

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-03 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 1 de 24 |

EFECTOS DEL CONVENIO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN PROCESOS DE FIJACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE PRECIOS Y CARTELIZACIÓN EMPRESARIAL

Emilse Gómez Giraldo
E-mail: emigomez908@hotmail.com

Luisa Fernanda Ortiz Cárdenas
E-mail: luisafda65@hotmail.com

Diana Cristina Higuera Rueda
E-mail: dianarueda0603@gmail.com

Edwin Alexander Restrepo
E-mail: edwar1126@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2017

Resumen: En este artículo se pretende señalar los efectos del convenio ante la Superintendencia de Industria y Comercio en procesos de fijación directa o indirecta de precios y cartelización empresarial; para ello, se parte de la identificación de los alcances de las sanciones impuestas por la SIC cuando se presentan acuerdos restrictivos de la competencia; de igual manera, se establecen las características del proceso conciliatorio ante dicha Superintendencia, para finalmente determinar los beneficios que se desprenden del proceso conciliatorio ante la SIC frente a los casos de fijación directa o indirecta de precios y cartelización empresarial.

Palabras claves: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos, Conciliación, Superintendencia de Industria y Comercio, Fijación directa o indirecta de precios, Cartelización empresarial, Competencia desleal.*

Abstract: This article intends to indicate the effects of the conciliation before the Superintendence of Industry and Commerce in processes of direct or indirect pricing and business cartelization; For this, it is part of the identification of the scope of the sanctions imposed by the SIC when there are agreements restrictive of competition; Likewise, the characteristics of the conciliation process are established before said Superintendency, in order to finally determine the benefits arising from the conciliation process before the SIC in relation to cases of direct or indirect pricing and corporate cartelization.

Key words: *Alternative mechanisms of conflict resolution, Conciliation, Superintendence of Industry and Commerce, Direct or indirect pricing, Business cartel, Unfair competition.*

INTRODUCCIÓN

Situaciones de cartelización, acuerdos restrictivos de la competencia, fijación amañada de precios de los productos, entre otros asuntos, se han convertido en fenómenos cada vez más recurrentes en la dinámica comercial de las empresas

colombianas. Esto ha llevado a que las actuaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sea cada vez más visible, en la medida en que sólo a través de la investigación y sanción de estas acciones se convierte en un factor para desincentivar a que algunos empresarios sigan abusando de su posición dominante en el mercado y de la buena fe de los consumidores.

Ya que las sanciones afectan de manera importante la rentabilidad de las empresas que incurren en estas acciones, dentro de los procesos se da la posibilidad de que se puedan desarrollar procesos conciliatorios, de tal forma que estos desemboquen en la delación y la colaboración con el respectivo órgano sancionador.

Es por lo anterior que en este artículo, con miras a señalar los efectos de los convenios

ante la Superintendencia de Industria y Comercio en procesos de fijación directa o indirecta de precios y cartelización empresarial, se estructure un escrito dividido en tres capítulos, partiendo de la identificación de los alcances de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presentan acuerdos restrictivos de la competencia; luego, estableciendo las características del proceso conciliatorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio; y por último, determinando los beneficios que se desprenden del proceso conciliatorio ante la Superintendencia de Industria y Comercio frente a los casos de fijación directa o indirecta de precios y cartelización empresarial.

**1. SANCIONES DE LA SIC CUANDO SE
PRESENTAN ACUERDOS
RESTRICTIVOS DE LA
COMPETENCIA**

Conviene tener en cuenta, antes de entrar a analizar los elementos que configuran un acuerdo, el contenido de la primera parte de la normatividad relacionada con este tema, la cual señala que, para el cumplimiento de las funciones a las que hace referencia el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992, se considera como acuerdo contrario a la libre competencia la colusión en materia contractual.

Específicamente, el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992 señala expresamente que:

La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las

funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

De lo anteriormente descrito se infiere entonces la competencia con la que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de las investigaciones por acuerdos restrictivos de la competencia; ello ratificado por la competencia general conferida por el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009.

De acuerdo con lo establecido por el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, las formas señaladas por el legislador para que exista un acuerdo son: “contrato, convenio, concertación, práctica (concertadas) concertada o conscientemente

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 4 de 24</p> |

paralela entre dos o más empresas”

(Velandia, 2011, p. 16), por ejemplo, las denomina “vehículos conductores”.

