

SECCIÓN I

ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES



LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO

INGRID SORAYA ORTIZ BAQUERO¹

RESUMEN

La actual economía de mercado y de la colaboración impone la creación de sinergias y relaciones entre empresarios. Dentro de esa nueva realidad económica se enmarcan los contratos de distribución. Sin embargo, ese impulso y auge de los contratos de distribución ha tenido un punto crítico en particular, y es el relacionado con las cláusulas de exclusividad que se pactan en los mismos. Su validez, su vigencia y su concordancia con las normas de competencia es un motivo de debate que, aunque parece estar en el imaginario jurídico, no ha sido materia de análisis profundo ni por la doctrina, ni por la Superintendencia de Industria

1 Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho comercial y Magíster en Responsabilidad contractual y extracontractual, civil y del Estado, de la misma universidad. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho mercantil, de la Universidad Autónoma de Madrid. Doctora en Derecho mercantil, de la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho del consumo, de la Universidad de Castilla La Mancha. Docente investigadora del Departamento de Derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. ingrido.ortiz@uexternado.edu.co.

y Comercio (SIC). El proyecto de ley que modifica el régimen de competencia, elimina la disposición sobre cláusulas de exclusividad en el ámbito de la competencia desleal, sin embargo, nada impide que las mismas puedan ser validadas y afirmadas desde los procedimientos administrativos de prácticas restrictivas de la competencia.

Palabras clave: contratos de distribución; cláusulas de exclusividad; competencia desleal; regla de la razón.

EXCLUSIVITY AGREEMENTS IN COLOMBIAN LAW

ABSTRACT

The current market and cooperation economy requires the creation of synergies and relations between companies. Within this new economic reality distribution agreements are framed. However, that momentum and rise of the distribution agreements has had a particularly critical point and is related to the exclusivity clauses agreed on them. Its validity behalf the competition rules is a matter of debate that has not been the subject of deep analysis or by doctrine or by the Superintendencia de Industria y Comercio. The bill that modifies the competition regime, eliminates the exclusivity clauses in the field of unfair competition, however, nothing prevents that they can be validated and affirmed in the administrative procedures related to antitrust rules.

Key words: *distribution agreements; exclusivity clauses; unfair competition; rule of reason.*

INTRODUCCIÓN

En Colombia, los acuerdos o pactos de exclusividad han sido considerados como estipulaciones lícitas y necesarias para el correcto funcionamiento de los contratos de distribución comercial. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia arbitral que se ha visto enfrentada al análisis de este tipo de cláusulas, y a su valoración como elemento negocial en contratos tales como la agencia, la concesión, la franquicia y el suministro, han aceptado sus ventajas y su legalidad. Así pues, en principio, ninguna duda cabe sobre su importancia y sobre la autonomía privada y la libertad contractual que asiste a los particulares para hacer uso de las mismas.

No obstante lo anterior, desde la perspectiva del derecho de la competencia se ha planteado un doble análisis o valoración de este tipo de cláusulas. Por un lado, se ha considerado que las cláusulas de exclusividad pueden constituir una práctica restrictiva de la competencia y, por otro, que dichos pactos pueden a ser a su vez desleales en tanto tengan como objeto o efecto cerrar el mercado o monopolizar la distribución de productos y servicios.

Actualmente se encuentra en curso el Proyecto de Ley número 38 de 2015 (Senado)² que elimina la conducta denominada “pactos desleales de exclusividad”, lo que *ab initio* puede ser

2 Se debe advertir al lector desde ya, que el presente texto se publica en medio del trámite del proyecto de Ley No. 38 de 2015 (Senado), que elimina la disposición del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 sobre pactos de exclusividad, y en su lugar lo reemplaza por el siguiente enunciado: “**Artículo 19. Publicidad ilícita.** *Se considera desleal incurrir en publicidad ilícita*”. Por tal motivo, las consideraciones aquí consignadas tienen en cuenta la vigencia del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 y, por supuesto, la frecuencia con que dichas cláusulas son incorporadas en los contratos mercantiles, no sin temores por parte de las empresas, de que sus conductas sean juzgadas como restrictivas de la competencia. Debe tenerse en cuenta, además, que la conducta desaparece del ámbito de la Ley de Competencia Desleal, sin que ello signifique que desaparezca del ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia.

considerado como una respuesta a la muy reducida y compleja aplicación de la norma, pero sobre todo a la consideración de que en realidad su valoración debe efectuarse únicamente desde la perspectiva de las prácticas restrictivas de la competencia y de forma muy restringida.

En este trabajo se aborda la importancia de los pactos de exclusividad en los principales contratos de distribución, y la valoración que a día de hoy pueden tener dichos pactos a la luz de las normas de libre competencia y competencia desleal.

Nos anticipamos a señalar que, dada la utilidad y los efectos generalmente benéficos que persiguen los pactos de exclusividad, el análisis de la autoridad de competencia debería partir de su legalidad e incluso de su expresa exención.

I. LA RELEVANCIA DE LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL

En el ámbito de los contratos de distribución mercantil es frecuente y las más de las veces indispensable el uso de las cláusulas o pactos de exclusividad.³ Es precisamente en el desarrollo de este tipo de contratos que mejor pueden apreciarse los efectos tanto positivos como negativos de esta clase de pactos.

Bajo la denominación de contratos de distribución mercantil⁴ se agrupan todos aquellos contratos a través de los cuales un empresario busca optimizar la comercialización de los bienes y

3 La expresión “contratos de distribución” se entiende como género o categoría general que agrupa a contratos tales como la agencia, la distribución en sentido estricto, la concesión y la franquicia, entre otros.

4 Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho civil y mercantil contemporáneo*, Bogotá: Legis, p. 494 y siguientes expone las características del contrato de distribución, entendido como especie y no como género del cual hacen parte, además, de la distribución en sentido estricto, el contrato de franquicia, concesión, agencia y suministro.

servicios que produce o distribuye a nivel mayorista, y que tienen como fin lograr un mayor posicionamiento de los mismos en los distintos mercados geográficos que, de no ser por el contrato, no podrían ser cubiertos en forma directa por el empresario, o de serlo le implicarían a este mayores costos.⁵

Aunque no existe una posición unánime de la doctrina -nacional y extranjera- sobre cuáles son los contratos que hacen parte de este género, para efectos de este trabajo consideramos los siguientes como los principales contratos de distribución: el contrato de agencia, el suministro, la concesión y la franquicia, los cuales deben su mayor relevancia a la frecuencia de su uso en el mundo de los negocios y al éxito que muchos de ellos ha desencadenado en la actividad empresarial.

Estos contratos tienen en común que pueden calificarse como de colaboración empresarial, principales, bilaterales, de duración, de ejecución sucesiva y onerosos. Se trata de acuerdos que le permiten a un empresario acceder a nuevos mercados, expandir su empresa, a la vez que controlar la actividad del tercero que contribuye con dicha expansión. Son en realidad instrumentos de cooperación o colaboración entre dos empresarios que asumen obligaciones, uno en favor del otro, y que pretenden en común el desarrollo de una empresa en beneficio de ambas partes.

5 Namen Vargas, William. Contrato de agencia comercial, en: Derecho de la distribución comercial. Biblioteca Millennium. Colección de Derecho económico y de los negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995, p. 198: “Las distintas expresiones de la distribución mercantil y la dinámica particular que le asiste impiden establecer una disciplina uniforme de la figura y de los acuerdos o negocios al respecto. Sin embargo, la coordinación, independencia, estabilidad, dinamismo, especialización de mercado, promoción, celebración y ejecución de negocios en interés recíproco, la traslación, supresión o atenuación de riesgos y costos singularizan estos convenios, cuya función práctica o económico social abarca, además, la cooperación empresarial, la búsqueda y consolidación de un mercado definido para los productos o servicios y la repartición de beneficios”.

Plasmada la relevancia del tema en el ámbito de los contratos comerciales, algunos de ellos atípicos, las inquietudes que surgen son: ¿qué función desempeña la cláusula de exclusividad en los contratos de distribución? ¿Se trata acaso de un elemento accidental del cual se puede prescindir sin afectar la existencia del contrato? o, por el contrario, ¿se trata de un elemento esencial o natural del mismo? Responder estas inquietudes requiere, de una parte, establecer de forma general la utilidad de un acuerdo de exclusividad y, de otra, estudiar los elementos de cada tipo contractual para determinar la función particular que en cada uno de ellos desempeña la exclusividad.

En forma genérica puede afirmarse que la exclusividad se traduce en un privilegio otorgado en favor de un sujeto, en virtud de la cual este goza de una ventaja competitiva en un mercado determinado. En este orden, la exclusividad constituye una forma de estimular la dedicación y de premiar los esfuerzos y las inversiones de un distribuidor, agente, concesionario o franquiciatario, un mecanismo para garantizar el acceso a determinados mercados y/o garantizar el posicionamiento de las marcas o productos nuevos.

Desde la perspectiva de los empresarios (suministrador, agenciado, concedente o franquiciante), la exclusividad permite un manejo adecuado del sistema de distribución de productos, ya sea con base en un criterio geográfico o en razón de los clientes atendidos; permite conocer el movimiento y volumen de ventas por mercados o sectores y las preferencias de los consumidores dentro del mismo y, en este sentido, permite controlar el proceso productivo en cuanto a unidades fabricadas y unidades vendidas.

Desde una perspectiva negativa, la exclusividad es un mecanismo a través del cual se puede restringir la competencia de diversas maneras. En efecto, la exclusividad puede utilizarse para segmentar y repartir mercados, restringir o agravar el acceso por parte de los competidores a un mercado determinado; también

puede emplearse para mantener la diferenciación geográfica de precios, evitar el comercio paralelo, discriminar entre los distribuidores de un producto y consolidar en algunas casos la posición de dominio de un empresario dentro de un mercado principal o en uno accesorio.

Estos efectos negativos (restrictivos) no pueden, en ningún caso, conducir a descalificar *a priori* el uso de estas cláusulas, pues tal como se indicó, muchas son también las ventajas que en general se desprende de este tipo de pactos, a las cuales se suma que en determinadas circunstancias la exclusividad resulta ser necesaria e indispensable para lograr la finalidad perseguida con una relación contractual específica. Por estas razones, en todos los casos será necesario que la exclusividad se mire dentro de las circunstancias concretas del caso y que su valoración se haga con base en criterios no solo jurídicos sino económicos.

