de la cual dependerá la terminación anticipada de la investigación.

1. La facultad discrecional administrativa en Colombia

Definir la discrecionalidad en actuaciones administrativas ha sido una tarea difícil para la doctrina y la jurisprudencia. Cuando se hace referencia a una actuación administrativa se hace referencia al ejercicio de la función pública. En esa medida se hace alusión al ejercicio del poder o de prerrogativas de las cuales están investidas las entidades públicas. Lo que significa que de inmediato se genera una desigualdad frente a los administrados, en virtud del cumplimiento de los fines del Estado. Sin embargo, dichas prerrogativas le generan unas cargas a la administración que fungen como contrapesos. Por ejemplo, la motivación del acto administrativo, la sujeción al principio de legalidad y el control jurisdiccional de la actividad de la administración.

El problema surge al confundir las prerrogativas de la administración (por ejemplo, las decisiones denominadas “discrecionales”) con ausencia de regulación legal y como consecuencia de ello, discrecionalidad absoluta⁴. No es posible aceptar tal interpretación, pues asumir dicha posición significa pasar por alto que existe un principio regulador de toda la actividad de la administración, pues las autoridades y las entidades públicas solo pueden hacer lo que la ley les permite, tal y como lo establece el artículo 6° de la Constitución Política: “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁵.

La dificultad atada a la definición de la discrecionalidad está regida por posiciones doctrinales que afirman la inexistencia de la discrecionalidad por considerar que en los actos administrativos la voluntad que se comprende es la de la ley y no la de la administración⁶. Este tipo de posturas consideran que en los actos reglados las entidades públicas no se pueden apartar de ninguna forma del precepto legal. Afirmación con la cual se está de acuerdo en la medida que contrariar el precepto legal genera como consecuencia la configuración de una causal de anulación inmediata de conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

Aunque el sometimiento de las actuaciones de la administración al imperio de la ley supondría el alejamiento de las actuaciones discrecionales, en el caso puesto de presente se habilitó al Superintendente para determinar a su juicio, cuando acepta y cuando no las garantías ofrecidas por el investigado. Se debe entonces hacer un estudio que determine cómo influye en esa decisión que cualquier procedimiento administrativo deba ajustarse a criterios de legalidad para evitar la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y en extremo, la anarquía administrativa. Lo anterior no es una simple preocupación académica, aunque la Constitución recogió dicha obligatoriedad al establecer que las autoridades administrativas deben someter sus actuaciones a la Constitución y a la ley y, actualmente la Ley 1437 de 2011 lo concreta al prever la causal de nulidad prevista en el artículo 137. Queda en el aire la incógnita relacionada con la imposibilidad de controlar jurisdiccionalmente un acto administrativo que no obstante está decidiendo una situación concreta ha sido considerado de trámite, como ocurre con la decisión del Superintendente.

4 Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad Administrativa*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 131.

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-337 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6 Ciro Norberto Güechá Medina, “La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración”. *Revista Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, (2017):26-48.

El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 dispone que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Regla que debería generar suficiente tranquilidad jurídica ante la existencia de potestades como la que ostenta el Superintendente, máxime cuando de esta se desprende la posible terminación anticipada de una investigación administrativa. Circunstancia de la que se desprende un interrogante: ¿qué es lo discrecional? el acto administrativo o la facultad de la administración para proferir o no un acto administrativo.

Al respecto, han surgido varias posiciones doctrinales que vale la pena resaltar. Para Penagos no puede hablarse de actos discrecionales sino de facultades discrecionales u oportunidades para proferir el acto administrativo, de acuerdo con las circunstancias políticas y económicas que más le convinieran a la administración. Siempre de acuerdo con la ley⁷. Por su parte, Güechá Medina no está de acuerdo por considerar que la facultad también tiene que estar reglada, toda vez que al derivarse de la ley se establecen como competencia de la autoridad para actuar. Adicionalmente, Güechá Medina enmarca tanto la facultad para actuar como los actos administrativos dentro del principio de legalidad que determina y condiciona a la autoridad en todo tipo de actuación, inclusive en el momento preciso en que debe actuar. Para este autor, la noción de discrecionalidad desaparece en la medida que el acto administrativo debe ser motivado. Por el contrario, Santofimio considera que no existe una competencia reglada pura, toda vez que en toda actuación de la administración puede haber momentos específicos o no para actuar. Esta posición pone de presente cierto grado de subjetividad y de iniciativa de la administración. Sin perjuicio de lo anterior, ese grado de subjetividad no puede confundirse con arbitrariedad y es allí donde aparece el contra peso del control judicial de tal o cual decisión. Ese contrapeso permite al derecho administrativo alejarse de todo aquello que pueda asemejarse a la voluntad del Rey⁸.

Se destaca que el ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado el acto administrativo como expresión de la voluntad administrativa unilateral, encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general o particular y concreto⁹. Para efectos de

7 Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1992): 103.

8 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II Cuarta Edición, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008): 79 y 80.

9 Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017, Radicación n.º 11001-03-27-000-2013-00007-00. M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

ahondar sobre la facultad discrecional y exclusiva en cabeza del Superintendente determinar si se requiere que: (i) la figura esté regulada —mediante ley o decreto— de manera específica o, (ii) el acto administrativo mediante el cual el Superintendente acepta o rechaza el ofrecimiento sea objeto de control judicial. Razón por la cual se hace necesario diferenciar procedimientos administrativos reglados y no reglados.

En el caso de los procedimientos administrativos reglados Si se cumplen los supuestos normativos y de hecho, además de las ritualidades establecidas al efecto el resultado debe ser la satisfacción de lo pretendido por el administrado. El panorama cambia en lo que tiene que ver con procedimientos administrativos no reglados como el que ocupa la atención de la presente investigación, toda vez que se le da la facultad a la Autoridad y esta, en una libre apreciación de los elementos de juicio o pruebas puede tomar una u otra decisión. Si bien es cierto que la ley habilita a la administración para tomar este tipo de decisiones también es cierto que, la única forma de garantizar lo preceptuado por el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 es el control jurisdiccional. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“[H]ay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre, dentro de los límites que fije la ley de adoptar una u otra decisión; es decir cuando su conducta no está previamente determinada por la ley”¹⁰.

Cuando se hace referencia a que la conducta de la administración debe estar enmarcada dentro de “los límites que fije la ley” debe entenderse que dicha actuación de la administración está sujeta a un control de legalidad y dicho control solo se logra a través del ejercicio de los medios de control dispuestos por la ley, por ejemplo, el de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho. En razón a lo expuesto, de manera preliminar no sería posible hablar de discrecionalidad de la administración sin que exista control judicial sobre dicha decisión.

Por otro lado, se hace necesario revisar qué se ha dicho sobre la discrecionalidad de la administración cuando se trata de desarrollar conceptos jurídicos indeterminados En criterio de la Corte Constitucional¹¹ los criterios indeterminados deben ser evaluados en cada caso concreto. Para su análisis, se han establecido ciertas pautas que deben ser corroboradas, tales como que la indeterminación no puede ser examinada en abstracto sino, siempre debe ser analizada en un contexto

10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

11 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-910 de 2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

específico en el que se enmarque la indeterminación del concepto jurídico. Esto por cuanto deben aplicarse reglas o principios y únicamente en función de dichos postulados se puede llenar el “vacío” del concepto jurídico indeterminado. Adicionalmente, debe examinarse la incidencia que tiene el concepto indeterminado respecto de lo que indican las reglas o principios que puedan ser aplicables. De manera que su construcción no pueda de manera alguna hacerlos desaparecer o restringirlos de manera injustificada. Lo ideal entonces, según lo dice la Corte es que la indeterminación del concepto pueda ser superada y disuelta a partir de los elementos de juicio que ofrece el ordenamiento jurídico y de esa manera se logre identificar y precisar su contenido y su sentido, para encontrar y definir su alcance. Posición esta que permite reforzar la idea que tiene que ver con que la decisión del Superintendente respecto del ofrecimiento de garantías debe ser controlable judicialmente.

Lo desarrollado hasta este momento permite afirmar que no obstante la competencia del Superintendente respecto del ofrecimiento de garantías esta, está legalmente configurada como una competencia esencialmente discrecional en la que están comprometidos unos intereses individuales y colectivos que confluyen al momento de decidir si como consecuencia del ofrecimiento se termina o no una investigación por haber presuntamente contravenido el régimen del derecho de la libre competencia económica lo cual encuentra un límite en la Constitución y la Ley. En este sentido para Schmidt-Assmann, la discrecionalidad administrativa debe entenderse en sentido amplio como una facultad de concreción jurídica de los supuestos de hecho o de las consecuencias jurídicas que siguen de la aplicación de una norma para la consecución de un fin determinado.

2. El ofrecimiento de garantías como herramienta del derecho de la libre competencia en Colombia

El ofrecimiento de garantías como herramienta del régimen de libre competencia económica en Colombia se encuentra regulada en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Esta herramienta introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad para que la Superintendencia terminara de manera anticipada las investigaciones que se iniciaran por la presunta ejecución de prácticas comerciales restrictivas o de competencia desleal. Miranda Londoño define el ofrecimiento de garantías como una herramienta procesal que implica la posibilidad para el investigado, de ofrecerle al Superintendente que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En caso de que el Superintendente considere que las

garantías son suficientes, ordenará la clausura de la investigación sin pronunciarse sobre el fondo del asunto y sin imponer sanciones al investigado¹².

A partir de dicha definición, para Miranda Londoño las garantías ofrecen una doble ventaja. Por un lado, el investigado tiene la oportunidad de obtener la terminación anticipada de la investigación, sin que exista un acto administrativo que defina de fondo si vulneró o no el régimen del derecho de la competencia sin que resulte sancionado y, por otro lado, la Superintendencia obtiene del ofrecimiento de garantías el cumplimiento de la ley sin entrar en el desgaste administrativo y humano que supone adelantar un proceso sancionatorio.