La anterior denominación es la forma más adecuada de llamar los acuerdos, ya que hacen alusión a la forma como se conduce, de una mera intención, a la materialización de sus efectos, pues, por lo general, para producir un efecto o materializar una conducta, es necesario un “vehículo”, ya sea que se logren o no sus resultados, porque no se requiere la producción de uno para que el acuerdo restrictivo del competidor sea castigado.

Para que se configure un acuerdo se requiere de la participación de “dos o más empresas”, por tanto, no hay cabida para los acuerdos cuando se trata de empresas que están sujetas al dominio de un solo agente.

El concepto de empresa que se encuentra contenido en las normas sobre competencia en Colombia hace referencia a la noción del Código de Comercio, es decir, y de acuerdo con Velandia (2011), a agentes económicos que constituyen por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (Cfr. Art 25 del C. Co.).

En suma, para determinar si una conducta se enmarca dentro de la hipótesis de acuerdo, debe contarse, previamente, con la presencia de dos o más voluntades, las cuales, según Velandia (2011), se entienden como “empresas independientes” (p. 123). Por el contrario, no existirá ilegalidad de acuerdo cuando las empresas estén bajo un mismo

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 5 de 24 |

mando o voluntad única, ya que, en este caso, no se entienden como competidoras.

La Superintendencia de Industria y Comercio, aclarando que no se trata de un caso de acuerdos anticompetitivos, sino de una resolución de integraciones empresariales, se ha pronunciado al respecto, señalando que “no aplica cuando entre las empresas respectivas no existe competencia económica, ni cuando están expuestas a un direccionamiento común” (SIC, Resolución No. 31965 de 2003).

Hay que tener en consideración que las conductas de “cartelización empresarial” pueden ser castigadas por objeto o por efecto, y ello con el fin de tener en cuenta que si un acuerdo restringe la competencia por objeto no es necesario demostrar que es restrictivo por su efecto y viceversa.

De acuerdo con lo anterior, es importante mencionar que bajo esta hipótesis se establece que la conducta restrictiva se reprime, tanto por la intención de las empresas en su desarrollo, como por el resultado de la misma. Además, que los supuestos son alternativos y no complementarios e incluyentes; por tanto, ¿qué ocurriría en el hipotético caso de que se requiriera para la materialización de la conducta que concurrieran los dos supuestos?

Para el primer caso, así como en la tentativa, se necesita de la iniciación de actos eficaces e incuestionables que se dirijan a la consumación del cartel; a su vez, se debe analizar si en el supuesto de que se hubieran realizado, se hubiese puesto en peligro o se hubiese afectado el bien jurídico tutelado (elemento de significatividad, como lo

establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009), pues podría sancionarse mal la tentativa de una actuación; o podría ocurrir que, si se hubiera realizado, no hubiese sido ilegal, pues “por objeto debe entenderse la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que sea necesario que se produzca el resultado esperado” (SIC, Resolución No. 24227 de 2004).

El efecto, se entiende “como el resultado que se ocasiona o se produce sobre el mercado como consecuencia directa de la realización de una conducta, con independencia de si el agente persiguió o no ese resultado específico” (SIC, Resolución No. 24227 de 2004).

Ahora bien, cuando no es por su objeto que cierta conducta afecta la competencia,

debe entonces procederse al análisis de los efectos restrictivos de dichas conductas (reales y potenciales); esto tiene relación con la probabilidad de presencia de efectos en el mercado, a pesar de que el legislador no determina una precisión previamente sobre estos. Así las cosas, para que se pueda sancionar un acuerdo que tenga por fundamento su objeto, se requiere no solamente que tenga la intención de ocasionar una desviación en el mercado, sino también que dicha desviación sea significativa; en otras palabras, que de haberse consumado hubiese afectado el mercado y, por tanto, sea considerado como ilegal.

Es de tener en cuenta que por objeto se debe entender el propósito o la intención; de esta forma, la intención en la realización de una conducta restrictiva constituye dolo, el

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 7 de 24 |

cual, a su vez, constituye responsabilidad. Así las cosas, según señala Gutiérrez (2010), por objeto se castigan la tentativa y la intención.