En cuanto a su utilidad en el marco de cada tipo contractual, valgan las consideraciones que siguen.

El artículo 1501 del C.C. dispone:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas adicionales”.

Teniendo en cuenta esta disposición general, así como las propias de cada contrato y algunas decisiones jurisprudenciales en relación con los mismos, debemos establecer si la exclusividad tiene un carácter esencial, natural o meramente accidental, y la utilidad particular o los beneficios que las partes persiguen obtener con su incorporación dentro del contrato de que se trate. Estas

consideraciones serán útiles para afirmar la licitud y validez de estas cláusulas y también para sustentar una nueva metodología para su valoración desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Estas apreciaciones generales son aplicables tanto a la agencia y al suministro como contratos típicos, como a la concesión y a la franquicia que, pese a carecer de tipicidad legal, han adquirido tipicidad social. Tratándose de los contratos atípicos, habrá que tener en cuenta que ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer el régimen legal aplicable a ellos, a partir de la aplicación de diversas teorías que, tomando como punto de partida la identificación de las características y elementos estructurales del contrato, afirman como aplicable el régimen del contrato típico con el cual tienen mayores similitudes o, en forma simultánea, las normas que regulan los distintos contratos típicos cuyas prestaciones conforman el contrato atípico.

AGENCIA COMERCIAL

La agencia comercial es en Colombia una de las modalidades que puede adoptar el contrato de mandato.⁶ El artículo 1317 del C. de Co. define este contrato en los siguientes términos:

“Artículo 1317.- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

6 Ver el laudo arbitral proferido el 18 de noviembre de 1998 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Limitada., Alitur Ltda., y Air Aruba Sucursal en Colombia, e igualmente el laudo arbitral proferido el 23 de mayo de 1997 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Preparaciones de Belleza S.A., “Prebel S.A.” y L’Oreal.

“La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

En virtud de este contrato, un empresario independiente asume el encargo de promover en forma estable y permanente los negocios de otro empresario dentro de un territorio determinado.⁷ La agencia puede o no conllevar la representación del agenciado, pero siempre conlleva la gestión de negocios ajenos, siendo este uno de sus elementos esenciales.⁸ Pese a la independencia del agente, dado que no existe subordinación -rasgo que permite distinguir este contrato de una relación laboral-, los riesgos de la actividad mercantil son asumidos por el empresario agenciado, quien en todo caso ve fortalecida su actividad por la promoción de sus productos y su empresa, y por la clientela que el agente cautiva en su favor.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido como uno de los elementos esenciales del contrato de agencia, la asignación de un territorio dentro del cual el agente realiza sus actividades de

7 Sobre el concepto y las características del contrato puede verse Namen Vargas, William, op. cit., pp. 202 y ss. También, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de diciembre de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga; el laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A. en el cual se señaló: “Fluye de todo lo anterior, que la prestación de mayor envergadura a cargo del agente comercial no es otra que la de cumplir la tarea de promoción y ventas que un empresario o fabricante le ha confiado para que sea ejecutada en una zona geográfica preestablecida, labor que se traduce en un trabajo de intermediación entre este último y la clientela. [...]”. Igualmente puede verse el laudo arbitral proferido el 23 de mayo de 1997 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Preparaciones de Belleza S.A., “Prebel S.A.” y L’Oreal y, finalmente, el laudo arbitral proferido el 31 de marzo de 1998 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Supercar Ltda. vs. Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa.

8 Sobre las características del contrato de agencia comercial puede verse Londoño Álvarez, Miguel Fernando, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, *Revista Foro del Jurista*, No. 26, 2015, pp. 143-144.

gestión de negocios ajenos. Igualmente, se ha reconocido que la exclusividad conferida al agente dentro de dicho territorio es un elemento natural del contrato, de forma que si nada dicen las partes al respecto, se entiende conferida en favor del agente y solo se excluye cuando las partes así lo manifiesten de manera expresa.⁹

Generalmente el agente tiene interés en la concesión de la exclusividad, pues a través de ella no solo se elimina la competencia de otros empresarios dentro del territorio, sino que además se facilita el posicionamiento dentro del mercado -de los productos o servicios del empresario agenciado- y el afianzamiento de una clientela.

A pesar de que la exclusividad a la que se refiere el artículo 1318 del C. de Co. es de carácter territorial, nada impide que la exclusividad se otorgue al agente con base en otros criterios que pueden o no concurrir con el factor geográfico, por ejemplo, gama de productos o servicios, marcas o grupos de clientes.¹⁰

9 Namen Vargas, William, op. cit., p. 215 “La exclusividad en favor de agente es un elemento natural del contrato (artículo 1318 del Código de Comercio), precisa para el empresario prestación negativa (no hacer), consistente en el deber de abstención de servirse de otros agentes en la misma zona o para el mismo ramo de negocios, garantizándose, en su caso, permanencia, estabilidad, progresión, independencia y percepción de contraprestación agencial”.

10 En relación con el tema, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre Alitur Ltda., y Air Aruba Sucursal Colombia, mediante laudo del 18 de noviembre de 1998, citando la doctrina colombiana sobre el tema y concretamente el libro de Juan Pablo Cárdenas, destaca que la exclusividad concedida en favor del agente es un elemento natural del contrato de agencia en los siguientes términos: “5. Asignación de un territorio. Para el autor citado se trata del último de los elementos esenciales del contrato de agencia, pues en ausencia del mismo no podría ponerse en práctica un elemento de la naturaleza de este tipo contractual, cual es la exclusividad prevista en el artículo 1318 del Código de Comercio, ni sería viable la aplicación del artículo 1322 *ibidem* referente a la remuneración del agente, la cual se tasa aún en relación con todo negocio que el empresario concluya ‘directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente’. En esta misma decisión, pero esta vez citando doctrina extranjera sobre el tema se afirmó: ‘Finalmente, en opinión de Juan M. Farina, las siguientes son las notas caracterizantes o distintivas de este contrato: a) autonomía; b) relación estable

En virtud del pacto de exclusividad, el empresario agenciado se obliga a no designar, para el territorio conferido en exclusividad, otro u otros agentes que en su representación promuevan la celebración de contratos referentes al ramo de negocios al cual se dedica, ni a agentes que actúen en el mismo ramo de actividad o frente a los mismos clientes respecto de los cuales se ha conferido exclusividad a otro, so pena de que se declare el incumplimiento del contrato y la consecuente indemnización de los perjuicios que dicho incumplimiento ha ocasionado.

Por su parte, la exclusividad establecida en favor del agenciado en virtud de la cual el agente solo puede desarrollar las actividades de gestión y de promoción de negocios en su favor, requiere de pacto expreso dentro del contrato. En esta medida, la exclusividad del agente en el desempeño de sus funciones constituye un elemento accidental del contrato cuya eliminación no afecta ni la existencia ni la naturaleza del mismo, pero sí que puede afectar el interés de las partes en la suscripción del acuerdo. En efecto, para el agenciado puede ser indispensable que el agente se dedique en forma exclusiva a su negocio, entre otras razones, porque de esta forma garantiza un mayor y/o más rápido posicionamiento de sus productos o de su marca dentro de un territorio, porque a través de la exclusividad evita que el agente pueda desviar sus esfuerzos en la actividad de un competidor y, en este sentido, pueda desviar su clientela hacia la competencia y, finalmente, porque en virtud de la

con el comitente: se trata de un contrato de duración; c) es, generalmente, titular de un establecimiento mercantil; d) es un comerciante; e) generalmente se le atribuye una zona, y, dentro de esa zona, la exclusividad; f) no es parte en los contratos que se celebran a raíz de su intervención, y; g) su retribución consiste en un porcentaje (comisión) sobre el precio de cada contrato regularmente concertado, aunque puede pactarse otra forma de retribución'. (Farina Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 1997, pág. 423)”. Negrillas fuera de texto. En igual sentido, ver el laudo proferido por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Tecnoquímicas Ltda. & Cia S.C.A. y Smithkline Beecham Corporation, proferido el 30 de septiembre de dos mil cuatro (2004).

exclusividad puede garantizar que la inversión en la capacitación y/o instalaciones del agente revierten únicamente en su negocio y no beneficia ni directa ni indirectamente a sus competidores.

Sobre los aspectos que se vienen comentando, los artículos 1318 y 1319 del C. de Co. señalan:

“**Artículo 1318.** - Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos”.

“**Artículo 1319.** - En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores”.

La exclusividad establecida en el artículo 1318 del C. de Co. hace referencia a terceros y no al empresario agenciado. En este sentido, lo que impone la exclusividad es el deber del agenciado de abstenerse (obligación de no hacer) de designar otros agentes para actuar dentro de un territorio ya asignado; si el empresario agenciado actúa dentro del territorio o en la gama de negocios o frente a los clientes asignados en exclusividad, deberá pagar al agente las comisiones que derivan de las ventas directas, pues lo que ocurre en este caso es que se considera que dichos negocios han sido posibles en razón de los esfuerzos realizados por el agente.¹¹ A este respecto, el artículo 1322 del C. de Co. dispone:

“**Artículo 1322.** - El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando este lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”.

11 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 1992, M.P. Héctor Marín Naranjo.

En este orden de ideas, resulta claro que la exclusividad es un elemento de gran relevancia para que las partes puedan obtener la finalidad del contrato de agencia; si bien su exclusión no afecta ni la existencia, ni desnaturaliza el tipo contractual, sí puede ser un elemento definitivo en el momento en que las partes deciden seleccionar este tipo contractual y optan por su celebración. Si las partes excluyen la exclusividad, es posible que el tipo contractual más conveniente para sus intereses sea el contrato de mandato y no la agencia.

En este punto, merece la pena hacer algún comentario de dos proyectos de ley relevantes para la discusión. El primero es el Proyecto de Ley 146 de 2012 (Cámara de Representantes), por medio del cual se honraron los compromisos adquiridos por el gobierno colombiano a favor del gobierno de Estados Unidos en materia de la “Agencia Comercial de Bienes”. No obstante el archivo definitivo del proyecto por tránsito legislativo, el artículo 1º del mismo incorporaba la siguiente disposición:

Artículo 1: “[...] En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en el Código de Comercio en materia de agencia comercial. No obstante lo anterior, **no serán aplicables a la agencia comercial de bienes los artículos 1318, 1324, 1325 y 1327 del Código de Comercio**”. (Resaltado fuera de texto)

En este orden de ideas, con claridad, el proyecto de ley sobre “Agencia Comercial de Bienes” eliminaba la exclusividad a favor del agente, promoviendo una apertura a la inversión extranjera, pero a costa de la eliminación de uno de los elementos naturales del contrato de agencia, y desnaturalizando la figura del mismo.