Esta referencia sobre la doble ventaja que pone de presente Miranda Londoño se hace con la única intención de demostrar que al momento de tomar la decisión el Superintendente debe evaluar de qué manera su razonamiento genera concreción jurídica de los supuestos de hecho o de las consecuencias que se derivan de ella, para conseguir en este caso, la protección de la ley de competencia. Lo cual se enmarca en una actividad o un análisis que estaría garantizado si contra esa decisión procediera de manera clara y sin ambages, el control jurisdiccional. Que no exista un control judicial sobre la facultad discrecional del Superintendente puede generar que dicho funcionario decida por sí y ante sí no solo si decide aceptarlas o no las garantías también puede llegar al extremo de inutilizar la figura, como en efecto lo ha señalado la Organización para la Cooperación y desarrollo Económico (en adelante OCDE) al considerar que debía ser una figura más utilizada¹³.

Sobre la figura del ofrecimiento de garantías y su estructura la Superintendencia a partir de sus antecedentes administrativos ha permitido ahondar en el funcionamiento de la misma. A mitad de los años 90¹⁴ no se había realizado desarrollo alguno del mecanismo. Según lo afirman Uribe Piedrahita y Castillo Cadena¹⁵, la evaluación que realizaba la Superintendencia hacía referencia a aceptar el ofrecimiento de garantías y a modo de advertencia conminaba a las investigadas, por ejemplo, a no establecer listas de precios, para evitar un “acuerdo de precios”. En esa medida estos autores consideraron que en un principio la autoridad

12 Alfonso Miranda Londoño, “Reformas Necesarias al Derecho de la Competencia en Colombia” Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, (2018): <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf>

13 Ídem.

14 Por ejemplo, resoluciones número: 843 de 1994, 1139 de 1994, 1573 de 1994, 1336 de 1995, 4374 de 1998.

15 Carlos Andrés Uribe Piedrahita y Fernando Castillo Cadena. “El Otorgamiento de Garantías en el Derecho de la Libre Competencia: Un análisis Jurídico y Económico” Revista Universitas n.º 110 (2005): 225-284

simplemente exigía lo que denominaron una “caución juramentada” y no una garantía propiamente dicha.

Posteriormente, a inicios de los años 2000 la Superintendencia modificó la manera en que debía entenderse el ofrecimiento de garantías en la medida que la figura debía estar acompañada con lo dispuesto por el artículo 65 del Código Civil, esto es, una obligación que asegure otra¹⁶. La evolución consistió en exigir pólizas que garantizaran el cambio de comportamiento lo que significó la imposición de una obligación de conducta. Lo anterior significaría que la Superintendencia ha considerado las garantías en términos de Torrado Franco¹⁷, como un evento procesal en la medida que simplemente se terminaba de manera anticipada el proceso sancionatorio, como compromiso cuando lo que buscaba era la aludida caución juramentada (obligaciones de conducta) o como caución entendida en los términos del Código Civil, exigiendo pólizas de seguro que aseguran el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las investigadas.

La evolución de la figura del ofrecimiento de garantías revela que ni la Autoridad de Competencia ni las disposiciones normativas tales como el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 266 de 2000 (declarado inexecutable) ni tampoco la Ley 1340 de 2009 —al establecer como oportunidad procesal para ofrecer las garantías el término para solicitar y aportar pruebas— han logrado parametrizar las condiciones para otorgarlas. Razón por la cual se podría afirmar que en la actualidad la procedencia o no de las garantías sigue siendo un concepto jurídico indeterminado que el Superintendente define a su arbitrio y según sus propios intereses.

3. Por qué las decisiones adoptadas por el Superintendente al momento de aceptar o negar las garantías ofrecidas en el marco de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, de no ser controlables, imprimen inseguridad jurídica

La realidad que nos muestra este acápite es que no existe un criterio único que permita establecer cuándo una garantía debe considerarse idónea y suficiente para

16 Carlos Andrés Uribe Piedrahita y Fernando Castillo Cadena refieren las resoluciones número: 10005 de 2000, 12855 de 2000, 24206 de 2000 y 44344 de 2001.

17 Eliana Torrado Franco, “El Régimen Sancionatorio y El Otorgamiento de Garantías sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Ley 1340 de 2009”. *Revista de Derecho Privado* n.º 43 (2010): 3-29, <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47473/regimen-sancionatorio-garantias-ley-1340-2009.pdf?sequence=1&msckid=341e7d4bbda011ecbab64ae797f9c28d>

generar la aceptación de esta. En principio, de la normatividad referida tampoco existen limitantes en cuanto a las conductas que pueden estar o no habilitadas para poder ofrecer garantías. La discrecionalidad del Superintendente en lo que respecta a la aceptación o rechazo de las garantías ofrecidas genera una situación de inseguridad jurídica como quiera que no es entendible que en un régimen jurídico donde la autoridad pública está sometida a la Constitución y la ley, como lo es la protección del régimen de libre competencia económica, se permitan cambios estrepitosos y variaciones interpretativas dentro de una actuación administrativa para resolver en uno u otro sentido, un mecanismo que si bien no está absolutamente reglado, sí persigue un fin muy claro y es garantizar el apego de los posibles investigados a la ley y el interés general.

En este orden de ideas la multiplicidad interpretativa que se le ha dado a la figura por parte de los distintos Superintendentes que han ejercido como autoridad máxima de competencia en Colombia, se considera que la discrecionalidad de dicho funcionario sin control judicial genera dificultad absoluta en el ejercicio de sus funciones. Situación que riñe sin lugar a duda con la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es un principio transversal a la estructura y fines del Estado la cual abarca múltiples dimensiones. Supone una garantía de certeza¹⁸ como complemento de otros principios y derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el principio de confianza legítima que, aunque es un principio general en construcción tiene un importante respaldo constitucional y debe inspirarse en la manera en cómo la administración aborda las decisiones, actuaciones, hechos u operaciones para que no sorprendan a los ciudadanos en cómo la administración respeta sus propias decisiones en relación con casos futuros¹⁹. Ante la falta de seguridad jurídica es factible abrir paso cuando menos al desorden social, pero en extremo a la anarquía, al imperio de los intereses personales de los funcionarios ante la confusión de un conocimiento claro de los derechos y obligaciones de un individuo.

Finalmente debe señalarse que, en el derecho de la competencia en Colombia, específicamente en lo que tiene que ver con el ofrecimiento de garantías, la discrecionalidad del Superintendente juega un papel cuando menos riesgoso en la medida que dicha decisión no tiene control alguno y entonces esa facultad de concreción y las consecuencias de sus decisiones quedan a la deriva de manera

18 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

19 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación no. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI). M.P. Enrique de Jesús Gil Botero.

peligrosa si no están armonizadas con el fin de promover y proteger el derecho a la libre competencia económica en Colombia.

A continuación, se procederá a verificar cómo opera el ofrecimiento de garantías en Colombia, Chile y en México con el objetivo de buscar en esas otras dos jurisdicciones herramientas que limiten la discrecionalidad de la autoridad y en ese sentido reducir o eliminar la inseguridad jurídica.

II. La terminación anticipada como herramienta del régimen de competencia en Colombia y otras jurisdicciones

En esta parte de la investigación se realizará un estudio concreto del ofrecimiento de garantías dentro del proceso de investigación que adelanta la Superintendencia por la presunta configuración de prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Adentrarse en el análisis de esta figura implica hacer un recorrido histórico sobre su existencia en Colombia. Entender cómo funciona, cuáles son sus requisitos, características y procedimientos con la finalidad de contrastarla con herramientas similares disponibles en otras jurisdicciones. Y así, obtener conclusiones que permitan hacer un análisis riguroso sobre si la discrecionalidad con la que actúa la Superintendencia, en lo referente a su aceptación o no, debe ser modulada en aras de brindar una garantía de protección más amplia al interés general. En tanto el derecho a la libre competencia es un derecho colectivo o si en vez de ser modulada, lo que se hace necesario es estudiar de qué manera ese amplio margen de discrecionalidad de la administración puede ser controlado para evitar decisiones arbitrarias.

1. Colombia

En el primer capítulo del presente escrito se hizo referencia a los antecedentes de la figura del ofrecimiento de garantías en Colombia. Quedó claro que desde su aparición mediante el Decreto 2153 de 1992 hasta la Ley 1340 de 2009 ha estado en constante evolución y se han generado varias discusiones alrededor de las mismas. Fundamentalmente, en relación con su utilidad y eficacia, discusiones que no pretenden revivirse en esta investigación pero que sirven para demostrar que dada la discrecionalidad con que la administración decide si las acepta o no se ha generado

un riesgo de arbitrariedad en la medida en que dicha decisión no tiene control con fundamento en que el acto mediante el cual se define si el ofrecimiento prospera o no es de trámite y como consecuencia de ello no es susceptible de control judicial.

El amplio margen de discrecionalidad que tiene el Superintendente sobre la decisión relacionada con aceptar o no las garantías genera incertidumbre. Sin embargo, una cosa es que genere incertidumbre y otra muy distinta es que genere inseguridad jurídica. La incertidumbre hace alusión a la falta de seguridad, de confianza o de certeza sobre algo. En esa medida si el ejercicio discrecional del Superintendente implica generar incertidumbre porque en aras de promover y proteger la libre competencia económica este debe evaluar caso por caso, si se configuran los criterios y condiciones para aceptar o no una garantía, en mi opinión es una fuente de incertidumbre aceptable, siempre que exista un contrapeso que le permita al administrado tener seguridad jurídica que le garantice no solo cierto grado de certidumbre sino que le permita ampararse de una medida arbitraria. Esa garantía solo la brinda la posibilidad de acudir al juez para que este ejerza un control de legalidad sobre dicha decisión.