Por su parte, por efecto se debe entender el resultado de una acción, independientemente de la intención, es decir, culpa grave de previsión. Es calificada una conducta como acuerdo cuando el resultado de esta se presenta en el mercado relevante, independiente del propósito de los ejecutores. Es castigada la falta de diligencia en la previsión del resultado.

De acuerdo con Gutiérrez (2010), son comerciantes* y, por consiguiente, profesionales, por lo cual tienen el deber de

* De conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio Colombiano, son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

cuidado y vigilancia superior; aunque hay que tener en cuenta que la aplicación de las normas de competencia va mucho más allá de los comerciantes, las cuales son aplicables, inclusive, a los que no tienen tal condición, por lo cual es necesario tener en consideración que quien realiza una actividad económica conoce de las buenas prácticas y, por tanto, puede ser claramente razonable que ciertas conductas contrarias a la libre competencia, sean reprochadas y, en consecuencia, sancionadas.

Dentro de los supuestos que contiene la Ley 1340 de 2009 existen varios contextos en los cuales se considera se pueden dar los acuerdos restrictivos de la competencia. En primer lugar, los que tengan por objeto la restricción de los competidores en ofertas; en segundo lugar, los que tengan por objeto la restricción en el mercado; en tercer lugar, los

que tengan como efecto la distribución dentro de un mercado específico; en cuarto lugar, los que tengan como finalidad la distribución de mercados, es decir, la asignación de diferentes nichos de mercado; y, en quinto lugar, los que tengan como efecto la fijación de precios.

Sobre cualquiera de estas formas de restricción tiene competencia la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONCILIATORIO ANTE LA SIC

El artículo 64 de la Ley 446 de 1998 la define indicando que: “La Conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, a través de la cual, dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero

neutral y calificado, denominado conciliador”.

Se ha entendido que la conciliación es una institución del derecho procesal, por su procedencia, formalidades, requisitos y efectos, los cuales han sido regulados por los ordenamientos procesales. A pesar de pertenecer al campo procesal, se debe observar el ordenamiento sustantivo, por cuanto el acuerdo conciliatorio debe respetar los requisitos sustanciales de validez, su concordancia con el ordenamiento jurídico y, en materia Contencioso Administrativa, es necesario que los hechos que sirven de fundamento aparezcan probados y que el acuerdo no lesione el patrimonio del Estado.

De igual manera, la conciliación tiene unas características esenciales como son la fuerza y exigibilidad, su flexibilidad,

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 9 de 24 |

igualdad, autonomía, confidencialidad, confianza, es decir, es una figura de Convivencia y Paz.

Según Arango (2010), la conciliación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos (MARC) estatuido concretamente y de forma definida en la Constitución Política de 1991, artículo 116, hace parte de los mecanismos para la resolución de conflictos, durante su existencia, se encuentran clasificados en: autotutelares, autocompositivos, y heterocompositivos.

Por su parte, la Corte Constitucional la define en los siguientes términos:

La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es

susceptible de ser conciliable (Corte Constitucional, 2008, C-902).

La misma Corte Constitucional ha establecido a su vez que este tipo de procedimiento puede desarrollarse tanto judicial como extrajudicialmente; para los intereses de este artículo, se ha referencia a la extrajudicial de la siguiente manera:

un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero neutral - conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo e imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian (Corte Constitucional, 2001, C-893).

Y al respecto de la función del conciliador, dicha Corporación señala lo siguiente:

La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. La

habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto. No obstante existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación (Corte Constitucional, 2001, C-893).

La función conciliatoria también recae sobre la Superintendencia de Industria y Comercio; así lo señala el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, el cual dispone que en los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte, que se adelanten ante dicha Superintendencia, debe existir audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que

solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con la normatividad vigente.

Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación el superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el numeral 3 del artículo 372 Código General del Proceso.

Precisamente, la Ley 1564 de 2012, en su artículo 620 modificó el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 640 de 2001, al establecer que las partes deberán asistir personalmente a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el municipio del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 11 de 24 |

encuentre por fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse con la comparecencia de su apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado".