A pesar del archivo del Proyecto de Ley 146 de 2012 (Cámara de Representantes), se ha venido impulsando en el Congreso el Proyecto de Ley 154 de 2015 (Senado) “Por medio de la cual se define la representación comercial de casa extranjera y se establecen mecanismos de protección para representantes comerciales y agentes en el territorio nacional”. El proyecto de ley, además de

tener un fuerte carácter proteccionista de la industria y los empresarios nacionales,¹² incorpora una interesante presunción en materia de exclusividad. Según el parágrafo 1º del artículo 1º del mencionado proyecto dispone:

“**Artículo 1º:** (...) **Parágrafo 1.** Se presume de derecho que hay exclusividad cuando la representación se ha ejercido durante más de diez (10) años consecutivos sin que haya existido en el mercado otro representante, agente, distribuidor o mandatario que haya desarrollado los mismos negocios mercantiles frente a los mismos bienes y servicios en favor del representado”.

El proyecto de ley incorpora una presunción *iuris et de iure* de exclusividad a favor del representante (agente), con lo cual, en nuestra opinión, va en contravía del espíritu del Proyecto de Ley 146 de 2012, pues no solo afirma la vigencia de los artículos 1318 y 1319 del C. de Co. (Artículo 5 del proyecto), sino que amplía el espectro de protección del representante comercial e intensifica el grado de indemnización en caso de que este resulte perjudicado.

CONTRATO DE SUMINISTRO

El contrato de suministro con fines de distribución se encuentra regulado por los artículos 1559, 1560 y 1568 del C.C. y los arts. 968 a 980 del C. de Co. El art. 968 del C. de Co. define este contrato en los siguientes términos:

“**Artículo 968.-** El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

12 Puede solamente mirarse la especificidad con la que se dispone la indemnización a favor del representante una vez se haya finalizado el contrato de representación comercial (Artículo 4º) o la afirmación de la nulidad de pleno derecho de cualquier clase de renuncia sobre los derechos, retribuciones y compensaciones a favor de los empresarios nacionales (Artículo 6º).

Inicialmente, el tema de la exclusividad en el contrato de suministro se encontraba regulado en los artículos 975 y 976 del C. de Co.¹³ Estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 256 de 1996, cuyo artículo 19 regula en la actualidad los pactos desleales de exclusividad.¹⁴

Aunque el artículo 19 se haya incluido en la ley de competencia desleal, *stricto sensu* el mismo se refiere a un comportamiento que debería regularse por las normas de libre competencia. Al parecer, la inclusión de este artículo en la ley de competencia se debió a razones de urgencia legislativa que impidieron la aplicación de los principios de coherencia y de unidad que debían presidir la expedición de la Ley 256 de 1996. Sobre el contenido y el alcance de esta disposición nos referiremos más adelante.

La exclusividad tiene en el contrato de suministro un carácter accidental; las partes pueden en desarrollo de su autonomía privada optar por incluir dentro del mismo una exclusividad en favor del suministrado, del suministrador o de ambas partes. En todos los casos, la licitud y validez de este tipo de cláusulas dependerá de los efectos restrictivos que se desprendan de su uso.

En la valoración de los pactos de exclusividad, además de las normas de competencia desleal será necesario aplicar las normas de libre competencia. Al día de hoy, si la cláusula de exclusividad

13 El artículo 976 del C. de Co. establecía la duración máxima de los pactos de exclusividad en los siguientes términos: “Limitase a 10 años la duración máxima de toda cláusula de exclusividad. Cuando durante la vigencia del contrato con cláusula de exclusividad, se pacten otros contratos análogos entre las mismas partes y sobre el mismo género de bienes o servicios, las cláusulas de exclusividad contenidas en los nuevos contratos terminarán en la fecha de expiración de la inicialmente pactada”.

14 Art. 19 de la Ley 256 de 1996: “Artículo 19.- Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales”.

es restrictiva de la libre competencia, además de las vías administrativas y judiciales a las que puede acudir el que se sienta afectado por esta clase de comportamientos, el perjudicado puede iniciar una acción declarativa o preventiva de competencia desleal con base en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996.¹⁵

CONCESIÓN

Otro tipo contractual que ha venido adquiriendo especial relevancia dentro de los sistemas de distribución comercial es el contrato de concesión. Este contrato legalmente atípico, pero con tipicidad social reconocida, se encuentra hoy por hoy claramente diferenciado de otros contratos de distribución mercantil, tanto por parte la doctrina como de la jurisprudencia nacional.¹⁶ Si bien su uso se ha extendido y acreditado principalmente en el sector de la distribución de bienes duraderos y/o de lujo, como son los vehículos automotores, su utilidad va muchos más allá, en la medida en que constituye una herramienta fundamental para empresas que desean tener presencia en el territorio nacional y control sobre sus signos distintivos pero que a la vez quieren desprenderse de la responsabilidad y el riesgo propio de la tenencia de los productos.

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, en la concesión, la propiedad de los bienes es del concesionario, conservando el concedente un control sobre la forma en que debe realizarse la distribución de los productos o servicios, el cual se

15 Ver en igual sentido, los laudos proferidos por los tribunales de arbitramento constituidos para dirimir las controversias entre Mónica Estrada Restrepo y Munipredios Ltda., Asesores en Seguros contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros, del 10 de marzo de 2010; ExxonMobil de Colombia S.A. contra Fernando Aturo Rubio Fandiño, del 15 de abril de 2008; Inversiones Medina Hoper S.A. contra Industria Andina de Absorbentes S.A., del 18 de junio de 2010.

16 Ángulo Rodríguez, Luis, Contratos de colaboración, en: Jiménez Sánchez, Guillermo J. (Coord.), Lecciones de derecho mercantil, Madrid: Tecnos, 2010, pp. 398 a 400.

manifiesta, por ejemplo, en la forma en que estos deben disponerse dentro de los locales comerciales, en la publicidad autorizada, en el stock mínimo, en la forma en que se deben prestar los servicios de mantenimiento y de garantía, etc.

En la concesión, el riesgo del negocio es del concesionario, y en la agencia es del agenciado. Mientras el agente -empresario independiente- actúa gestionando negocios de otro empresario, el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia gestionando su propio negocio.¹⁷ En el caso de la agencia, la clientela es del agenciado, mientras que en la concesión la clientela es del concesionario.¹⁸

En relación con las diferencias y puntos en común entre el contrato de concesión y de suministro, la jurisprudencia ha señalado como coincidencias la transferencia de la propiedad de los bienes en favor del concesionario y del suministrado, y el carácter prologando y sucesivo de las prestaciones a cargo del concedente y del suministrante.

También ha señalado la jurisprudencia que el contrato de concesión es mucho más complejo y abarca un número mayor de prestaciones que el suministro, pues generalmente incluye, además del suministro de los productos, un control sobre la actividad del concesionario, la posible cesión de los signos distintivos del

17 Ángulo Rodríguez, Luis, op. cit., p. 398: “El concesionario adquiere la mercancía suministrada por el concedente en firme y la revende a su propia clientela, aunque bajo la marca del concedente; y actúa siempre en nombre y por cuenta propia, por lo que asume todos los gastos y riesgos de la operación, tanto en lo relativo a la recepción y almacenamiento de la mercancía, cuando a la financiación y cobros a su clientela [...]”.

18 En relación con las diferencias entre estos dos contratos pueden verse el laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., así como el laudo arbitral proferido el 31 de marzo de 1998 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Supercar Ltda. contra la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa.

concedente, la asignación de los riesgos derivados del contrato a cada una de las partes según la actividad que desempeñan, la imposición de obligaciones de compra mínima y publicidad a cargo del concesionario y la prestación de servicios complementarios de posventa, reparación y mantenimiento de los bienes vendidos dentro de la red de concesionarios para mantener el buen nombre del concedente y la acreditación de la marca.¹⁹

En cuanto se refiere a las cláusulas de exclusividad incluidas en este contrato, muchas y contrarias son las opiniones de la doctrina al respecto. Algunos autores, tanto nacionales como extranjeros, afirman que la exclusividad de venta o exclusividad en la distribución -generalmente de carácter territorial- otorgada al concesionario es un elemento esencial del contrato;²⁰ otro sec-

19 Sobre las diferencias entre el contrato de concesión y el contrato de suministro puede verse el laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993 por parte del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A.: “Podría deducirse de lo anterior que la concesión resulta semejante o asimilable al suministro, pues una y otro tienen en común que una parte se obliga, a cambio de una contraprestación en dinero, a transferir en favor de otra, en forma periódica e independiente, la propiedad de ciertos bienes y porque en ambos es admisible la exclusividad en favor del proveedor. No obstante, el objeto de la concesión no está constituido por las prestaciones últimamente enunciadas. Su finalidad es más amplia: como se dijo atrás, consiste en asegurar, a través de un contrato-marco, la distribución por medio de una reventa, de determinados productos de un empresario (concedente), en condiciones establecidas por él, en un territorio y por un tiempo determinados, de la cual se encarga un comerciante (concesionario) que obra en su propio nombre, por su cuenta, pero hace parte de una red de comercialización cuyas políticas comerciales y condiciones son determinadas por el concedente y obligatorias para el concesionario. En otras palabras, en el suministro, las prestaciones a cargo de cada una de las partes se conocen con antelación, mientras que en la concesión ellas están sometidas a lo que periódicamente se vaya conviniendo en los respectivos contratos de aplicación. En el suministro el distribuidor no está obligado a revender conforme a instrucciones de su proveedor, en tanto que en la concesión sí está obligado por ellas”.