Corroborar esta afirmación implica hacer un breve análisis de la figura en otros países y poder determinar de qué manera funciona la figura del ofrecimiento de garantías y evaluar la posibilidad de encontrar alguna herramienta que permita brindar al investigado mayor seguridad jurídica. No para que la aceptación de las garantías se convierta en un derecho *per se*, sino para que cuando un investigado decida emprender el camino del ofrecimiento de garantías conozca plenamente a qué atenerse, o por lo menos que la autoridad entienda que su decisión debe constar en un motivación clara y suficiente que garantice no solo el derecho de defensa y debido proceso del investigado sino que asegure la protección del interés general en su modalidad de protección de la libre competencia económica.

2. República de Chile

El caso de Chile ofrecerá una perspectiva distinta a la colombiana en lo que respecta a la terminación anticipada de la investigación por ofrecimiento de garantías. En Chile el procedimiento relacionado con la libre competencia es un procedimiento que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo 211, modificado por la Ley No. 19.911 del 14 de noviembre de 2003 y por la Ley No. 20.945 de 2016 (en adelante, DL 211) puede ser de doble naturaleza: uno contencioso y otro de consulta pública.

El Contencioso se estructura a partir de la competencia que tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC o Tribunal) para conocer, resolver y juzgar y el de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE o Fiscalía) para investigar, acusar, fiscalizar o informar. El TDLC tiene una naturaleza jurídica especial en la medida que ejerce a la vez funciones de prevención, corrección y sanción. Esto significa que algunas veces funge como autoridad de consulta²⁰ y otra como verdadera autoridad judicial. Por lo tanto, las decisiones tomadas por el TDLC no son controlables ante la jurisdicción, pues son ejercicio mismo del poder judicial. Para efectos del objetivo del presente escrito se hará referencia únicamente a la función jurisdiccional del Tribunal como quiera que es la función más importante y es en ejercicio de esta que se puede encontrar una figura similar a la del otorgamiento de garantías.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del DL 211, el procedimiento jurisdiccional en Chile es de tipo acusatorio razón por la cual existe la FNE. Lo anterior implica que el TDLC no puede iniciar procesos de oficio relacionados con hechos o actos que atenten contra la libre competencia económica. Es entonces a través de la facultad que se encuentra en cabeza de la FNE —investigar para acusar o archivar— que se inicia el proceso, por un lado, de manera oficiosa y por otro, a través de los particulares que podrán denunciar o demandar al agente económico que consideren se encuentra incurso en una práctica restrictiva de la competencia.

La FNE en ejercicio de sus funciones tiene a disposición una herramienta que bien puede compararse con el ofrecimiento de garantías en Colombia y es la de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones. Sin embargo, dichos acuerdos deben ser aprobados por el TDLC en el marco de un ejercicio de control relacionado con que dicho acuerdo no vulnere la libre competencia económica. De acuerdo con lo previsto en el literal ñ del artículo 39 del DL 211²¹ el Tribunal debe aprobar o rechazar el acuerdo que le presente la Fiscalía en un plazo máximo de 15 días desde la fecha de la audiencia y su decisión solo será recurrible a través de recurso de reposición. Bien sea por el camino de acuerdos extrajudiciales con la FNE o acuerdos judiciales en el marco de la conciliación que adelanta el Tribunal, el acuerdo tiene que ser aprobado por este último.

20 Cuando ejerce como autoridad de consulta o lo que se denomina procedimiento no contencioso regulado en el artículo 31 del Decreto L. 211, puede iniciarse por solicitud de la FNE o de quien tenga interés legítimo y puede generar una de tres tipos de decisiones: Resoluciones, instrucciones de carácter general o informes.

21 Artículo 39 del Decreto Legislativo 211.

Para efectos de comparar la legislación chilena con la figura del ofrecimiento de garantías en Colombia se hace necesario resaltar que una vez el Tribunal corre traslado de la demanda al demandado (cuando el proceso empieza por demanda de un particular) o del requerimiento (cuando el proceso empieza por solicitud de la FNE) el Tribunal puede llamar a las partes a lo que se denomina en el ordenamiento jurídico chileno: “conciliación”. Herramienta con la que cuenta el TDLC para dar por terminada de manera anticipada el proceso judicial en curso. A diferencia del caso colombiano en teoría esta herramienta solo puede ser invocada por el TDLC. Sin embargo, como se expondrá más adelante, ha habido casos en los que se ha permitido a las partes involucradas en el proceso plantearle al Tribunal la necesidad de abrir la posibilidad de conciliar. En el evento de que se logre un acuerdo conciliatorio el TDLC le impartirá su aprobación siempre y cuando este no atente contra la libre competencia. La decisión adoptada por el Tribunal tendrá efectos de cosa juzgada y pondrá fin al proceso de manera anticipada²².

Aunque el artículo 22 del DL 211 no ofrece un desarrollo extenso de la figura de la conciliación en materia de libre competencia, se puede extraer que es una herramienta potestativa de la autoridad judicial ejercerla o no, sin que se haga un desarrollo respecto a los requisitos que el TDLC tendrá en consideración.

La figura de la conciliación en Chile, en el marco del derecho de la competencia, ha generado posturas disímiles. Por ejemplo, el Diputado Domingo Valdés Prieto en su exposición ante la Cámara de Diputados de Chile manifestó:

“Es errado admitir la conciliación, institución que siempre implica una transacción de intereses privados, lo que no se subsana con la prevención de que se la aprobaría siempre que sus términos no atentaran contra la libre competencia, prevención que, de por sí, envolvería un contrasentido en relación con los asuntos de que debe conocer el tribunal”²³.

El fundamento de esta postura encuentra su sustento en que la libre competencia económica hace parte del interés general y por lo tanto sería improcedente permitir un acuerdo al respecto. De otra parte, varios diputados concluyeron que permitir la conciliación respondía a exigencias económicas modernas y que su licitud se garantizaba con la labor del TDLC²⁴ toda vez que, es esta autoridad judicial

22 Artículo 22 del Decreto Legislativo 211.

23 “*Biblioteca Nacional del Congreso de Chile*”, Historia de la Ley 19.111 mediante la cual se crea El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acceso diciembre 16 de 2020, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=217122>.

24 Ídem.

la única con la facultad de hacer el llamado a conciliación. Lo cierto es que la ley en lo concerniente al trámite de la conciliación fue aprobada y no fue objeto de estudio por el Tribunal Constitucional chileno, como quiera que dicho órgano consideró que esa materia no era de las reservadas a una Ley Orgánica Constitucional tal y como consta en la Sentencia del 7 de octubre de 2003 (identificada con el número Rol 391).

De los antecedentes de la norma en comento es necesario señalar que entre los diputados se generó una discusión acerca del recurso que debía proceder contra la decisión de aceptar o no la conciliación así:

“Su inciso primero dispone que de la resolución que apruebe una conciliación podrá apelarse.

La Cámara de Diputados sustituyó, en el segundo trámite, la palabra “apelación” por “nulidad”.

El inciso segundo, relativo a la prueba, faculta al Tribunal para decretar las diligencias probatorias que estime convenientes, en cualquier estado de la causa y aún después de su vista.

El Senado, en tercer trámite constitucional, rechazó la sustitución propuesta por la Cámara de Diputados en el inciso primero.

La Comisión Mixta, como forma y modo de resolver la discrepancia producida entre ambas Cámaras, y en concordancia con lo resuelto respecto del artículo 17 L, como se explicará en su oportunidad, reemplazó, en el inciso primero, la palabra ‘apelación’ por ‘reclamación’²⁵.

La razón de estos cambios de aparente semántica estuvo relacionada con las consecuencias de hablar de recurso de apelación, de nulidad o de un recurso de reclamación, pero más allá de adentrarse en el significado de cada uno de ellos, lo que resulta rescatable es la preocupación del legislador porque la decisión tuviera algún tipo de control, en este caso de jerarquía jurisdiccional.

Aunque en teoría solo el Tribunal puede llamar a conciliación, la realidad ha demostrado que algunas veces son las partes quienes han propuesto la necesidad de abrir la puerta de la conciliación, donde se ventile la pertinencia del acuerdo conciliatorio, por ejemplo, en casos conocidos en Chile como Roles, No. 230-11 de Trendy contra Nestlé y No. 220-11 de Pal contra Lan. De manera específica el TDLC mediante resolución del 19 de abril de 2011, (Rol N° 154-08), reconoció

25 Informe Comisión Mixta Fecha 08 de agosto, 2003. Informe Comisión Mixta en Sesión 23. Legislatura 349.

que fueron las partes quienes promovieron la conciliación (Schmidt Alvear, 2019). Lo anterior demuestra una constante evolución de la figura objeto de análisis, evolución que incluso ha traspasado las fronteras que el mismo legislador impuso como garantía de protección del bien jurídico tutelado, lo cual pone en evidencia que en este tipo de herramientas se hace necesario un amplio margen de maniobra por parte del operador jurídico bien sea autoridad judicial o administrativa.

Tal y como se ha puesto de presente, en el marco de los procesos que se adelantan por la presunta violación al régimen de la libre competencia económica en Chile, las partes no gozan de libertad absoluta para conciliar como sí ocurre en el proceso civil común y corriente. Sobre el particular el TDLC ha manifestado que la libertad de las partes se ve limitada por tratarse de un bien jurídico de interés general y colectivo. Límites que en el caso chileno controla el juez y que incluso tiene un control adicional posterior, como lo es el recurso que procede contra la resolución que decide si aprueba el acuerdo o no²⁶. Esto demuestra la necesidad de imponer contrapesos al amplio margen de maniobra de la autoridad que tiene a su cargo velar por la libre competencia económica.

Por otro lado, se hace necesario hacer referencia a una discusión de importancia absoluta que se da en Chile y es la relacionada con el alcance del papel del TDLC ante la aprobación o no de la conciliación. Lo anterior bajo el entendido que en dicha autoridad convergen funciones jurisdiccionales y otras no contenciosas. Al respecto podría pensarse que cuando simplemente controla que la conciliación no atente contra la libre competencia no está ejerciendo verdadera función jurisdiccional o que debido al alto nivel de control sí lo estaría haciendo.