De igual manera, de conformidad con lo establecido en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio (2001), esta entidad tiene a su disposición el Comité de Conciliación, el cual se encuentra integrado por diversos funcionarios, quienes tienen voz y voto y son sus miembros permanentes; dichos funcionarios son: el Superintendente de Industria y Comercio o el Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor, quien actuará como su delegado, el Superintendente Delegado par la Propiedad Industrial, el Superintendente Delegado para la Promoción de la

Competencia, el Secretario General y el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

Las funciones de dicho comité son las siguientes:

- a) Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.
- b) Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la Entidad.
- c) Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra de la Entidad, para determinar las causas generadoras de los conflictos, el índice de condenas, los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado y las deficiencias en las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos.
- d) Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación.
- e) Determinar la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.
- f) Evaluar los procesos que hayan sido fallados en contra de la Entidad con el fin de determinar la procedencia de la acción de repetición.
- g) Definir si fuere del caso, los criterios para la selección de abogados externos que garanticen su idoneidad para la defensa de los intereses públicos y realizar el seguimiento sobre los procesos a ellos encomendados.
- h) Designar el funcionario que ejercerá la Secretaría Técnica del Comité, preferentemente un

profesional del derecho. i) Dictar su propio reglamento (SIC, 2001, p. 31).

Además de las funciones indicadas, el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de cumplir con los mandatos señalados en el decreto 1716 de 2009, artículos 15 y s.s. y demás normas y directivas concordantes e implementarias.

Ahora bien, en desarrollo de sus facultades de inspección, vigilancia y sanción, la SIC ejerce una facultad de alta policía administrativa en protección del orden público económico en su categoría de libre competencia y brinda de esa manera una protección general a la comunidad.

Los objetivos específicos de la actuación de la SIC se encuentran descritos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, el cual

establece que las actuaciones de la SIC se realizan para “alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”. Gacharna (2002), considera que el objetivo general del Derecho de la Competencia es el beneficio de los consumidores (economía del bienestar), es decir, que como consecuencia de una libre y leal competencia en los mercados (El artículo 333 de la C.P. establece que “... la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades...”), los consumidores deben poder acceder a una mayor variedad de bienes y servicios de una mejor calidad y a precios más bajos.

En estas actuaciones, la relación jurídico-procesal se traba entre la autoridad y el investigado. Como la actividad de la SIC se

realiza en interés general, no existe requisito de legitimación activa en la causa: cualquier persona puede denunciar la violación de las normas del derecho de la competencia, y, aún de oficio, la SIC puede iniciar la investigación.

Aunque la Ley 640 de 2001 dispone la práctica de una audiencia de conciliación en las investigaciones iniciadas por denuncia de un particular (y no de oficio como también lo puede hacer la SIC); y la Ley 1340 de 2009 amplía de manera importante las posibilidades de intervención de los terceros en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa, lo cierto es que la decisión que pone fin al procedimiento es un acto administrativo que en ningún caso se pronuncia sobre los perjuicios que personas particulares puedan haber sufrido como

consecuencia de las prácticas anticompetitivas.

Frente a ello, es necesario tener en cuenta las etapas dentro del proceso administrativo ante la SIC, el cual, según Velandia (2011), parte de una etapa preliminar, seguido de la etapa de instrucción, la etapa de conciliación, la etapa de acusación y juzgamiento, y la etapa del Contencioso, aclarando que ésta última es opcional y forma parte de una etapa jurisdiccional.

Para determinar si existe una infracción a las normas de competencia o si existen prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la posibilidad de iniciar una investigación de oficio o a solicitud de un tercero interesado. Una vez decida actuar, la Superintendencia puede iniciar

averiguaciones preliminares, cuyo propósito sea determinar si es pertinente iniciar una investigación formal. La etapa preliminar se adelanta sin la vinculación de personas. En ella se analiza si unos hechos conocidos podrían configurar un asunto restrictivo de la competencia.

Dentro del procedimiento fijado para el trámite administrativo, es obligatoria la citación a audiencia de conciliación para tratar de conciliar intereses privados (perjuicios) derivados del acuerdo restrictivo, cuando la investigación se haya iniciado a solicitud de parte.

Pese a lo anterior, según Velandia (2011), la SIC no está obligada a culminar la investigación administrativa por conciliación, pues una cosa es la conciliación de intereses privados y otra, la suerte administrativa de la

investigación. Se trae a colación esta posibilidad, teniendo en cuenta que el trámite administrativo sancionatorio tiene como propósito la protección del derecho a la libre competencia y no la indemnización de perjuicios particulares, pese a lo cual, existe una posibilidad dentro del trámite administrativo para que las partes traten el tema y eventualmente lleguen a un acuerdo.