20 Rengifo García, Ernesto, “Contrato de concesión comercial”, en: *Derecho de la Distribución Comercial*, Biblioteca Millennio, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995, p. 92, citando la

tor de la doctrina se opone a esta consideración,²¹ y por último, algunos otros prefieren, antes de calificar el alcance de la exclusividad, distinguir entre dos de sus modalidades: la exclusividad en

definición del Champaud sobre la concesión señala: “Se destaca igualmente de la definición que la exclusividad de reventa en favor del concesionario resulta ser un elementos esencial del contrato”. Ver también el laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A., en el cual se comenta la doctrina de los destacados tratadistas franceses, Collart Dutilleul y Delebecque, en los siguientes términos: “Estiman los precitados autores, que lo que verdaderamente caracteriza la concesión es la exclusividad. Esta puede ser simple, si consiste en la obligación del concesionario de adquirir productos únicamente de su contratante y a la vez proveedor, y a no comercializar productos que compitan con los de este (exclusividad de compra), o recíproca, cuando, además, el concedente se obliga a suministrar bienes solo a su concesionario (exclusividad de venta). Incluso agregan que un contrato por el cual una parte se obliga a suministrar a otra bienes en forma exclusiva, que no venga acompañado de otro igual para la compra de las mercaderías objeto del contrato no es una concesión sino una simple venta. Explican que en su estado puro, el contrato de concesión contiene la doble exclusividad a que se hizo mención, pero, aclaran que no todas las concesiones vienen acompañadas de un derecho de exclusividad recíproca”.

- 21 Laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993 por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A.: “Sin embargo, para otros autores como Garrigues, la exclusividad no es esencial al contrato por un aspecto, ‘porque pueden existir contratos de concesión sin esa exclusiva, y, por otro, porque la cláusula de exclusiva se establece en otros contratos sin que por ello pierdan su naturaleza (así venta, suministro, comisión o agencia)’. Tal razonamiento lo lleva a entender el contrato de concesión como aquel ‘por el cual un comerciante o empresario (concesionario) se compromete a vender en una zona y en determinadas condiciones los productos de otro empresario (concedente) y a prestar a los adquirentes de estos determinada asistencia’. Acompaña a los anteriores Arce Gorgollo, para quien la exclusividad no es siempre necesaria en el contrato de concesión, lo cual le permite excluirla de la definición. Concluye que ‘el contrato de distribución es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar y revender, a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor (concedente) en los términos y condiciones de reventa que este señale. El productor tendrá la facultad de imponer al distribuidor, además, determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos”.

la venta establecida en favor del concesionario y la exclusividad de aprovisionamiento establecida en favor del concedente.²²

En la práctica, por lo general, el contrato de concesión involucra una exclusividad en la distribución, en virtud de la cual el concedente asume un deber de abstención en relación con la designación de otros concesionarios, y de actuación o injerencia directa en el territorio asignado en exclusiva al concesionario. Puede ocurrir que la exclusividad tenga carácter recíproco y, por tanto, que además de la obligación descrita, el concesionario se obligue para con el concedente a adquirir los productos únicamente de él o a través de las empresas que este designe, es decir, asuma un compromiso de compra o aprovisionamiento en exclusiva.²³

La doctrina nacional precisa que la exclusividad en este contrato no tiene carácter esencial,²⁴ discute si puede considerarse

22 De esta corriente, el profesor Carlos Alberto Ghersi en su obra *Contratos civiles y comerciales*, citado y comentado por Rengifo García, Ernesto, op. cit., p. 93. Ángulo Rodríguez, Luis, op. Cit. p. 398, quien indica de forma general que: “En estos contratos es frecuente la cláusula de exclusiva, normalmente con carácter recíproco, así como la imposición al concesionario de determinadas obligaciones relativas al volumen mínimo de comercialización, servicios posventa etc.”.

23 Rengifo García, Ernesto, op. cit., p. 110: “A través del pacto de exclusiva contenido en el contrato de concesión, el concesionario goza de un verdadero monopolio de venta o distribución en un área o territorio determinado, pero a su vez, la exclusividad también se puede pactar a favor del concedente, caso en el cual también se le conoce con el nombre de pacto exclusivo de aprovisionamiento. De tal forma que la exclusividad puede establecerse para ambas partes del contrato con obvios beneficios económicos para ellas”.

24 En este sentido compartimos la opinión del profesor Rengifo García, Ernesto, op. cit., p. 95, sobre el carácter no esencial de la cláusula de exclusividad: “e. El contrato puede contener la cláusula de exclusiva en favor del concesionario, del productor o de ambos, para una zona o producto determinado y durante un plazo específico, pero esto no es un elemento esencial [...]” y en la p. 113, en la cual señala: “En nuestro criterio, la exclusividad, que por lo general está incluida en los contratos de concesión, se ubica dentro de los elementos accidentales del negocio; es decir, su inclusión en el contenido del contrato es el resultado del ejercicio de la autonomía contractual. Una vez puesta la exclusiva, ella deviene en un elemento esencial del negocio”.

como un elemento natural, al igual que la exclusividad en favor del agente, y, finalmente, reconoce en el mayor número de casos el carácter accidental de este tipo de cláusulas.

La eventual naturaleza accidental de los acuerdos de exclusividad en el contrato de concesión no descarta ni su utilidad ni su necesidad cuando para la obtención de los fines del contrato se hace indispensable su incorporación. Al igual que en los contratos anteriores, la no incorporación de acuerdos de exclusiva puede ser motivo para que las partes descarten el uso de este tipo contractual o decidan negociar en forma diferente los términos del mismo.

Para determinar el alcance de la exclusividad y la validez de estos pactos desde la óptica de las normas de libre competencia, será necesario aplicar las consideraciones que en adelante se realizan sobre la valoración de estos acuerdos.

FRANQUICIA

Finalmente, el contrato de franquicia ocupa un lugar relevante dentro de la categoría de los contratos de distribución, el cual siendo atípico, combina las prestaciones del contrato de licencia de marca con aquellas que derivan de un contrato de licencia de *know how*.²⁵

Se ha definido la franquicia como “[...] una técnica de desarrollo que permite a una empresa, la del franquiciante, dar en licencia su marca y sus métodos originales, o lo que se llama su

25 Velilla Moreno, Marco Antonio, Contrato de franquicia, en: *Derecho de la distribución comercial*, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho económico y de los negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995, p. 65, considera que además del contrato de licencia de marca y de licencia de *know how*, la franquicia incluye también un contrato de asistencia técnica y un contrato de suministro. Además, en los casos de la franquicia industrial -según este autor- se agregaría un contrato de ingeniería y eventualmente un contrato de transferencia tecnológica vinculado a una patente.

know how (savoir faire) a una tercera persona, sea física o moral, con el objeto de obtener rendimientos económicos de sus conocimientos”.²⁶

También se ha señalado que el contrato de franquicia constituye “un acuerdo de voluntades en virtud del cual un empresario (franquiciador o franquiciante) concede a otro empresario independiente (franquiciado), el derecho a reproducir un modelo de negocio desarrollado por el primero, mediante el uso de sus signos distintivos, otros derechos de la propiedad industrial, la imagen, el *know how* involucrado, bajo la estrecha supervisión del mismo. A cambio de ello y por el derecho a pertenecer a la cadena, el franquiciado paga una remuneración al franquiciante, representada generalmente en un derecho de entrada (*fee*) y en unas sumas periódicas (regalías) que se causan durante toda la vida del contrato como porcentaje de las ventas y en otras prestaciones indirectas como la contribución al fondo de publicidad mediante el pago de cuotas sucesivas”.²⁷

En este contrato, la exclusividad tiene por lo general carácter recíproco: de un lado se establece la obligación del franquiciado de aprovisionarse exclusivamente a través del franquiciante o las empresas designadas por este, y de otro, el franquiciante le confiere a aquel una exclusividad de carácter territorial para el desarrollo de sus actividades mercantiles. En algunos casos, la exclusividad de carácter territorial se amarra a otras estipulaciones que limitan el número de establecimientos que puede abrir el franquiciado o que imponen a este el deber de comunicar y

26 Velilla Moreno, Marco Antonio, op. cit., p. 43. Más sobre el contrato de franquicia y sus diferencias con la distribución en Namen Vargas, William. Op. cit., p. 197.

27 Rodríguez Yong, Camilo A. Acerca de una posible regulación del contrato de franquicia en Colombia, en: *AAVV, Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio*, Tomo II, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2013, p. 130.

obtener la autorización del franquiciante para mudar sus locales comerciales.²⁸

Generalmente, la obligación de aprovisionamiento exclusivo a cargo del franquiciante se considera necesaria para garantizar la identidad y la calidad de los bienes y servicios ofrecidos; en este orden, el franquiciante puede disponer que las materias primas o los bienes terminados necesarios para el desarrollo del contrato se adquieran de él o de los fabricantes que designe.

Más complejo es el tema de la prohibición de suministros cruzados, la cual puede constituir un acuerdo de carácter ilícito, en la medida en que carece de razonabilidad y justificación, toda vez que la identidad y la calidad de los productos o servicios no se afecta cuando el franquiciatario se provee a través de otros que hacen parte de la red, en cambio sí se restringen injustificadamente las actividades de aprovisionamiento.

Las cláusulas de exclusividad tienen en este contrato una naturaleza accidental. Su uso reiterado no puede conducir a calificarlas como esenciales, pues el contrato no deja de existir ni se transforma en otro en caso de que las partes decidan no pactar la exclusividad de venta o de aprovisionamiento.

Como complemento de las obligaciones de exclusividad, suelen incluirse dentro del contrato obligaciones o pactos de no competencia, tanto de carácter contractual como de carácter pos-contractual, en virtud de los cuales el franquiciatario se obliga a no desarrollar actividades o explotar negocios que se encuentren en competencia con aquellos que se han desarrollado en virtud de la franquicia.

De las anteriores anotaciones, se hace patente la utilidad que desempeñan las cláusulas de exclusividad en favor de los intereses de quienes son parte en un contrato de distribución. Se trata

28 Velilla Moreno, Marco Antonio, op. cit., p. 73.

de herramientas a través de las cuales se moldean los intereses y las expectativas de las partes en relación con los intereses cuya satisfacción pretenden y, es precisamente, por estas razones que se hace necesario conocer el sistema de valoración de esta clase de acuerdos.

II. EL JUICIO DE LEGALIDAD Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDAD A LA LUZ DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

En el ordenamiento jurídico colombiano, el análisis de las cláusulas de exclusividad, además de su pertinencia y utilidad en el marco de los contratos de distribución, también involucra la valoración de dichos pactos a la luz del Derecho de la competencia, conforme se explica enseguida:

LOS PACTOS DE EXCLUSIVIDAD COMO ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

Los artículos 1° de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992 establecen la prohibición general de realizar prácticas restrictivas de la competencia dentro del mercado:

“Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 modificado por el Decreto 3307 de 1963. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

“Decreto 2153 de 1992. Artículo 46. Prohibición. Adicionada por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009- En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

“Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

Adicionalmente, el Decreto 2153 de 1992 también regula las conductas anticompetitivas estableciendo su concepto (artículo 45) y un listado no taxativo de los acuerdos y actos anticompetitivos (artículos 47 y 48, respectivamente) y de las conductas que constituyen abuso de la posición de dominio (artículo 50).