En mi opinión la diferenciación de funciones que puede ejercer el TDLC se divide únicamente en funciones consultivas en aras de promover y fijar directrices generales de protección de la competencia, pero cuando no está ejerciendo dicha promoción, está ejerciendo directamente su función jurisdiccional y en ese orden de ideas incluso la aprobación del acuerdo conciliatorio es manifestación misma de esta. Al punto que tiene control por el superior jerárquico del Tribunal, esto es, por la Corte Suprema de Justicia Chilena. Esta posición se refuerza mediante el hecho de que el Tribunal puede fijar las bases del acuerdo e incluso puede dirimir controversias entre las partes. La libertad del Tribunal en la estructuración de los acuerdos

26 Antonia Schmidt Alvear, “Acuerdos Conciliatorios en Libre Competencia: ¿Qué debe contemplar un acuerdo conciliatorio para ser aprobado a los ojos del TDLC?: criterios que adopta el TDLC para enfrentar el vacío normativo en materia de acuerdos conciliatorios” (2019): 32, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170897/Acuerdos-conciliatorios-en-libre-competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de conciliación debe necesariamente estar soportada en una habilitación legal para ello, la cual está relacionada estrictamente con la administración de justicia y protección del interés general.

Ese grado de libertad del Tribunal es lo que precisamente puede asemejarse con el grado de discrecionalidad de la autoridad colombiana. Prueba de ello es que los pronunciamientos del Tribunal han sido variados y han ido evolucionando a lo largo del tiempo, oscilando entre casos, donde simplemente ha aceptado los acuerdos hasta algunos donde ha determinado la función de la FNE en los procedimientos tendientes a conciliar tal o cual proceso, los estándares de dichos acuerdos, las obligaciones mínimas con las que deben cumplir las partes respecto del mercado afectado, llegando incluso a señalar cuándo los acuerdos pueden reducir obstáculos a la entrada de competidores o mejorar situaciones competitivas existentes²⁷.

Así las cosas, se puede caracterizar la conciliación de la siguiente manera:

- El llamado a conciliación es facultad restrictiva del TDLC.
- Es discrecional del TDLC determinar su procedencia y pertinencia.
- La facultad es únicamente del TDLC porque está en juego el interés general.
- Debe determinar si la conciliación es o no contraria a la libre competencia económica. Característica que genera, como en Colombia diversas discusiones alrededor del significado de contrariar o no la libre competencia, que no son objeto del presente escrito.
- La decisión del TDLC es recurrible.
- El TDLC puede señalar los compromisos, obligaciones y/o prestaciones que mejoren las condiciones del mercado.

El estudio de la figura que puede asimilarse al ofrecimiento de garantías en Colombia nos demuestra que, no obstante, en Chile se tiene dicha herramienta en el marco de un proceso judicial, también existen amplias discusiones alrededor de los requisitos, características, ponderaciones y alcance del poder de la autoridad, para aceptarlas, proveniente de lo exiguo de la norma que las permite. Adicionalmente se observó que incluso tratándose de una autoridad judicial que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad su decisión es controlable por su superior jerárquico a través del recurso de reclamación.

27 Antonia Schmidt Alvear, “Acuerdos Conciliatorios en Libre Competencia: ¿Qué debe contemplar un acuerdo conciliatorio para ser aprobado a los ojos del TDLC?: criterios que adopta el TDLC para enfrentar el vacío normativo en materia de acuerdos conciliatorios” (2019): 41, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170897/Acuerdos-conciliatorios-en-libre-competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

3. Estados Unidos Mexicanos

En México la Ley Federal de Competencia Económica de 2014 (en adelante, LFCE) es la que dispone en su Capítulo IV los procedimientos de Dispensa y Reducción del importe de multas en su artículo 100. La figura o herramienta asimilable al ofrecimiento de garantías en Colombia está en cabeza de una autoridad administrativa, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, COFECE)²⁸. Al respecto, la ley establece dos posibilidades: (i) terminar la investigación o (ii) acogerse a un sistema de reducción del importe de las multas previstas en la ley, posibilidad que no se encuentra en ninguno de los ordenamientos jurídicos analizados de manera precedente y que difiere de manera categórica de los procedimientos de Inmunidad o Delación (*“liniency programs”*).

La norma también comprende dentro de su marco de acción dos requisitos básicos en el análisis la figura: suspender la práctica reprochada y que la propuesta sea jurídica y económicamente viable e idónea para evitar la práctica reprochable. Nótese que este segundo requisito inmediatamente extiende al caso mexicano las mismas preocupaciones del ordenamiento colombiano y chileno relativos a la procedencia de las medidas ofrecidas.

La Guía de los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas (en adelante la Guía) es el instrumento que orienta a los Agentes Económicos en México, en el procedimiento relativo a la presentación de las solicitudes de dispensa —ofrecimiento de garantías— que sigue la COFECE dentro de una investigación por prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas²⁹. Para efectos del presente escrito se hace necesario señalar los objetivos específicos de dicha guía, así:

“Identificar las actuaciones a seguir dentro de los procedimientos, así como sus plazos máximos de duración; Incluir Información sobre los actos que, dentro de los Procedimientos, deben ser elaborados y emitidos por la Comisión en el ámbito de sus atribuciones con que cuenta la Comisión en materia de Dispensa y Reducción del Importe de Multas, en el ámbito de competencia de la COFECE; Informar a los

28 Artículo 10 de la LFCE.

29 *“Se consideran prácticas monopólicas relativas, las consistentes en cualquier acto, contrato, convenio, procedimiento o combinación que: Encuadre en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 56 de la Ley; Lleve a cabo uno o más Agentes Económicos que individual o conjuntamente tengan poder sustancial en el mismo mercado relevante en que se realiza la práctica, y Tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos (Artículo 54 de la LFCE)”*.

Agentes Económicos las áreas de la Comisión que se encuentran involucradas en los procedimientos; Fomentar la transparencia de la COFECE en materia de Dispensa y Reducción del Importe de Multas”³⁰.

Esta referencia evidencia que en México existe un esfuerzo por brindar a los administrados seguridad jurídica en relación con el funcionamiento de esta herramienta. Si bien no es un derecho objetivo el que esta prospere, tampoco significa que no pueda existir seguridad jurídica que demuestre de alguna manera el interés de la administración por brindar transparencia en su procedimiento. No obstante, el indudable esfuerzo mexicano por brindar transparencia y seguridad jurídica, siguen quedando aspectos que solo pueden ser estudiados y resueltos en ejercicio de la discrecionalidad de la administración cuando esta estudia caso por caso. Lo anterior implica hacer referencia a los elementos que según la Guía podrá tomar en cuenta la COFECE para analizar las medidas propuestas por el Agente Económico —investigado—:

“El Pleno, al momento de analizar el compromiso podrá tomar de manera enunciativa más no limitativa, alguno de los criterios que se enlistan a continuación:

Que el medio propuesto sea **efectivo** para restaurar el proceso de competencia y libre concurrencia; Que el medio propuesto sea **proporcional** al daño que pudiese haber sido generado con la conducta del Agente Económico; Que el medio propuesto no **genere externalidades** negativas que dañen el proceso de libre concurrencia o competencia; Que se provean **medidas necesarias** que permitan a la Comisión un monitoreo de que han cesado las conductas que pudieran bajo ciertas circunstancias dañar el proceso de libre concurrencia o competencia.

Los parámetros antes descritos se emiten para efectos de otorgar mayor predictibilidad de los procesos de decisión, sin embargo, éstos dependerán de la particularidad de cada caso”³¹. (negritas fuera de texto original)

El análisis de los requisitos referidos se realiza en desarrollo de una amplia discrecionalidad por parte del pleno de la Comisión. Ahora bien, como quiera que están relacionados con conceptos amplios y probablemente poco determinados,

30 “COFECE”, Guía 005 de 2015: Guía de los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas, acceso el 13 de octubre de 2020, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia_dispensa_161215.pdf

31 “COFECE”, Guía 005 de 2015: Guía de los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas, Literal B de la Etapa II, acceso el 13 de octubre de 2020, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia_dispensa_161215.pdf.

como lo es el criterio de efectividad, proporcionalidad, generación de externalidades o necesidad de la medida la autoridad tomará una de varias decisiones: (i) declarar improcedente la solicitud, bien porque existe una solicitud previa o bien porque no han transcurrido 5 años desde que obtuvo dicho beneficio; (ii) negar la solicitud; (iii) otorgar la dispensa caso en el cual la COFECE no impone una multa, como tampoco hace referencia a la existencia o grado de participación en la presunta conducta por parte del investigado o; (iv) accede a una reducción del importe de la multa.

El amplio margen de discrecionalidad de la autoridad mexicana se refuerza con un evento de marcada importancia consagrado en el artículo 101, así:

“Artículo 101. Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del escrito al que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, **la Autoridad Investigadora suspenderá la investigación**, podrá prevenir al Agente Económico sujeto a la investigación para que en su caso, en un plazo de cinco días presente las aclaraciones correspondientes y dará vista al denunciante si lo hubiera para que en un plazo adicional de cinco días manifieste lo que a su derecho convenga y en un plazo de diez días presente al Pleno un dictamen con su opinión respecto a la pretensión del Agente Económico solicitante y el expediente de la investigación. La Comisión emitirá la resolución en un plazo de veinte días a partir de que la Autoridad Investigadora le presente su dictamen.