En todo caso, es necesario hacer claridad en el hecho de que así se logre el pago de perjuicios, la investigación ante la SIC continúa, porque el propósito del mismo es otro. Esta posibilidad puede ser usada por quienes se vieron afectados por un acuerdo restrictivo o una actividad de cartelización, para que acudan al proceso y soliciten el pago de perjuicios.

En todo caso, es una audiencia de conciliación, por lo cual los investigados optarán por no admitir ningún tipo de reconocimiento, pues hacerlo implicaría cierto grado de aceptación de la conducta.

3. BENEFICIOS DE LOS CONVENIOS ANTE LA SIC FRENTE A LOS CASOS DE FIJACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE PRECIOS Y CARTELIZACIÓN EMPRESARIAL

El fenómeno de la cartelización empresarial en Colombia se ha convertido en una problemática cada vez más visible para la ciudadanía, y ello se debe a que, tanto los medios de comunicación como la propia Superintendencia de Industria y Comercio, se han encargado de poner en la palestra pública situaciones en las que empresas pertenecientes a un determinado sector

empresarial o industrial se asocian con el objeto de constituir verdaderos carteles de acuerdos anticompetitivos, los cuales consisten, básicamente, en convenios entre empresas para el control “amañado” de precios, así como de la oferta de productos.

De esta manera han sido bien conocidas situaciones de cartelización en el sector de los cuadernos, el arroz, los pañales, el cemento, los tubos de concreto, el papel higiénico, inclusive, hasta en los programas de alimentación a adultos mayores, sobre las cuales ha conocido e intervenido la Superintendencia.

Para este tipo de situación, el legislador colombiano, así como la propia Superintendencia, cuentan con herramientas para que, quienes incurren en actos de fijación directa o indirecta de precios y

cartelización empresarial, puedan acogerse a beneficios, algunos de ellos logrados a través de convenios.

Una de las figuras a las que puede recurrirse en el ámbito penal son los preacuerdos, los cuales, según Garzón y Londoño (2007), los ordenamientos jurídicos, en el intento de armonizar el principio de eficacia con el de correcta administración de justicia, se vieron impelidos a examinar formas alternativas de solución de controversias penales, diferentes al procedimiento ordinario; necesidad que surgió ante la imposibilidad de los Estados de llevar todas las causas de apariencia punible hasta su terminación con la celebración de un juicio con todas las garantías.

Sobre el tema, es importante tener en cuenta que en Colombia han existido

diferentes maneras extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso penal. Ejemplo de ello es la sentencia anticipada. Los preacuerdos se asemejan a la sentencia anticipada y a la audiencia especial en que son mecanismos de justicia premial y persiguen la terminación anticipada del proceso. Sin embargo, su fundamentación es diferente. A manera de ejemplo puede indicarse que los preacuerdos no perseguían la humanización del proceso penal ni perseguí fines de protección de las víctimas. De esta forma, la figura de los Preacuerdos y Negociaciones en el campo Penal en Colombia están consagradas en el Decreto 2700 de 1991, la Ley 81 de 1993, la Ley 600 de 2000, la Ley 906 de 2004.

De acuerdo con Gómez y Castro (2010),

En Colombia la existencia de los preacuerdos de culpabilidad se justifican

en la crisis de eficiencia de la justicia, común a los sistemas judiciales latinoamericanos que han visto como sus códigos se apartan del sistema inquisitivo (continental) y pasan al sistema Acusatorio (Anglosajón) donde tienen un mejor desarrollo (p. 104).

La Ley 906 de 2004 entra a establecer la figura de los preacuerdos y las negociaciones. Aquí se permite la eliminación de agravaciones y el cambio de tipificación con objeto de disminuir la pena; estos acuerdos van a obligar al juez. En esta norma se hace la salvedad de que no obligan cuando quebrantan las garantías fundamentales, pero como se verá en la crítica, esta afectación de las garantías es algo inmanente a la figura de la negociación.

Otra forma de terminación del proceso, pero por vía administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio son los convenios.

En este sentido, vale la pena mencionar el Decreto 1523 de 2015, a través del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, en el cual se estipula lo siguiente:

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Los beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta. No podrán acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta.