Interpretando armónicamente lo dispuesto en los artículos 45, 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992, junto con las normas que contienen la prohibición general (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y artículo 46 del Decreto 2153 de 1992), debemos entender que en el sistema jurídico colombiano se encuentran prohibidos todos los contratos, convenios, concertaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre dos o más empresas, así como los actos que tengan por objeto o como efecto limitar la libre competencia, al igual que las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.²⁹

²⁹ Nuestro trabajo no incluirá consideraciones sobre los “actos restrictivos”, teniendo en cuenta que las cláusulas de exclusividad se regulan por las disposiciones relativas a los “acuerdos”. Sin embargo, valga la pena señalar que la redacción del art. 48 del Decreto 2153 de 1992 merece algunos reparos o críticas, dado que las conductas que en él se mencionan, deberían hacer parte de un estatuto diferente (numeral 1 del artículo 48), o bien deberían ser objeto de sanción solo en la medida en que fuesen realizadas por empresas que ostentan poder de mercado, caso en el cual deberían regularse por el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, referente al abuso de posición dominante (numerales 2 y 3 del artículo 48).

Las cláusulas o pactos de exclusividad, tradicionalmente como acuerdos de naturaleza vertical, han sido valoradas a la luz del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, bajo la consideración de ser una conducta que implica la intervención de las voluntades de dos o más agentes económicos situados en distintos niveles de la estructura del mercado.

A pesar de la premisa general, nada obsta o impide que dichos pactos de exclusividad puedan llegar a ser juzgados bajo la óptica de la prohibición general, norma esta cuyas fronteras y límites al día de hoy no son muy claros ni para la SIC ni para operadores o agentes económicos cuyas conductas tengan o puedan tener efectos en el mercado colombiano.

En efecto, la amplitud con que la SIC viene aplicando la prohibición general supone un riesgo para las empresas, para el principio de legalidad y tipicidad que deben atenderse en los procedimientos administrativo sancionatorios y sobre todo para la seguridad jurídica. A nuestro juicio, no son claros los criterios que utiliza la SIC para aplicar la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y no lo son, dado que la entidad se ha limitado a señalar que la expresión “prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos” describe tres formas o tipos de conducta distintos, sin entrar a definir los restantes elementos de la tipicidad y de la antijuridicidad que impone la aplicación coherente de la norma.³⁰

30 Vid. Resolución No. 23890 de 2011: “Frente al segundo supuesto, doctrina de esta Superintendencia, anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2153 de 1992, había considerado que la segunda prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se ha de interpretar teniendo en cuenta que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término y de manera simultánea, debe mantener o determinar precios inequitativos. En este sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959.

El análisis de las resoluciones y conceptos de la SIC que abordan el tema de la exclusividad evidencian la forma en que esta clase de cláusulas ha sido tradicionalmente valorada en el ordenamiento jurídico colombiano y la necesidad de introducir cambios en dicho proceso, al punto de proponer su excepción legal.

La valoración de las cláusulas de exclusividad sigue en términos generales las siguientes etapas:

1. En primer lugar, se debe verificar si la cláusula de exclusividad es un acuerdo restrictivo, es decir, si cumple con los requisitos de la prohibición establecidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o bien puede serle aplicable la cláusula general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Hay que tener en cuenta que si bien toda exclusividad supone una restricción, ello no implica que siempre se cumplan los demás requisitos para considerar como prohibido un pacto de esta naturaleza. En muchos casos basta esta primera fase del análisis para considerar que el acuerdo es lícito y completamente válido a la luz de la normativa de libre competencia.³¹

No obstante, este Despacho se aparta de la anterior interpretación y considera que las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres: 1) Los acuerdos ‘que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros’... 2) ‘Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia’. 3) ‘Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos’”.

- 31 Concepto de la SIC No. 96047717, del 27 de noviembre de 1996: “1) La exclusividad por sí misma, pese a su naturaleza obviamente restrictiva de la actividad mercantil y que limita de algún modo y en mayor o menor grado la competencia, no constituye de plano una práctica prohibida por las normas sobre promoción de la competencia. De acuerdo con lo anterior, puede considerarse entonces como válido, en principio, que en determinados contratos se incluyan pactos de exclusividad tanto para una u otra de las partes, como por ejemplo, para el suministrador o consumidor, para el distribuidor o concesionario, como para el suministrante o proveedor, fabricante o concedente, así como para ambos y también para ninguno. Lo anterior significa que a primera vista pueden ser

2. En desarrollo del proceso a adecuación de la conducta al tipo se debe comprobar que: 1) la exclusividad es el resultado de un acuerdo de pluralidad de voluntades o de una concertación (expresa o tácita); 2) que la misma tiene por objeto o como efecto restringir, falsear o eliminar la libre competencia, y 3) que afecta la competencia en forma considerable o sensible dentro de un mercado.

En la mayoría de las veces las cláusulas de exclusividad no tendrán “por objeto” restringir la competencia, pero es posible que tengan “efectos” anticompetitivos.

Como ya lo hemos indicado, por regla general la inserción de estas cláusulas tiene que ver más con finalidades de eficiencia y operatividad comercial que con fines restrictivos.³² Por regla general, además, esta clase de acuerdos se incorpora dentro de

válidas las cláusulas que prevean tanto la exclusividad de compra y distribución, incluyendo la especificación o determinación de territorio, como la exclusividad de venta o abastecimiento a uno o unos consumidores, distribuidores o concesionarios previamente definidos, así como la combinación de los anteriores”. Ver también el concepto de la SIC No. 01052233, del 14 de agosto de 2001: “En este orden de ideas, no obstante los pactos de exclusividad no están *per se* prohibidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, se concluye que estos no pueden directa o indirectamente tener por objeto limitar la producción, el abastecimiento, la distribución o el consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros o en general ir encaminados a limitar la libre competencia o a mantener o determinar precios inequitativos, so pena de ser considerados restrictivos de la competencia y, por lo tanto, de ser sometidos a las consecuencias jurídicas establecidas para este tipo de conductas por la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992”.

- 32 Miranda Londoño, Alfonso, Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, CEDEC, No. III. 2002, p. 66: “Cuando el fabricante decide restringir la rivalidad entre sus distribuidores, su objetivo de ninguna manera es el de reducir la oferta, ya que esta es una decisión que él podría tomar de manera unilateral y autónoma si con ella pudiera ganar algo, o hacer más eficiente su operación. Cuando un fabricante fija unilateralmente los precios de venta al público o divide los mercados geográficamente o de otra manera entre sus distribuidores, su motivación no es la de restringir la oferta sino únicamente la de crear eficiencias en la distribución”.

contratos con objeto y causa lícita, es decir, en contratos que no tienen por objeto restringir la competencia.

Precisamente, para verificar estos aspectos habrá que tener en cuenta varios factores que serán determinantes a la hora de calificar el pacto o la cláusula como restrictiva de la competencia:

- i) Determinar el mercado al cual pertenecen las partes del acuerdo. Una vez identificado deberá establecerse su estructura: si se trata de un mercado oligopólico u oligopsonico, el grado de competencia intramarcas y intermarcas dentro del mismo, si existen barreras de entrada, si hay o no competencia potencial dentro del mismo y si existe competencia entre sistemas de distribución.
- ii) También se debe establecer si la existencia del pacto de exclusividad modifica la estructura y el funcionamiento de ese mercado, es decir, si la exclusividad supone el cierre del mercado, si incrementa las barreras de entrada al mismo o desincentiva el ingreso de nuevos oferentes, bien porque el proceso de ingreso resulta más complicado o porque sea más costoso o menos rentable y, finalmente, si la exclusividad reduce o no la competencia intermarcas.³³

33 Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La cláusula de exclusividad pactada en los contratos de suministro puede erigirse en barrera de entrada a los competidores y a los demás agentes económicos. La distribución de un determinado bien que se realice a través de un solo canal comercial, ciertamente impide a otros empresarios participar en su colocación en el mercado. De otro lado, en relación con las unidades económicas que demanden el bien como ingrediente de su proceso productivo, la exclusividad de su distribución puede significar precios más altos de los normales o inclusive desabastecimiento del mismo. La finalidad a la que se endereza la prohibición legal, se ajusta plenamente a la Constitución, que ha elevado la ley de competencia económica al rango de derecho constitucional de todas las personas (CP. art. 333). [...] El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento

- iii) Puede ocurrir que teniendo efectos restrictivos, la cláusula de exclusividad no afecte en forma sensible la competencia y por tanto no deba ni prohibirse ni sancionarse. En este caso nos encontramos frente a un supuesto de aplicación de la teoría de los acuerdos de menor importancia, que en el derecho colombiano se encuentra establecida en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.³⁴ Es preciso tener en cuenta que atendiendo el tenor de la norma citada, la SIC considera que la falta de significancia implica no un supuesto de atipicidad (como quiera que la conducta se considere ilícita), sino un supuesto de antijuridicidad, esto es, que no lesiona el bien jurídico objeto de protección.

alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello, si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Desde un ángulo teórico, la medida sirve al propósito pretendido por la ley. [...] El problema constitucional, realmente, surge en relación con el último grupo de requisitos. La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.”.

- 34 **Artículo 3°. Propósitos de las Actuaciones Administrativas.** Modifícase el número 1 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas 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. **Parágrafo.** La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta”.

iv) Igualmente, puede ocurrir que a pesar de los efectos anticompetitivos, la exclusividad sea necesaria para el desarrollo del contrato en el cual se ha insertado, bien porque sin ella las partes no hubiesen accedido a celebrar el acuerdo, porque lo hubieran hecho en condiciones más onerosas e incluso más restrictivas, o bien porque sin dicho acuerdo el contrato no generaría tantos beneficios y ventajas (teoría de las restricciones inmanentes).³⁵

La aplicación de la teoría de las restricciones puede conducir a que muchas de las cláusulas de exclusividad se consideren válidas, no obstante ser restrictivas, pues en la mayoría de casos -como tuvimos oportunidad de mencionarlo- la exclusividad será un elemento natural (contrato de agencia) o bien un elemento accidental pero de gran relevancia para el desarrollo y los fines del contrato de distribución.

v) Habrá que analizar si la exclusividad se encuentra ligada a otra clase de restricción, pues en este evento habrá mayores riesgos de que resulte restrictiva.