En caso de que el Pleno no acepte la propuesta presentada por el Agente Económico solicitante, **la Comisión emitirá en un plazo de cinco días el acuerdo de reanudación del procedimiento.**” (negrilla fuera de texto original)

Esta norma dispone la suspensión de la investigación, situación que dota a la autoridad de la facultad de reanudarla en caso de que el trámite tendiente a evaluar y eventualmente a aprobar la manifestación del investigado fracase. También es posible deducir que la referencia relativa a que “*la Comisión emitirá la resolución*”, es manifestación clara de un grado amplio de discrecionalidad de la administración, máxime cuando el artículo 102 establece que en la resolución se podrá decretar el otorgamiento de la dispensa o reducción, las medidas para restaurar el proceso de la libre competencia y obligan a que el agente económico acepte de manera expresa la resolución de la Comisión so pena de la reanudación de los procesos de investigación. También limita esta herramienta a que sea una vez cada cinco años. No se observa dentro de las normas relacionadas con los procedimientos de dispensa y reducción de multas que el acto mediante el cual la autoridad tome una decisión sea controlable jurisdiccionalmente.

Así las cosas, se puede caracterizar la conciliación de la siguiente manera:

- Existe alto grado de discrecionalidad por parte de la Autoridad.
- Se debe hacer un estudio sobre la suficiencia de las medidas para restaurar la libre concurrencia y de competencia económica.
- La Autoridad puede solicitar aclaraciones sobre las medidas ofrecidas.
- La posibilidad de acogerse a esta herramienta se puede ejercer una vez cada cinco años.
- La decisión aparentemente no es controlable. Está establecido que una vez se emita la resolución, el investigado cuenta con un plazo de 15 días hábiles para manifestar por escrito la aceptación del acto que impone las medidas aceptadas por la Comisión. A esto se suma que si el investigado no las acepta la investigación se reanuda.

4. Hallazgos generales de las contribuciones presentadas por las Autoridades de Competencia a la OCDE

El ofrecimiento de garantías como mecanismo de terminación anticipada de la investigación por prácticas restrictivas, es una figura que se encuentra inmersa en varias jurisdicciones. A pesar de que la figura varía según el ordenamiento jurídico, para efectos de la presente investigación se busca determinar si la decisión adoptada por las autoridades de competencia está ligada a la discrecionalidad de su superior jerárquico —como en Colombia— o si por el contrario la decisión está expresamente reglada en el marco legal. Lo anterior con el propósito de buscar nuevas herramientas que le impriman mayor seguridad jurídica a la figura del ofrecimiento de garantías en Colombia.

Se hace pertinente traer a la presente investigación las conclusiones a las que llegó la OCDE sobre el análisis de esta figura en múltiples Autoridades de Competencia en junio de 2016—³² y recalcar que la figura del ofrecimiento de garantías tiene un sustento que va más allá de la simple terminación anticipada de la investigación en curso. Para la fecha las Autoridades de Competencia presentaron un aporte mediante el cual explicaron cómo fungía la terminación anticipada en cada uno de sus ordenamientos jurídicos. Preliminarmente, se puede decir que el

32 “OCDE”, Commitment Decisions in Antitrust Case, acceso el 5 de enero de 2021, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf).

ofrecimiento de garantías es una figura que ha tomado relevancia toda vez, que es considerada como una herramienta a través de la cual las Autoridades tienen por objeto y como efecto: (i) promover y proteger la libre competencia, (ii) velar por el interés general, (iii) aplicar el principio de eficiencia, entre otros.

Tal y como se ha podido apreciar a lo largo del presente capítulo la terminación anticipada y la posibilidad para que los investigados presenten garantías o compromisos se encuentra vigente tanto en regímenes de orden administrativo como en regímenes de orden jurisdiccional. Circunstancia que por supuesto pone en evidencia diferencias de orden estructural y formal. Sin embargo, nos adentraremos en las particularidades que la figura trae al Derecho de la Competencia de manera general.

Las garantías son herramientas mediante las cuales la parte investigada se compromete a cumplir determinados condicionamientos en aras de atender las preocupaciones identificadas por la respectiva autoridad. Esta herramienta desde la perspectiva de la OCDE es relativamente nueva, salvo en el caso de Estados Unidos de América en donde la figura tomó vigencia desde 1906.

Dentro de los procedimientos analizados la OCDE identificó como común denominador que las Autoridades de Competencia realizan en primer lugar, un análisis o acercamiento previo a los problemas de competencia en los cuales pueda estar presuntamente inmerso el agente de mercado o las personas naturales. En segundo lugar, exalta el carácter voluntario de la figura respecto a la presentación de compromisos u ofrecimiento de garantías según el cual los investigados buscan remediar y atender las preocupaciones de la Autoridad de la manera más eficiente y congruente posible. Todo lo cual apunta a un mismo objetivo: adoptar compromisos jurídicamente vinculantes sin que la autoridad incurra en el análisis de fondo de la presunta conducta anticompetitiva y en posibles sanciones.

Por otra parte, la OCDE también identificó algunas diferencias en relación con la figura objeto de estudio. En principio, destacó que las Autoridades de Competencia han identificado la figura terminológicamente de manera diferente. Así encontramos referencias como: garantías, compromisos, decreto de consentimiento, orden de consentimiento, entre otros. En el mismo sentido identificó diferencias en cuanto a: (i) requisitos que deben agotar los interesados para presentar los compromisos, (ii) los aspectos y derechos procesales de las partes; (iii) el alcance de la figura respecto de las conductas sobre las cuales procede el ofrecimiento de compromisos; hay autoridades que incluso prevén la posibilidad de presentar compromisos en carteles o acuerdos horizontales —circunstancia que no procede en Chile, México ni Colombia—, (iv) la facultad de imponer sanciones ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos.

Ahora bien, en relación con los beneficios y riesgos que la figura imprime en el marco del funcionamiento del Derecho de la Competencia la OCDE manifestó que, de cara a los intereses de los agentes económicos, personas naturales investigadas e incluso las propias autoridades los beneficios que se identificaron son:

- La figura robustece los principios de economía procesal y de eficiencia, toda vez que la presentación de compromisos o las garantías se realiza en la etapa inicial del proceso. Circunstancia que impacta de manera inmediata en: (i) el tiempo que la autoridad suele invertir en una investigación por prácticas restrictivas; (ii) los costos asociados a la investigación y (iii) la intervención por parte de la autoridad en el mercado presuntamente afectado permite que haya un restablecimiento más rápido y oportuno sin necesidad de incurrir en sanciones.
- La naturaleza de los compromisos presentados por los investigados por lo general comprende medidas innovadoras a las que difícilmente la Autoridad logra llegar en el marco de una investigación. Lo anterior debido a que en el curso del procedimiento la autoridad está enfocada en la prohibición de los comportamientos anticompetitivos y no en flexibilizar las estructuras de mercado o el comportamiento de los agentes hacia modelos en los que se logre generar mayor competitividad. Situación que sí se presenta en la estructuración del ofrecimiento de garantías y compromisos.
- La ausencia de imposición de multas, de cara a los presuntos infractores, puede ser el mayor beneficio que la aceptación de compromisos puede generar en contraposición a una investigación formal por la presunta violación del régimen de competencia.
- La aceptación de los compromisos reduce los posibles daños reputacionales que puedan sufrir los presuntos investigados por la ejecución de conductas anticompetitivas. En contraposición los compromisos brindan publicidad positiva o exposición en los medios, ya que la empresa se percibe como cooperativa y dispuesta a resolver proactivamente un posible problema de competencia.
- Los procedimientos de compromiso más rápidos permiten a las empresas seguir adelante con sus negocios, en lugar de invertir recursos y tiempo en investigaciones antimonopolio largas y onerosas.

Por su parte las desventajas y riesgos asociados con los procedimientos de compromiso son:

- Que las Autoridades adopten un papel regulatorio al momento de aplicar el régimen de protección de la competencia y se enfoquen únicamente en aspectos regulatorios ex ante para cambiar las estructuras del mercado y así modificar la conducta empresarial presuntamente violatoria.
- La posible eliminación del efecto disuasorio que por naturaleza ha tenido la facultad sancionatoria de las Autoridades. La aceptación de compromisos por parte de las autoridades no puede incentivar a la participación en prácticas restrictivas de la competencia.
- La limitada revisión judicial de las decisiones que aceptan los compromisos y ordenan la terminación anticipada de una investigación. Sobre el particular se pueden identificar tres posibles demandantes que podrían impugnar la decisión por la cual se aceptan los compromisos y en consecuencia se pone fin a la investigación: (i) los investigados que han propuesto los compromisos; (ii) los denunciados o demandantes y; (iii) los terceros afectados por la aceptación de los compromisos.
- La disminución o ausencia de seguridad jurídica respecto de la conducta anticompetitiva ejecutada por los investigados. Situación que se evidencia por la naturaleza misma de la figura objeto de análisis, toda vez que una vez son aceptados los compromisos no se analiza de fondo el actuar de los investigados ni su grado de participación. En consecuencia no se generan antecedentes que fujan cómo guía para casos posteriores.
- La relación de proporcionalidad que debe existir entre los compromisos presentados por los investigados y las funciones propias de la Autoridad. La aceptación de compromisos debe estar orientada a atender las preocupaciones advertidas por la Autoridad e incluso a superar las expectativas de esta, todo en aras del interés general que se tiene por objeto hacer prevalecer.

Como resultado del estudio realizado sobre la herramienta del ofrecimiento de garantías en Colombia así como en Chile, México y aquellos pertenecientes a la OCDE se pudo constatar que en estos países existe un elemento común relacionado con el ofrecimiento de garantías, la conciliación (judicial y extra judicial) o la dispensa de sanción: el amplio margen de discrecionalidad que ostenta la autoridad judicial o administrativa para tomar la decisión de aceptarlas y en consecuencia terminar con el proceso sancionatorio por prácticas restrictivas de manera anticipada. Dado que la figura no se encuentra reglada de manera específica en las jurisdicciones objeto de análisis, y que por el contrario se encuentra que las mismas

están comprendidas por múltiples conceptos jurídicos indeterminados, se descarta la posibilidad de limitar la discrecionalidad del Superintendente mediante una herramienta ex-ante y se procederá, entonces a analizar la posibilidad de limitarla mediante el control judicial del acto administrativo que las acepta o rechaza.