2. La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores:

a). La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y

el beneficio obtenido con la conducta ilegal.

b). La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración.

Frente a este artículo, el Decreto 1523 de 2015 establece las condiciones y la forma en que la Superintendencia de Industria y Comercio concede beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren a través de convenios en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia, en los que hubieran participado en su condición de agentes del mercado o facilitadores.

Precisamente, para poder conceder beneficios por colaboración, se presume que el solicitante no es el Instigador o promotor del acuerdo anticompetitivo; quien afirme que otro es instigador o promotor del acuerdo anticompetitivo deberá probarlo.

Los beneficios derivados de la firma del Convenio de Beneficios por Colaboración se otorgan de conformidad con el momento en que el solicitante cumpla con los requisitos para marcar su entrada al Programa de Beneficios por Colaboración, de la siguiente manera:

1. Al primer solicitante se le otorgará la exoneración total de la multa a imponer.

2. Al segundo solicitante se le otorgará una reducción de entre el treinta por ciento (30%) y el cincuenta por ciento (50%) de la multa a imponer, de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas en el trámite de la delación.

3. Al tercero y demás solicitantes posteriores se les otorgará una reducción de hasta el veinticinco por ciento (25%) de la multa a imponer, de acuerdo con la utilidad de la información y las pruebas aportadas en el trámite.

La información o pruebas resultan útiles para la investigación, cuando agregan valor respecto de aquellas con que ya cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, incluidas las aportadas por otros solicitantes

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 19 de 24 |

o delatores. El grado de exigencia para determinar la utilidad de la información o las pruebas será valorado teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre la actuación administrativa.

De otra parte, señala la norma, que la solicitud de beneficios por colaboración deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Reconocer la participación en el acuerdo anticompetitivo.
2. Suministrar información por lo menos sucinta sobre la existencia del acuerdo, su forma de operación, el producto involucrado, y los participantes en el mismo.

De otra parte, en el acto administrativo que decida la actuación administrativa el Superintendente de Industria y Comercio concederá los beneficios por colaboración convenidos con el funcionario competente, salvo que ocurra alguna de las siguientes

causales previstas para la pérdida de tales beneficios:

1. Cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración.
2. Cuando el delator no facilite la práctica de testimonios de sus empleados o administradores.
3. Cuando el delator desatienda los requerimientos que realice la Superintendencia de Industria y Comercio para la comprobación o ratificación de la información suministrada y los hechos reconocidos.
4. Cuando el delator destruya, altere u obstaculice el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.
5. Cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia; y
6. Cuando el delator incumpla cualquiera de las obligaciones estipuladas en el Convenio de Beneficios por Colaboración.

En el evento en que se afirme que algún partícipe en el acuerdo tiene la condición de instigador o promotor, la pérdida de

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 20 de 24 |

beneficios será decidida por el Superintendente de Industria y Comercio al resolver el caso, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa.

La exoneración total o reducción de la multa concedida a un delator se extenderá, en el mismo porcentaje, a todos los sujetos de derecho que actúan o hayan actuado para aquel como facilitadores, y que colaboren en el curso de la actuación.

Al delator que, no teniendo el primer puesto en el orden de prelación en una actuación determinada, sea el primer solicitante en relación con otro u otros acuerdos contrarios a la libre competencia, se le otorgará una reducción adicional del quince (15%) del total de la multa a imponer en la primera actuación. Este beneficio solo

podrá concederse por una vez en la investigación.

Para que un delator pueda acceder a este beneficio adicional, deberá haber informado a la autoridad la existencia del acuerdo restrictivo en el otro mercado, antes de haber suscrito con la autoridad el Convenio de Beneficios por Colaboración dentro de la actuación en la que pretende recibir este beneficio adicional.

CONCLUSIONES

Según lo visto a lo largo de este escrito, el ejercicio del derecho a la libre competencia, conlleva beneficios, tanto para el mercado al generar eficiencia, como para el consumidor final, en términos de calidad y precio. En ese orden de ideas, su protección conlleva indirectamente la protección, tanto del

mercado y los competidores, como de los consumidores finales. La vigilancia y ejecución de políticas de competencia se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como ya se ha señalado, aunque los particulares pueden denunciar ante la SIC la realización de conductas anticompetitivas, la ley impone la realización de una audiencia con el fin de conciliar los intereses particulares afectados por las conductas investigadas; y los terceros pueden intervenir en la investigación de prácticas restrictivas en los términos previstos en la ley, lo cierto es que no pueden obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por las prácticas restrictivas de la competencia, dentro de esta actuación. Tendrán que buscar la satisfacción de sus intereses por

mecanismos como la acción civil ante la respectiva jurisdicción.