3. Aun siendo restrictivas de la competencia, las partes pueden alegar ante la SIC que dichas cláusulas están insertas en uno de los acuerdos que legalmente están exceptuados, esto es, que están amparados por el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.
4. Si el acuerdo es restrictivo de la competencia, las partes del mismo, previa ejecución del pacto, podrán optar por solicitar la autorización previa de la SIC, atendiendo a lo dispuesto en

35 Hasta el momento, en Colombia, la teoría de las restricciones accesorias ha tenido aplicación frente al caso de las cláusulas de no competencia, así como en los procesos de concentración empresarial en los que se ha estimado que algunos pactos o acuerdos, a pesar de tener efectos anticompetitivos, deben ser aceptados, pues resultan indispensables para que la operación se consolide como tal y puede generar eficiencias. Ver la Resolución 46235 de 2010.

el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, debiendo acreditar en este caso la necesidad del acuerdo vertical para la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes y servicios.³⁶

5. Las partes también podrán alegar que, tratándose de acuerdos de tipo vertical, su análisis debe ser realizado bajo la regla de la razón, lo que eventualmente puede conducir a que se admita su aplicación.

La SIC, por ejemplo, ha tenido en cuenta los beneficios que se desprenden de la exclusividad a favor de los consumidores, como uno de los criterios que abogan la permisión de la exclusividad.³⁷

6. Si ninguno de los supuestos de excepción resultan aplicables, la SIC tendrá que demostrar la afectación de la competencia

36 Ver además el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 2.2.2.29.5.1. del Decreto 1523 de 2015.

37 Se destacan, por ejemplo, los conceptos en los cuales la SIC ha condicionado la licitud de los acuerdos de compra en exclusiva a la existencia de un pacto recíproco de suministro en exclusiva en favor del revendedor, así como a la existencia de beneficios para las partes del acuerdo y el consumidor, vgr.: el Auto No. 07 del 31 de marzo de 1997 en el cual se afirma: “1. La compra exclusiva puede ser permitida en contratos en los cuales una parte se comprometa respecto a la otra a suministrarle en exclusiva determinados productos con el objeto de revenderlos en una zona definida, teniendo la obligación el revendedor de no distribuir productos competidores de los mencionados en el contrato y de comprar solo los productos incluidos en el mismo para su reventa, únicamente a la otra parte, siempre que no sean contrarios a la libre competencia. Así mismo deben redundar en beneficios tales como reducción de costos de distribución para el proveedor, una mayor organización en la planificación de sus ventas y garantía al revendedor de un abastecimiento regular a un menor precio. En particular, en el sector de las bebidas gaseosas se aceptan las cláusulas que imponen al revendedor como obligación la compra exclusiva, para aquellas bebidas que se entreguen en cantidades e intervalos suficientemente cortos y a precios y condiciones que permitan una reventa normal a los consumidores, siempre que de acuerdo con la naturaleza, el volumen y la duración de las prestaciones que hayan de realizar las partes en el Acuerdo contengan ventajas para los consumidores”. En igual sentido, el Auto No. 05 del 30 de enero de 1997.

en el mercado de que se trate, esto es, que a nuestro juicio no bastará para imponer la sanción con demostrar la tipicidad del comportamiento, sino que además la entidad tendrá la carga de probar su antijuridicidad.

7. Posteriormente, habrá que determinar las consecuencias que se desprenden de la ilicitud del pacto respecto al contrato y a las relaciones entre las partes.

En principio, la nulidad por objeto ilícito afectará únicamente a la cláusula de exclusividad, conservando vigencia y validez las restantes cláusulas del acuerdo. En todo caso, si la exclusividad se considera por las partes como un elemento esencial del pacto, se afectará la existencia del mismo y en este caso la nulidad afectará la totalidad del acuerdo.

La nulidad y la indemnización de perjuicios que derive de la incorporación de esta clase de acuerdos solo podrán ser definidas por el juez, ya sea con posterioridad a la decisión de la SIC o en forma autónoma si así lo han querido las partes.

Después de este extenso análisis, en la mayoría de los casos, la SIC ha concluido que las cláusulas de exclusividad son válidas porque no afectan en forma negativa y considerable la competencia o porque afectándola resultan necesarias a los fines del contrato en el cual se han incorporado.

Igualmente, en la mayoría de los conceptos que sobre el tema se han emitido, la SIC señala que las cláusulas de exclusividad no son *per se* restrictivas ni se encuentran prohibidas, por lo que en cada caso sería necesario determinar si estas afectan o no la libre competencia.³⁸

38 Concepto de la SIC No. 02008933, del 19 de marzo de 2002: “De conformidad con lo anterior y frente al caso por usted planteado acerca de si la existencia de una cláusula de exclusividad en un contrato de arrendamiento mediante la cual la arrendadora propietaria de un centro comercial se abstiene de arrendar algún local a un tercero para que desarrolle la misma actividad comercial que ejecuta el

A nuestro juicio, las conclusiones a las que arriba la SIC constituyen situaciones en las que se enfrenta una situación de atipicidad, de aplicación de la doctrina de las *ancillary restrictions* o de la aplicación de la denominada regla de la razón.

LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA RAZÓN A LOS ACUERDOS DE CARÁCTER VERTICAL

En el derecho colombiano, la SIC ha aceptado no solo la existencia sino la aplicación de algunos sistemas de análisis -utilizados en el derecho comparado- para valorar y sancionar los acuerdos restrictivos de la competencia. Nos referimos a la regla *per se* y a la regla de la razón.³⁹

arrendatario, constituye una conducta de competencia desleal, afirmamos que, se consideran desleales los pactos de exclusividad que sean capaces de producir un efecto sustancial en la disminución de la competencia, ya sea porque restringen el acceso de los competidores al mercado o porque monopolizan la distribución de productos o servicios. En consecuencia, la presencia de cláusulas o pactos de exclusividad en contratos o relaciones jurídicas no constituye *per se*, una conducta que vulnere las normas sobre la competencia atendiendo a los principios de la libre competencia económica y el desarrollo de la autonomía de la voluntad contractual”.

- 39 De conformidad con el sistema de prohibición *per se* o de la “regla *per se*”, se considera que algunas prácticas son tan intensamente dañinas para los competidores y para los consumidores que no es necesario realizar una investigación exhaustiva de ellas para determinar que son contrarias a la libre competencia, como sucede con los “*prices fixing*” o acuerdos de fijación de precios. Bajo este sistema, basta la simple comprobación fáctica de que se ha realizado la conducta para que se proceda a la imposición de sanciones. Bajo la regla de la razón se considera que una conducta es anticompetitiva cuando analizadas las ventajas y beneficios que se desprenden del acuerdo, estos resultan ser menores que los perjuicios y daños a la competencia. En esta caso, se deben analizar con mayor detenimiento los efectos positivos y negativos del acuerdo para ponderar si es razonable prohibir o no la conducta de que se trate. Sobre el tema puede verse Miranda Londoño, Alfonso, *Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de América del Norte, Hacia un Nuevo Régimen de Protección a la Competencia*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, p. 95: “La aplicación de la regla *per se*, y que equivale entre nosotros a la aplicación de una ‘presunción de derecho’ de que una conducta determinada es ilegal”; concepto de la SIC No. 013678, del

Tratándose de acuerdos de carácter vertical, como son las cláusulas de exclusividad, la SIC ha admitido que su valoración o juzgamiento debe darse bajo la *rule of reason*, esto es, bajo un sistema que admite a efectos de determinar la ilicitud de la conducta, la ponderación de los beneficios y eficiencias derivadas de la misma.

Según opinión del profesor Alfonso Miranda Londoño:

“En Colombia, la regla de la razón se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación como acuerdos, actos anticompetitivos, o formas de abuso de la posición dominante en el mercado. Estas conductas caen bajo las prohibiciones generales contenidas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992”.⁴⁰

Y, tratándose de la aplicación de la *regla per se*, este mismo autor afirma:

“En Colombia, la regla *per se* es aplicada a todos los casos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos, la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley”.⁴¹

23 de marzo de 1993: “6. Respecto del numeral 3° del artículo 47, vale la pena aclarar que para que tal conducta sea reprochable al tenor de la disposición citada, se requiere esencialmente que se presenten simultánea o concomitantemente dos circunstancias: primera, la realización de un acuerdo entre dos o más empresarios; segunda, el objeto del acuerdo, es decir, la exclusión de los competidores de una de las partes, o de los de ambas de ese mercado. La ocurrencia de un resultado, en este caso la exclusión de un tercero del mercado correspondiente, aunque puede llegar a ser un criterio fundamental para dosificar la sanción imponible en cada caso, es, sin embargo, indiferente para que se configure la infracción. Este principio ha sido tradicionalmente designado por la doctrina como la ‘*regla per se*’. Tal regla implica que todo acuerdo entre competidores encaminado a restringir la competencia es por esencia ilegal”.

40 Miranda Londoño, Alfonso. *El régimen general de la libre competencia...* op. cit., p. 37.

41 Ídem., op. cit., p. 40.

La SIC no hace la diferencia señalada por el profesor Miranda, al considerar que más allá de la norma que resulte aplicable, esto es, la cláusula general o el artículo 47, lo determinante al momento de aplicar la regla de la razón es la tipología del acuerdo. A manera de ejemplo, en la Resolución 40346 de 2010 se indicó:

“En este punto es necesario advertir que si bien la existencia de estos dos modelos de análisis para determinar la ilicitud de la conducta ha sido reconocida en sistemas como el norteamericano, en Colombia dichos criterios no han tenido aplicación ordinaria para enfrentar el análisis de los casos de libre competencia.

Así pues, esta Delegatura considera que carece de respaldo jurídico la afirmación del recurrente, según la cual la regla de la ilegalidad *per se* equivale a una presunción de derecho y solo se aplica a los casos de acuerdos y actos descritos en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992 y, por su parte, la regla de la razón sería de aplicación en los casos en que los efectos económicos dañinos deben demostrarse, razón por la que se aparta por completo de dicha interpretación”.

En todo caso, surge la duda de si al aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 cabría invocar o alegar la aplicación de la *rule of reason*, dado que en recientes fallos en los que la SIC ha aplicado la prohibición general, lo ha hecho sin límites ni fronteras claras, que se acercan más a una regla *per se* de interpretación que a una regla bajo la cual resulta legítimo valorar la razonabilidad de la conducta.