III. La necesidad de controlar el acto discrecional del superintendente de industria y comercio en Colombia mediante el cual decide si acepta o no las garantías ofrecidas por el investigado.

La terminación anticipada del proceso sancionatorio o judicial no es un derecho que *per se* le asiste los investigados. Por el contrario es una prerrogativa que tiene la administración para cumplir con uno de sus dos objetivos misionales: promover la libre competencia económica sin tener que acudir a la activación bien sea del aparato jurisdiccional o del ejercicio de la facultad sancionatoria y el procedimiento administrativo que ello conlleva.

La discrecionalidad administrativa lleva consigo consecuencias jurídicas que en el caso del ofrecimiento de garantías se echan de menos, como lo es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha decantado en múltiples providencias³³ que a mayor discrecionalidad de la administración mayor debe ser su carga en la motivación y de control del acto administrativo mediante el cual ejerce dicha potestad.

La presente investigación da cuenta que la doctrina ha sido enfática en que por la dificultad de la caracterización de la figura del ofrecimiento de garantías y por la evolución de los requisitos de fondo que ha implementado la Superintendencia para que el Superintendente decida si las acepta o rechaza las garantías ofrecidas se genera un riesgo que afecta la seguridad jurídica de los administrados, en la medida que no hay ningún grado de certeza como quiera que siempre dependerá del funcionario de turno la decisión que pone fin al trámite del ofrecimiento de garantías. No obstante, en el presente escrito se demuestra que la autoridad con base en la búsqueda del amparo del interés general, protección y promoción de la libre competencia económica en Colombia debe realizar un estudio acucioso del

33 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicado n.º 11001-03-26-000-1995-03074-01. M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

ofrecimiento allegado por los investigados caso por caso del cual se desprenderán de manera independiente las razones por las cuales deben o no ser aceptadas.

Este razonamiento pone de presente varias situaciones:

- (i) el investigado no tiene un derecho subjetivo a que le acepten el ofrecimiento de garantías por el solo hecho de tener una oportunidad para proponerlas;
- (ii) la autoridad administrativa tiene en sus manos un requisito inexorable y es que la garantía ofrecida sea suficiente. Lo que le permitirá a la autoridad diseñar una estructura que garantice la promoción y protección de la libre competencia a la medida del investigado, del mercado presuntamente afectado y el interés general;
- (iii) el ofrecimiento de garantías está ligado a una institución de derecho administrativo general, esto es la discrecionalidad, la cual en mi opinión no ha sido suficientemente estudiada al punto que ni si quiera se ha discutido si el acto administrativo que la decide es controlable judicialmente, pues todas las discusiones que se avizoran al respecto quedan, supuestamente zanjadas al afirmar que dicho acto es de trámite y en consecuencia no tiene control jurisdiccional;
- (iv) la carga de motivación de la administración cuando niega o acepta la garantía debe ser exigente en la medida que debe hacer un estudio caso por caso;
- (v) en la medida que la carga de motivación sea alta, se está protegiendo y garantizando el interés general, pues las decisiones de la administración bajo ningún supuesto pueden ser arbitrarias y adicionalmente quedaría suficientemente justificado que no ejerza potestad sancionatoria;
- (vi) por categorizar el acto administrativo que decide si acepta o no las garantías como de trámite se ha cercenado por completo la posibilidad de controlarlo judicialmente. Situación que acarrea un riesgo no solo de inseguridad jurídica, como se ha señalado por parte de la doctrina, sino de arbitrariedad. cuando la autoridad ejerce discrecionalidad necesita del contrapeso que otorga que el acto sea judicialmente controlable. Por esta razón, en el presente capítulo se reevaluará la naturaleza jurídica del acto jurídico que acepta o niega la garantía ofrecida con el objetivo de demostrar que no es un acto de trámite sino un acto que debe ser objeto de control judicial.

Estas situaciones generan que sea necesario discutir si el acto administrativo que niega o acepta garantías es verdaderamente un acto de trámite como ha sido denominado o es un acto administrativo definitivo susceptible de control judicial. Esto como quiera que el investigado, en el evento que el Superintendente niegue el ofrecimiento realizado el investigado queda irremediabilmente atado a las resultas de un procedimiento administrativo sancionatorio, pero en el evento que las acepta el procedimiento sancionatorio terminaría de manera anticipada y anormal, puede suspenderse dicho procedimiento o darse la terminación anormal del mismo.

Emprender el reto propuesto exige analizar: los actos de trámite y las razones por las cuales no son actos controlables judicialmente; determinar si efectivamente el acto que acepta o no el ofrecimiento de garantías es un acto de trámite y finalmente valorar si para que exista control jurisdiccional del acto que acepta o no las garantías es necesario expandir el radio de acción del control judicial.

1. Los actos administrativos de trámite

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴ los actos de trámite son decisiones que sirven de instrumento a la administración para desarrollar o ejercer función administrativa entendida para los efectos del presente escrito, como la consecución de sus objetivos misionales. La existencia de los actos administrativos de trámite se explica en la medida que forman parte de una secuencia o serie de actividades complejas que sirven a la formación de un acto administrativo que resuelva de fondo el asunto.

Según lo ha explicado el Consejo de Estado los actos de trámite o también llamados preparatorios, no ponen fin a una actuación administrativa. Contribuyen a formar el juicio de quien ha de tomar la decisión o impulsar su terminación y en ese orden de ideas no contienen una decisión sobre el fondo del asunto del que traten, por lo tanto, se ha dicho que no constituyen verdaderos actos administrativos³⁵.

Se podría afirmar entonces que en la medida que el acto administrativo no cree, modifique o extinga en concreto y en término irreversible una situación jurídica

34 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 8 de marzo de 2012. Radicación n.º 44001-23-31-000-2004-00143-01. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

35 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, Radicación n.º 85001-23-31-000-2003-1181-01(AC). M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de octubre de 2004, Radicación n.º 11001-03-24-000-2004-0110-01. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 8 de abril de 2010, Radicación n.º 11001-03-24-000-2004-00334-01. M.P. Rafael E. Estau de Lafont Pianeta.

particular, no es un verdadero acto administrativo de fondo, los cuales, según el Consejo de Estado, son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa o crean una situación jurídica particular³⁶. La Corte Constitucional respecto de los actos de trámite ha dicho lo siguiente:

“No expresan en conjunto la voluntad de la administración, pues simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo y, en la mayoría de los casos, **no crean, definen, modifican o extinguen situaciones jurídicas**”³⁷.

Así las cosas, es posible afirmar que la diferencia entre los actos definitivos y de trámite es que los definitivos crean, modifican o extinguen la situación jurídica concreta y los de trámite preparan a la administración para poder tomar una decisión. Esta diferencia influye directamente en los mecanismos para controlar dichas decisiones. Respecto de la diferencia de los actos definitivos y de trámite el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Los actos definitivos son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación, tal como lo indica el artículo 43 del CPACA, por el contrario, son de trámite, preparatorios o accesorios los que se expiden como parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión o, en palabras de esta Corporación, los que “contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo”³⁸.

Clasificar un acto como de trámite conlleva la consecuencia prevista en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 el cual dispone que “[n]o habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”. Esta norma no solo impide la procedencia de recursos en vía administrativa, también impide el acceso

36 Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia del 26 de marzo de 2009. Expediente no. 1999-0414. M.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-077 de 2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

38 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 22 de octubre de 2009. Radicación n.º 11001-03-28-000-2008-00027-00. M.P. Filemón Jiménez Ochoa.

a la administración de justicia como quiera que solo los actos que ponen fin a un procedimiento administrativo son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³⁹. Sin embargo en decisiones recientes del Consejo de Estado ha considerado que como la manifestación de la administración no creó, extinguió o modificó una determinada relación jurídica, la demanda contra determinado acto, debía ser rechazada en virtud de lo dispuesto por el artículo 169 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que el acto no es susceptible de control judicial⁴⁰. Así las cosas, el requisito fundamental para que se diferencie el acto de trámite del de fondo es que cree, extinga o modifique una determinada relación jurídica. Así las cosas, el requisito fundamental para que se diferencie el acto de trámite del de fondo es que cree, extinga o modifique una determinada relación jurídica.

Sin embargo, el Consejo de Estado desde el año 2014⁴¹ ha incursionado en una nueva vertiente según la cual conforme con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011 y en línea con lo previsto en el artículo 89 de la Constitución Política: “[I]os procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”. Por su parte el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 amplía el objeto de la jurisdicción según lo dicho por el Consejo de Estado, así:

“Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que éste último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas”, aquél hace referencia a “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención al género “actos (...) sujetos al derecho

39 Consejo de Estado, Sección Primera. Auto del 27 de mayo de 2010. Radicación n.º 25000-23-24-000-2009-00045-01. M.P. Rafael E. Ostau de La Font Pianeta.

40 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 25 de febrero de 2021. Radicación n.º 11001-03-26-000-2020-00123-00. M.P. Alberto Montaña Plata.

41 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación n.º 05001-23-33-000-2012-00533-01. Guillermo Vargas Ayala.

administrativo”, más amplio y omnicomprensivo que la categoría empleada por el legislador anterior, es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos”⁴².

Lo anterior significa que existen algunas manifestaciones de la Administración que pueden ser sometidas al control del contencioso y no deben depender únicamente de que sean decisiones que afecten situaciones jurídicas particulares o lo que es lo mismo, que creen, extingan o modifiquen una situación jurídica particular.