Por su parte, frente a los convenios, estos se constituyen en mecanismos alternativos a la actuación penal, instrumento que desde una óptica administrativa faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio a otorgar beneficios cuando se delata y se aporta información sobre actos de cartelización empresarial.

Los beneficios de la conciliación ante la Superintendencia de Industria y Comercio en procesos de fijación directa o indirecta de precios y de los convenios en casos de cartelización empresarial se dirigen no sólo hacia los afectados, sino también a los implicados en este tipo de casos.

REFERENCIAS

- Actualícese. (2017). *Cartelización empresarial*. Recuperado de <http://actualicese.com/2016/12/05/cartelizacion-empresarial/>
- Arango C., M. (2010). *La conciliación y su implementación en la Ley 1380 de 2010*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer.
- Ascarelli, T. (1964). *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Madrid: Bosch.
- Bercovitz R., A. (2000). *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*. Navarra (España): Aranzadi.
- Congreso de la República. (1959). *Ley 155, la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*. Bogotá: Diario Oficial 30138 de enero 22 de 1960.
- Congreso de la República. (1996). *Ley 256, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*. Bogotá: Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996.
- Congreso de la República. (1998). *Ley 446, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. Bogotá: Diario Oficial 43335 del 8 de julio de 1998.
- Congreso de la República. (2001). *Ley 640, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 44303 del 24 de enero de 2001.
- Congreso de la República. (2009). *Ley 1340, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*. Bogotá: Diario Oficial 47420 de julio 24 de 2009.
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1564, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-893*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-902*. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Gacharna, M. (2002). *La competencia desleal*. Bogotá: Temis.
- Garzón M., A., Londoño A., C., & Martínez M., G. (2007). *Negociaciones y preacuerdos. Tomo I y II*. Bogotá: Nueva Jurídica.

Gómez V., G., & Castro C., F. (2010). *Preacuerdos y negociaciones en el proceso penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Gutiérrez R., J. D. (2010). *El Caso ANDEVIP (Tercera entrega)*. Recuperado en agosto de 2017, de <http://lalibrecompetencia.com/2010/03/17/el-caso-andevip-tercera-entrega/>

Ministerio de Desarrollo Económico. (1992). *Decreto 2153, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

Presidencia de la República. (1971). *Decreto 410, por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá: Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.

Presidencia de la República. (2009). *Decreto 1716, por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001*. Bogotá: Diario Oficial 47.349 de mayo 14 de 2009.

Presidencia de la República. (2015). *Decreto 1523, por medio del cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y se modifica el Capítulo 29 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, sobre beneficios a las personas naturales y jurídicas*

que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia. Bogotá: Diario Oficial 49575 de julio 16 de 2015.

Roubier, P. (1960). *El derecho transitorio. (Conflits des lois dans le temps)*. París: Edition entièrement refondue.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2001). *Circular Única del 19 de julio*. Bogotá: Diario Oficial 44511 del 06 de Agosto de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. (2003). *Resolución 31965 del 21 de noviembre. Incompatibilidades de miembros de juntas directivas de empresas competidoras*. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/12dic2003.html#31965

Superintendencia de Industria y Comercio. (2004). *Resolución No. 24227. Por la cual se cierra una investigación*. Recuperado en agosto de 2017, de http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_24227_DE_28_DE_SEPTIEMBRE_DE_2004.pdf

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CURRICULUM VITAE

Emilse Gómez Giraldo: Estudiante de derecho y del diplomado en conciliación de la Institución Universitaria de Envigado.

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 24 de 24 |

Luisa Fernanda Ortiz Cárdenas:

Estudiante de derecho y del diplomado en conciliación de la Institución Universitaria de Envigado.

Diana Cristina Higuera Rueda: Estudiante de derecho y del diplomado en conciliación de la Institución Universitaria de Envigado.

Edwin Alexander Restrepo: Estudiante de derecho y del diplomado en conciliación de la Institución Universitaria de Envigado.