Respecto a la aplicación de la regla de la razón a los acuerdos de tipo vertical, la SIC ha señalado:

“No obstante lo anterior, en algunas oportunidades la SIC ha reconocido la diferenciación entre los acuerdos verticales y los horizontales en relación con los efectos económicos que producen. Así, mientras los acuerdos restrictivos horizontales contemplados en la norma, tanto por objeto como por efecto, los ha considerado en principio como contrarios a la libre competencia, los acuerdos restrictivos verticales los ha concebido como potenciales generadores de eficiencias que, por ese hecho, resultan no ser siempre anticompetitivos:

“Ahora bien, cuando el acuerdo es vertical, es decir, cuando se realiza entre quienes intervienen en un mismo proceso productivo pero en diferentes instancias, como por ejemplo, entre el productor y sus distribuidores, no opera la ilegalidad *per se* por cuanto las empresas no se hayan en posición de competencia, y por ende no se genera indefectiblemente su restricción. En consecuencia, si lo pretendido por los intervinientes de una misma cadena productiva es optimizar y mejorar la eficiencia de una operación, como resultado del cual, inclusive, puedan verse favorecidos los consumidores al obtener productos a mejores precios, el acuerdo no estaría, por ese simple hecho, en contradicción con las normas sobre promoción de la competencia.

[...]

“A partir de lo expuesto puede afirmarse que la SIC, aunque ha tenido un acercamiento formalista hacia los acuerdos restrictivos verticales, ha concebido la posibilidad de que algunos de ellos promuevan la competencia, lleguen a optimizar o mejorar la eficiencia de una operación mercantil y, en últimas, terminen favoreciendo a los consumidores en general”.

De lo hasta aquí dicho es claro que las cláusulas de exclusividad son juzgadas y valoradas por la SIC de manera positiva y solo excepcionalmente sancionadas. En este sentido, encuentra razonabilidad la propuesta de que respecto de dichos acuerdos se establezca una excepción legal que dote de seguridad el uso de este clase de pactos y que además evite a nuestra autoridad administrativa el desgaste de una investigación y análisis que en la mayoría de los casos termina por defender las ventajas y beneficios de este tipo de pactos.⁴²

42 Respecto al cambio en el sistema de valoración y análisis de los acuerdos de tipo vertical en el sistema norteamericano puede verse a Sokol, Daniel, *The Transformation of vertical Restraints: Per se Illegality, the rule of reason, and per se legality*, *Antitrust Law Journal*, No. 79, 2014, pp. 1003-1016.

En este orden de ideas, consideramos que no tiene sentido prohibir conductas cuya razonabilidad y utilidad económica generen beneficios para la competencia, el mercado y los operadores económicos.⁴³

Pudiera decirse, además, que aquellas partes que quieran hacer uso de esta clase de pactos pueden acudir a la SIC para pedir una exención singular bajo la aplicación de lo establecido en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959; sin embargo, hay que reconocer que debido a la falta de uso por parte de las empresas, la aplicación de esa norma ha sido prácticamente nula.

Por lo anterior, resulta más acorde con la naturaleza económica de los pactos de exclusividad y con la experiencia foránea que dichos pactos estén amparados por una excepción que solo pueda romperse en casos excepcionales.

En esta línea de pensamiento deberían valorarse los antecedentes y la experiencia europea en la aplicación del Reglamento de Exención por Categoría de los acuerdos de carácter vertical,⁴⁴ así como las directrices que orientan su aplicación. A través de documentos, las instancias europeas reconocen una realidad económica y jurídica en relación con los beneficios y la necesidad de usar los pactos de exclusividad en los sistemas de distribución comercial, destacándose entre otras las siguientes reglas:

- a. Se presume que los acuerdos de carácter vertical no son restrictivos de la competencia cuando quiera que se celebren entre operadores que no tienen más del 30 % del mercado

43 Reglamento UE 330/2010 de la Comisión:“(6) Determinados tipos de acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden dar lugar a una reducción de los costes de transacción y distribución de las partes y optimizar sus niveles de ventas y de inversión”.

44 Reglamento UE 330/2010 de la Comisión y directrices sobre la aplicación del reglamento a los acuerdos de carácter vertical.

relevante,⁴⁵ excepto en los casos en que se trate de las denominadas restricciones especialmente graves.⁴⁶

- b. Dentro del ámbito de la exención se incluyen los contratos de agencia,⁴⁷ los de menor importancia y los de subcontratación.
- c. Como manifestaciones específicas de las cláusulas de exclusividad se deben regular la distribución exclusiva, la asignación de cliente exclusivo, la distribución selectiva, la franquicia, el suministro exclusivo, pagos de acceso inicial, acuerdos de gestión por categoría, la vinculación y las restricciones a los precios de reventa.

Adicionalmente, ha de considerarse que la SIC ya ha dado pasos enormes en el sentido de reconocer los efectos procompe-

45 Reglamento UE 330/2010 de la Comisión: “(8) Siempre y cuando la cuota de mercado de cada una de las empresas parte del acuerdo en el mercado de referencia no exceda del 30 %, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones de competencia especialmente graves conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y ofrecen a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes.

46 *Ibidem*: “(10) No han de quedar exentos en virtud del presente reglamento aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones que puedan restringir la competencia y perjudicar a los consumidores o que no sean imprescindibles para alcanzar los efectos de mejora de la eficiencia económica. En particular, los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones de competencia especialmente graves, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicadas”.

47 *Ibidem*: “(18) En el caso de los acuerdos de agencia según lo definido anteriormente, la función de venta o de compra del agente forma parte de las actividades principales. Puesto que el principal soporta los riesgos comerciales y financieros relacionados con la venta y la compra de los bienes y servicios objeto del contrato, todas las obligaciones impuestas al agente en relación con los contratos concluidos o negociados en nombre del principal no se incluyen en el ámbito del artículo 81, apartado 1”.

titivos y benéficos de ciertas conductas.⁴⁸ Valga como ejemplo la “cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre empresarios”, a través de la cual la entidad acogió en muchos aspectos los lineamientos de los reglamentos de exención europeos relacionados con los acuerdos de carácter horizontal. También cabe resaltar el extenso y juicioso análisis de la SIC efectuado en la Resolución 40598 de 2014 sobre los precios de reventa, resolución en la cual ya se admitió por parte de la autoridad de competencia la importancia de los cambios introducidos en Europa por el Reglamento UE 330/2010 de la Comisión y su influencia en el derecho nacional:

“Aunque en Colombia el régimen de protección de la competencia no define un umbral de cuota de mercado por debajo del cual se presume que cualquier tipo de acuerdo vertical es lícito, de la experiencia de la Unión Europea la SIC rescata la importancia que en esa región se le da a la participación de mercado del proveedor (o fabricante) y del comprador (o distribuidor) al momento de analizar restricciones de esta naturaleza. En razón de ello, esta Entidad considera que si alguno de los agentes de un acuerdo vertical de precios tiene una participación de mercado considerable u ostenta posición de dominio, el riesgo de que la restricción objeto de análisis genere efectos anticompetitivos se presumirá mayor. Por el contrario, si el proveedor y el comprador tienen cuotas bajas de participación de mercado, el riesgo de que la restricción vertical tenga un potencial anticompetitivo se presumirá menor. Cabe anotar que los estudios de las cuotas de participación de los agentes que hagan parte de un acuerdo deberán considerar también el nivel de concentración del mercado”.

48 Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores: “El hecho de que los acuerdos de colaboración entre competidores puedan generar eficiencias económicas que se trasladen a los consumidores hace imperativo que los agentes se abstengan de celebrar este tipo de acuerdos, fundados en el temor de violar el régimen de protección de la competencia. Así, teniendo en cuenta que algunos acuerdos entre competidores producen beneficios económicos para el mercado y los consumidores, es importante que la Autoridad de Competencia brinde lineamientos para que las empresas determinen qué acuerdos entre competidores son restrictivos de la competencia y qué acuerdos no lo son –que incluso pueden ser procompetitivos”.

LOS PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD

En el derecho colombiano, los pactos de exclusividad también deben ser evaluados a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, según el cual constituye una conducta de competencia desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad que sean restrictivas de la competencia, esto es, que tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios.⁴⁹

Así las cosas, si resulta que el pacto de exclusividad es restrictiva de la competencia, además de las normas antitrusts, las partes afectadas por el acuerdo podrían iniciar una acción por violación a las normas de competencia desleal.⁵⁰ En términos del derecho europeo estamos ante un ilícito dual que puede ser sancionado por ambos regímenes o por cualquiera de ellos.

Varias inquietudes y controversias han suscitado hasta el momento la aplicación del artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

49 Concepto de la SIC No. 9606230, del 27 de noviembre de 1996: “La permisibilidad de los pactos de exclusividad desde el punto de vista de la **promoción de la competencia**, también debe mirarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal, en armonía con lo dispuesto en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, en relación con todo lo cual cabe señalar, que siempre deben analizarse tales pactos, individualizando y **particularizando caso a caso** y con arreglo al interés público, las posibles implicaciones, efectos y consecuencias actuales o inminentes que conlleven aquellos, así como **los mercados de producto y geográfico** sobre los que exista expectativa que pueden afectarse, **con la doble finalidad de evitar, de una parte, la afectación del interés público, esto es, la libre competencia, y de la otra, que por motivo de tal exclusividad se afecte gravemente al mercado**” (Las negrillas son del texto).

50 Concepto de la SIC No. **00084733**: “Ahora bien, en el evento de configurarse un pacto desleal de exclusividad, ‘cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones’ previstas en la citada Ley 256 de 1996. Dichas acciones podrán ser ejercidas, a elección del denunciante, ante las autoridades jurisdiccionales o ante la Superintendencia de Industria y Comercio [...]”.

La primera de ellas hace referencia a la posibilidad de iniciar acciones de competencia desleal cuando la cláusula de exclusividad genere efectos restrictivos diferentes a los mencionados en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. La SIC, en el concepto No. 01052233, del 14 de agosto de 2001, señaló que solo pueden considerarse como desleales los pactos de exclusividad que tiene los efectos restrictivos mencionados en la norma. En este sentido indicó:

“[...] 2. Al tenor de las normas sobre competencia desleal, se consideran desleales los pactos de exclusividad que sean capaces de producir un efecto sustancial en la disminución de la competencia, ya sea porque restringen el acceso de los competidores al mercado o porque monopolizan la distribución de productos o servicios.