Corresponde ahora verificar si el acto que resuelve el ofrecimiento de garantías, es realmente un acto de trámite o si por el contrario existen fundamentos jurídicos para clasificarlos dentro de los actos de fondo y en esa medida será posible considerar que es un acto susceptible de control judicial, o de otro lado, si es necesario aplicar la tesis jurisprudencial referida para afirmar que no obstante el acto es de trámite debe ser susceptible de control judicial en desarrollo de un ensanchamiento del radio de cobertura del control a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. Naturaleza jurídica del acto que niega o acepta las garantías

Para definir la naturaleza jurídica del acto administrativo mediante el cual el Superintendente niega o acepta las garantías es necesario hacer referencia a que dicha herramienta se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Del contenido de dicha norma no es posible establecer si el acto que resuelve el ofrecimiento es de trámite o de fondo. Primero porque no hay mención expresa al asunto y segundo porque es discutible si la decisión del Superintendente crea, extingue o modifica una situación jurídica. Discusión que debe darse con el objetivo de reevaluar la naturaleza jurídica del acto en mención.

La disposición normativa incluida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 fue adicionada por la Ley 1340 de 2009, tal y como se refirió en el capítulo segundo del presente escrito. Esta ley dictó normas en materia de protección de la competencia con el objeto de actualizar la normatividad en materia de protección, para adecuarla a las condiciones de los mercados y en general para cumplir con el deber

42 Ibidem.

constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional, el tenor literal del artículo 1º es el siguiente:

“Artículo 1º. Objeto. (...) **optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.**” (negrillas y subrayas fuera de texto)

Adicionalmente, el artículo 3º de dicha ley dispone que dentro de los propósitos de las actuaciones administrativas de la Superintendencia está el de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Estas dos normas, acompañadas con el mandato constitucional relacionado con la protección del derecho de la competencia —artículos 88, 333 y 336— deben trazar el camino de las decisiones de la Administración. Esto significa que la decisión de la autoridad debe estar limitada por el interés de protección del bien jurídico tutelado que es de interés general y colectivo, debe velar por la restauración de la libre competencia razón por la cual las medidas deben ser suficientes, proporcionales, entre otros. Esto implica que la decisión del Superintendente debe estar cargada de discrecionalidad y en esa medida la motivación de dicha decisión debe ser exigente como quiera que será el criterio del Superintendente el que prime, caso por caso.

Se afirmó también que en la medida que la carga de motivación sea alta, se está protegiendo y garantizando el interés general, pues las decisiones de la administración bajo ningún supuesto pueden ser arbitrarias y adicionalmente quedaría suficientemente justificado que no ejerza potestad sancionatoria.

En este punto la tesis según la cual el acto que decide si acepta o no las garantías ofrecidas debe ser un acto susceptible de control judicial debería saltar a la vista, sin embargo, existe una norma dentro de la Ley 1340 de 2009 que complejiza el asunto. Esto es, el contenido del artículo 20 cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 20. Actos de Trámite. Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas.”

La existencia de esta norma exige reconocer que en una aplicación exegética de la misma no queda más remedio que confirmar que el acto mediante el cual el Superintendente, en Colombia, decide si acepta o no las garantías, es un acto de trámite.

Convencida de que el acto mediante el cual el Superintendente decide si acepta o niega las garantías ofrecidas por el investigado es un acto que cierra definitivamente un ciclo autónomo de la actuación administrativa el cual está claramente definido en la medida que de resultar aprobado termina de manera anticipadamente una investigación por la presunta violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas; que el investigado tiene un término para ofrecerlas y existe construcción mediante antecedentes administrativos sobre las condiciones que se deben verificar para aceptarlas; hay mecanismos para garantizar su cumplimiento, al punto que no hacerlo constituye una infracción autónoma a las normas de protección de la competencia es necesario estudiar lo relativo a la tesis jurisprudencial citada líneas atrás, para ahondar de qué manera podría el acto administrativo referido ser susceptible de control judicial en desarrollo de un ensanchamiento del radio de cobertura del control a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. Control jurisdiccional del acto que niega o acepta las garantías

En este aparte del capítulo se estudiará el fundamento jurídico para afirmar que el acto administrativo que niega o acepta las garantías es un acto de fondo y en consecuencia es susceptible de control judicial. Como se vio con anterioridad el artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 establece que son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación. Esto implica que el nombre del acto administrativo no enmarca en sí mismo su la naturaleza jurídica, razón por la cual es necesario evaluar sus consecuencias y su capacidad de dar por terminada la actuación que se esté surtiendo. A lo anterior se suma que el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 establece que cuando una decisión sea discrecional debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza. Como se ha visto a lo largo del presente escrito, es claro que la decisión del Superintendente es discrecional. En esa medida es necesario estudiar lo relativo al control del ejercicio de las facultades discrecionales de la administración.

Al respecto, Marín Hernández⁴³ manifiesta que la vinculación de las decisiones de la administración a la ley es una característica fundamental de un Estado de Derecho y expresión misma de los derechos y garantías fundamentales.

43 Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad Administrativa* (Bogotá: Universidad Externado, 2013), 495.

Afirmación que no puede ser ignorada por ninguna autoridad administrativa, menos por aquellas que ostentan sistemas especiales sancionatorios como ocurre con la Superintendencia de Industria y Comercio que con fundamento en el artículo 20 de Ley 1340 de 2009.

Intentar reforzar la idea de la procedencia de controlar judicialmente el acto mediante el cual se decide la aprobación o no del ofrecimiento de garantías exige hacer referencia a la definición tradicional de acto administrativo como una manifestación de la voluntad de la administración que genera efectos jurídicos y en consecuencia crea, modifica o extingue derechos a favor o en contra de los intereses de los administrados. De manera que, un análisis simple del acto que acepta o niega las garantías, implicaría concluir que realmente es un acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, en la medida que cierra definitivamente un ciclo autónomo de la actuación administrativa. Ciclo que está claramente definido en la medida que de resultar aprobado; termina anticipadamente una investigación por la presunta violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas; que el investigado tiene un término para ofrecerlas y existe construcción mediante antecedentes administrativos sobre las condiciones que se deben verificar para aceptarlas, que hay mecanismos para garantizar su cumplimiento, al punto que no hacerlo constituye una infracción autónoma a las normas de protección de la competencia.

No obstante, se considera necesario hacer el análisis teniendo en cuenta que como consecuencia del contenido del artículo 20 de Ley 1340 de 2009, el acto es considerado de trámite y en esa medida es necesario afrontar el reto de afirmar que debe ser controlable judicialmente desde la perspectiva de que el sometimiento de la manifestación de la Administración no puede depender únicamente de que aparezca claro que se afecten situaciones jurídicas particulares.

En el caso del acto que niega o acepta las garantías, no solo se afecta una situación particular, tal y como se ha insistido en el presente escrito, sino que se vuelve necesario en la medida que debe existir una garantía de constitucionalidad y legalidad de las decisiones de las autoridades que exista un control, pues como lo ha dicho el Consejo de Estado:

“Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales

reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA)”⁴⁴.

No entender de esta manera la necesidad de controlar jurisdiccionalmente el acto que niega o acepta las garantías implica seguir exponiéndose a un riesgo, esto es, que se configure una inmunidad de la manifestación del Superintendente contenida en el acto (téngase la denominación que se tenga: carta, resolución, comunicación, etc.) frente al poder judicial, sin justificación alguna, pues no puede ser de recibo que se pretenda obviar o resolver la discusión basándose en el argumento de que el acto fue denominado como de trámite, caer en dicha tentación es desconocer que la misma Corte Constitucional⁴⁵ ha señalado que el Estado de Derecho es una técnica de organización política que persigue dentro de sus objetivos, la sujeción de los órganos de poder a la ley.

Respecto de la necesidad de impedir que existan inmunidades jurisdiccionales el Consejo de Estado ha dicho que: “De carecer de una justificación adecuada, el reconocimiento de inmunidades jurisdiccionales resulta incompatible con el ideal del sometimiento pleno de las autoridades al Derecho ínsito en la proclamación del principio Estado de Derecho por el artículo 1º de la Constitución”⁴⁶.

La consideración referida refuerza la afirmación relacionada con que además del argumento relacionado con que el acto que niega o acepta las garantías ofrecidas realmente crea, modifica o extingue una situación jurídica particular, se debe tener en cuenta el hecho de que en pro de brindar una garantía y materialización del propósito del legislador al ampliar el margen de maniobra del juez (artículos 103 y 104 del CPACA) en la medida que puede controlar los actos sujetos al derecho administrativo en la medida que no obstante el acto que niega o acepta las garantías existe en el ordenamiento jurídico colombiano desde 1992, no ha sido valorado de cara a una realidad administrativa que exige dar una discusión sobre el ensanchamiento del ámbito de control judicial de las actuaciones de la Administración y expansión del radio de acción del control judicial, discusión que excede el objetivo de la presente investigación como quiera que lo expuesto es suficiente para reafirmar que el acto del Superintendente debe ser controlable judicialmente,

44 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación n.º 05001-23-33-000-2012-00533-01. Guillermo Vargas Ayala.

45 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

46 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación n.º 05001-23-33-000-2012-00533-01. Guillermo Vargas Ayala.

en aras de garantizar la protección del interés general (promoción y protección de la libre competencia económica) y en esa línea también garantizar que la actividad discrecional se sujete a la ley.

Puede suceder que los más puristas doctrinantes sobre asuntos relacionados con el derecho de la competencia no estén de acuerdo con que sea un juez el que finalmente evalúe si las consideraciones relacionadas por ejemplo con la suficiencia de la garantía ofrecida eran suficientes o no a lo cual habría que responder de la siguiente manera. Proteger el Estado Constitucional y la sujeción de la Administración a la ley supone pagar un precio “confiar a los jueces la última palabra sobre la ley y, en general, sobre la legitimidad de toda norma o decisión”⁴⁷.

Conclusiones

Lo desarrollado en el presente escrito permite afirmar que la competencia del Superintendente respecto del ofrecimiento de garantías está legalmente configurada como una facultad discrecional en la que están comprometidos unos intereses individuales y colectivos que confluyen al momento de decidir si como consecuencia del ofrecimiento se termina o no una investigación por haber presuntamente contravenido el régimen del derecho de la libre competencia económica, lo cual encuentra un límite en la Constitución y la Ley.

La discrecionalidad del Superintendente, sin control alguno, genera una situación de inseguridad jurídica como quiera que en un régimen jurídico donde la autoridad pública está sometida a la Constitución y la ley, frente a un punto de derecho como lo es la protección del régimen de competencia se permitan cambios estrepitosos para resolver en uno u otro sentido. Si bien el mecanismo no está absolutamente reglado, sí persigue un fin muy claro y es garantizar el apego de los posibles investigados a la ley.

Como quiera que no se ha logrado reglar los requisitos de la figura del ofrecimiento de garantías es entendible que la decisión sea discrecional. Sin embargo, dicha prerrogativa debe estar cargada de una motivación rigurosa. En la medida que la carga de motivación sea alta, se está protegiendo y garantizando el interés general, pues las decisiones de la administración bajo ningún supuesto pueden ser

47 PRIETO. Ley, principios, derechos. P.43. Citado en Hugo Alberto Marín Hernández, Discrecionalidad Administrativa, (Bogotá: Universidad Externado, 2013), 499.

arbitrarias y adicionalmente quedaría suficientemente justificado que no ejerza potestad sancionatoria.

En esta medida se considera que el acto administrativo mediante el cual el Superintendente acepta o niega las garantías ofrecidas es un acto que cierra un ciclo autónomo de la actuación administrativa. Acto administrativo que se encuentra plenamente definido en la medida que de resultar aprobado termina de manera anticipada una investigación por la presunta violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Aunado a que el investigado tiene un término para realizar el ofrecimiento de garantías —20 días hábiles— y existe construcción mediante antecedentes administrativos sobre las condiciones que se deben verificar para aceptarlas. Finalmente, existen mecanismos para garantizar su cumplimiento, no hacerlo constituye una infracción autónoma a las normas de protección de la competencia y en consecuencia el inicio de una investigación al respecto. En razón a lo expuesto se justifica la necesidad de que la decisión adoptada por el Superintendente esté sujeta a control judicial.

No entender de esta manera la necesidad de controlar jurisdiccionalmente el acto que niega o acepta las garantías implica seguir exponiéndose a un riesgo, esto es, que se configure una inmunidad de la manifestación del Superintendente contenida en el acto (téngase la denominación que se tenga: carta, resolución, comunicación, etc.) frente al poder judicial, sin justificación alguna, pues no puede ser de recibo que se pretenda obviar o resolver la discusión basándose en el argumento de que el acto fue denominado como de trámite. Caer en dicha tentación es desconocer que la misma Corte Constitucional⁴⁸ ha señalado que el Estado de Derecho es una técnica de organización política que persigue dentro de sus objetivos, la sujeción de los órganos de poder a la ley.

Ahora bien, en lo que respecta al tratamiento de la figura en Chile se puede apreciar varias diferencias respecto del tratamiento que se le da a esta en Colombia. Sea lo primero destacar que a diferencia del caso colombiano los relativo al ofrecimiento de garantías o compromisos en Chile se decide en el marco de un proceso jurisdiccional en el cual participan como mínimo dos Autoridades: la FNE y el TDLC. Adicionalmente se destaca que la decisión sobre la aceptación o de las garantías es susceptible de ser recurrida. Posibilidad procesal que pone en evidencia una necesidad innegable de controlar por parte de un superior jerárquico que dicha decisión se acompase con las necesidades de promoción y protección de la

48 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

libre competencia económica y el interés general. Por otro lado, otra característica que llama la atención es que en principio y por regla general quien tiene la potestad para hacer el llamado a conciliación es el TDLC y no los demandados —presuntamente infractores— como sucede en Colombia. Lo anterior demuestra, que incluso en Chile, a pesar de que la figura pertenece al ámbito de competencia de juez es dinámica y está en constante evolución.

Por su parte, la figura de solicitud de dispensa en México es bastante similar a la del ofrecimiento de garantías en Colombia. En primer lugar, la decisión es adoptada dentro del trámite de un procedimiento administrativo y media una decisión discrecional de la COFECE. En segundo lugar, la autoridad puede solicitar aclaraciones sobre las medidas ofrecidas antes de tomar la decisión correspondiente. A diferencia del caso chileno y colombiano, en México el presunto infractor tiene la posibilidad de acceder por medio de la solicitud de dispensa a una reducción en la multa. Circunstancia que en Chile y Colombia solo estaría prevista en casos de delación o programas de beneficio por colaboración.

Finalmente, se encontró como característica común que en los ordenamientos jurídicos analizados la figura del ofrecimiento de garantías y sus requisitos no están plenamente reglados en la ley ni en normatividad de carácter administrativo. A mi juicio por una razón fundamental: es función de las autoridades que velan por la promoción y protección de la competencia determinar caso por caso cuando una garantía cumple verdaderamente con este propósito. Razón por la cual, se considera que la figura no debe ser reglada de manera específica o detallada, por el contrario, debe subsistir la discrecionalidad como facultad exclusiva de la Autoridad de Competencia para decidir si termina o no de manera anticipada el procedimiento. Sin que esto implique que dicha decisión goce de inmunidad judicial tal y como se afirmó en el presente escrito.

Referencias

Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de marzo de 2004, Radicación n.º 85001-23-31-000-2003-1181-01(AC). M.P. Camilo Arciniegas Andrade. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de octubre de 2004, Radicación n.º 11001-03-24-000-2004-0110-01. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 8 de abril de 2010, Radicación n.º 11001-03-24-000-2004-00334-01. M.P. Rafael E. Estau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Radicado n.º 11001-03-26-000-1995-03074-01. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado. Sección Primera, Sentencia del 26 de marzo de 2009. Expediente no. 1999-0414. M-P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 22 de octubre de 2009. Radicación n.º 11001-03-28-000-2008-00027-00. M.P. Filemón Jiménez Ochoa.

Consejo de Estado, Sección Primera. Auto del 27 de mayo de 2010. Radicación n.º 25000-23-24-000-2009-00045-01. M.P. Rafael E. Ostau de La Font Pianeta.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 15 de febrero de 2011. Radicación no. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI). M.P. Enrique de Jesús Gil Botero.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 8 de marzo de 2012. Radicación n.º 44001-23-31-000-2004-00143-01. M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 27 de noviembre de 2014. Radicación n.º 05001-23-33-000-2012-00533-01. Guillermo Vargas Ayala.

Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017, Radicación n.º 11001-03-27-000-2013-00007-00. M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 25 de febrero de 2021. Radicación n.º 11001-03-26-000-2020-00123-00. M.P. Alberto Montaña Plata.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-337 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-910 de 2012. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-077 de 2018. M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Decreto 4886 de 2011, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones. Publicado en el Diario Oficial N. 48294. 26 de diciembre de 2011.

Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Publicado en el Diario Oficial 40.704 de diciembre 31 de 1992.

Decreto Legislativo 211 mediante el cual se fijan normas para la defensa de la libre competencia en la República de Chile.

Güechá Medina, Ciro Norberto. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. Medellín: Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, 2017.

“Guía de los Procedimientos de Dispensa y Reducción del Importe de Multas”. Comisión Federal de Competencia Económica —COFECE—, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia_dispen sa_161215.pdf

Ley 1340 de 2009, Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Publicado en el Diario Oficial 47420 de julio 24 de 2009.

Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Publicada en el Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.

Ley Federal de Competencia Económica de 2014, mediante la cual se expide la ley federal de competencia económica y se reforman y adicionan diversos artículos del código penal federal.

Marín Hernández, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado, 2007.

Marín Hernández, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2013.

Miranda Londoño, Alfonso. “Las garantías como mecanismo de terminación anticipada de las investigaciones administrativas por la presunta violación de las normas de competencia”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, n.º 10 (2014): 23, <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/garantc3adas-v-5-2014-final-anexo.pdf>

Miranda Londoño, Alfonso. “Reformas Necesarias al Derecho de la Competencia en Colombia”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, (2018), <https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/08/derecho-de-la-competencia-2018-2022.pdf>

“OCDE”. *Commitment Decisions in Antitrust Cases.*: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf)

Penágos, Gustavo. *El Acto Administrativo*. Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 1992.

Resolución no. 28689 del 16 de junio de 2020, Superintendencia de Industria y Comercio.

Santofimio Gamboa, Jorge Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II Cuarta Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2008.

Schmidt Alvear, Antonia. “Acuerdos Conciliatorios en Libre Competencia: ¿Qué debe contemplar un acuerdo conciliatorio para ser aprobado a los ojos del TDLC?: criterios que adopta el TDLC para enfrentar el vacío normativo en materia de acuerdos conciliatorios” (2019): 32, <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/170897/Acuerdos-conciliatorios-en-libre-competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Schmidt-Assmann, E. (s.f.). *Revista de derecho*. Obtenido de Scielo: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200500100016

Serrano Pinilla, F., & Rubio Escobar, J.. Terminación por garantías en los procedimientos administrativos sancionatorios de prácticas comerciales restrictivas. 99-112. (D. TORO OCHOA, Entrevistador) Bogotá, julio-diciembre de 2020.

Torrado Franco, Eliana. “El Régimen Sancionatorio y el Otorgamiento de Garantías sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia en la Ley 1340 de 2009”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, (2010); 3-29, <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47473/regimen-sancionatorio-garantias-ley-1340-2009.pdf?sequence=1&msclid=341e7d4bbda011ecbab64ae797f9c28d>

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés y Castillo Cadena, Fernando. “El Otorgamiento de Garantías en el Derecho de la Libre Competencia: Un análisis jurídico y económico”. *Revista Vniversitas* n.º 110, (2005): 225-284.