[...]

“De conformidad con el artículo 19 de la ley 256 de 1996, ‘se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean propiedad de los entes territoriales’.

[...]

“En este orden de ideas, se concluye que al tenor de la Ley 256 de 1996, los pactos de exclusividad no son *per se* desleales, sino que únicamente lo son aquellos pactos en los cuales se de (n) alguna (s) de las siguientes condiciones:

- Que tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- Que tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado; o
- Que tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios.

- Que tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios”.⁵¹

De lo anterior podría concluirse que si una cláusula de exclusividad genera un efecto restrictivo diferente de los mencionados en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, no constituye una conducta desleal aunque pueda llegar a calificarse y sancionarse como un acuerdo restrictivo de la competencia.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en sentencia C-535 de 1997, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, señaló:

“4.2 La interdicción de la ley no se predica de todos los pactos de exclusividad que se convengan en los contratos de suministro. Solo se aplica la prohibición a las cláusulas que tengan por objeto o como efecto ‘restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios’.

[...]

“En definitiva, la ley califica como desleal una práctica contractual restrictiva de la libre competencia. La calificación no se propone, por

51 En igual sentido, puede verse el concepto de la SIC No. 02018871 de 24 de abril de 2002: “Es necesario aclarar que la norma en comento no considera desleales todos los pactos de exclusividad, sino únicamente aquellos que tengan la capacidad de producir ‘un efecto sustancial en la disminución de la competencia’, es decir, son ilegales aquellos pactos en los que se presente alguna de las siguientes características: • Que tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado; • Que tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado; • Que tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios; • Que tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios. De lo anterior se concluye que los pactos de exclusividad que no presenten las características anotadas, son lícitos ‘y por tanto, el empresario tiene la posibilidad de aprovechar las ventajas que este tipo de pacto ofrece: reducción de costos en las economías de escala, mejora de los canales de distribución y agilidad en las relaciones comerciales’”. Más sobre el art. 19 de la Ley 256 de 1996 en el Concepto de la SIC No. 96047717, del 27 de noviembre de 1996. También pueden verse los conceptos de la SIC Nos. 01084917, del 14 de noviembre de 2001; 02008933, del 19 de marzo de 2002, y 02072496, del 30 de septiembre de 2002.

lo menos expresamente, lograr una equiparación semántica entre los conceptos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la libre competencia. El resultado positivo, independientemente de la intención del legislador o del error técnico en que pudo incurrir, no es otro distinto que el de aplicar el mismo régimen sancionatorio a los dos supuestos. En otras palabras, la persona afectada por la enunciada práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de la ley, tendría la posibilidad de intentar los dos tipos de acciones que ella regula, a saber, la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición⁵².

En nuestro criterio, si la cláusula de exclusividad supone una restricción distinta de aquellas mencionadas en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, las víctimas no perderían la acción de competencia desleal, bastando en estos casos invocar la aplicación del artículo 18 de la misma ley que considera como desleal: “[...] la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica”; en este caso, tal violación implicaría la infracción de las normas de libre competencia.

En segundo lugar, se ha discutido si el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 abarca toda clase de contratos o solo los contratos de suministro, debate que afecta precisamente el alcance que debe darse a los pactos de exclusiva en contratos como los de agencia, concesión, distribución y franquicia.

Bajo una interpretación literal y restrictiva del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, la prohibición solo puede aplicarse a los contratos de suministro. Esta tesis considera que por tratarse de una prohibición no cabe y no resulta defendible alegar una interpretación analógica ni amplia de la norma. De esta línea de pensamiento es el profesor Dionisio De La Cruz, quien al hacer una interesante revisión de los antecedentes de la Ley 256 de 1996 y una interpretación exegética de la norma, indicó:

52 Reiterando las consideraciones de las Corte Constitucional, puede verse el Concepto de la SIC No. 0302750, del 23 de abril de 2003.

“La conducta se refiere expresamente a los contratos de suministro y no podría entenderse su aplicación por interpretación a cualquier tipo contractual en donde se pacte una cláusula de exclusividad [...] el legislador fue claro, además, con el respaldo de los fundamentos legislativos que figuran como antecedentes, en que la conducta se reduce al contrato de suministro. Además al ser una limitación al ejercicio de libre empresa y libre competencia, su interpretación debe ser restrictiva”.⁵³

No obstante lo anterior, en sendos pronunciamientos la SIC ha considerado que la norma es aplicable a todo tipo de contratos, así por ejemplo en el concepto No. 02008933, del 19 de marzo de 2002, indicó:

“El artículo 19 de la ley 256 de 1996 establece que, se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean propiedad de los entes territoriales. Teniendo en consideración lo señalado y que los actos de competencia desleal enunciados en la Ley 256 de 1996 no son taxativos, **es claro que los pactos desleales de exclusividad son aplicables a todo tipo de contratos.** En efecto, al respecto la doctrina ha señalado que, ‘se podría extender la causal de deslealtad a otros contratos que contengan dichas cláusulas, pues los argumentos por los cuales los pactos de exclusividad son desleales, se fundamentan en razón de los efectos de la cláusula y no a los del contrato al cual acceden y dado que en derecho donde opera la misma razón debe seguirse la misma consecuencia, es de concluir que si dichos pactos pueden generar las consecuencias por las que se descalifican en el suministro, en cualquier otro contrato en el que se establezcan pueden también generar las mismas consecuencias’”.⁵⁴

53 De La Cruz Camargo, D. *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, 241 p.

54 Concepto de la SIC No. 01052233, del 14 de agosto de 2001: “[...] De conformidad con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, ‘se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan

Más recientemente, la SIC parece haber cambiado de posición al indicar en diversas sentencias que la prohibición se refiere o enmarca dentro del contexto de los contratos de suministro. En efecto, en la Sentencia 1391, del 30 de marzo de 2012, indicó:

“El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 al definir los pactos desleales de exclusividad establece que ‘Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales’. **Resulta palmario que las circunstancias fácticas que rodean el presente litigio no están llamadas a configurar el comportamiento comentado, por cuanto no se demostró, ni tampoco se debatió, aspecto alguno relacionado con un contrato de suministro** en el que pudiera estar contenida una cláusula de exclusividad que debiera ser analizada por el Despacho a fin de determinar las restricciones que esta pudiera estar generando en el mercado. Así, de la propia situación fáctica planteada en la demanda es posible concluir que en el presente caso no está llamada a configurarse la conducta desleal en estudio, razón por la cual el cargo se desestima”.⁵⁵ (Resaltado fuera de texto)

En tercer lugar, se ha planteado la discusión en torno a si el Juez Civil del Circuito o de la SIC, en aplicación de sus facul-

por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean propiedad de los entes territoriales’. Es así como, tal y como ya lo hemos manifestado, la doctrina ha puntualizado que no obstante el artículo menciona únicamente los contratos de suministro, la prohibición que establece no se aplica solamente en relación con el contrato de suministro, sino que se extiende a todos los pactos de exclusividad, independientemente del tipo de contrato en el cual se incluyan”. También sobre el tema puede verse el Concepto de la SIC No. 9606230, del 27 de noviembre de 1996.

55 En el mismo sentido puede verse la sentencia 5132, del 31 de agosto de 2012; la sentencia No. 791, Rad. 09037659, VR Asociados Ltda., en liquidación, versus Suramericana Administradora de Riesgos Profesionales y Seguros de Vida, “Suratep S.A.”, Suramericana de Seguros de Vida S.A. y Suramericana de Seguros S.A., agencia promotora de Seguros-Amseg Ltda. y Alejandro Alberto Moreno Álvarez.

tades jurisdiccionales, debe esperar un pronunciamiento previo (administrativo) que defina la existencia de la restricción de la competencia para poder sancionar por la conducta de competencia desleal o si en cambio dichas autoridades pueden actuar de manera directa, esto es, establecido el carácter restrictivo y luego el carácter desleal del pacto. Esta última tesis es la que mayor coherencia impone, como quiera que ni la ley de competencia desleal ni las normas de prácticas restrictivas establecen una especie de prejuzgamiento administrativo previo como condición o requisito para tramitar las acciones de competencia desleal.

Por otra parte, si hacemos un estudio de las sentencias proferidas por la SIC en materia de competencia desleal, en el período comprendido entre 2005 y 2015, pueden extraerse dos conclusiones:

La primera, que los pactos de exclusividad y el artículo 19 de la Ley 256 de 2012 no han sido estudiados a profundidad por parte de la Autoridad de Competencia en sede judicial. De hecho, en el período analizado, solamente se han emitido siete (7) sentencias que analizan los pactos de exclusividad como conducta de competencia desleal, y de ese número de fallos, solo seis (6) han entrado a estudiar con mediana profundidad la materia.⁵⁶

Como segunda conclusión, podemos afirmar que tradicionalmente la SIC ha considerado que las cláusulas de exclusividad son pactos lícitos y en principio válidos. De esta forma, se ha dado prevalencia a la autonomía de la voluntad, cuyo límite en estos casos estaría dado por el respeto por las normas de libre competencia.

De acuerdo con la Sentencia 5137, del 21 de agosto de 2012, proferida en el proceso 2009-087355, la Superintendencia afirmó:

56 En la sentencia restante, es decir, la correspondiente al proceso 4218068, se declaró la prescripción de la acción de competencia desleal sobre la pretensión del artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

“Ahora bien, conviene resaltar que en tratándose de cláusulas restrictivas de la competencia, como la de exclusividad y la de no competencia -que, si bien tienen objetos distintos, comparten una naturaleza afín y, en esa medida, están gobernadas (sic) por unos principios idénticos- ha expuesto la Corte Constitucional que este tipo de acuerdos no pueden ser considerados ilícitos (sic) o inconstitucionales (sic) *per se*, sino que en cada caso particular debe analizarse su efecto real en el mercado

[...]

Conforme a lo anterior, la validez de las cláusulas (sic) restrictivas de la competencia debe analizarse en cada caso concreto de manera particular, a fin de determinar el efecto real de la restricción, para lo cual debe analizarse, entre otros factores, razón por la cual no es posible colegir, como lo pretende la accionante principal, que en sí mismo un pacto de esta estirpe resulta contrario a la Constitución”.

En igual sentido pueden verse las sentencias 821, del 29 de febrero de 2012; 791, del 29 de febrero de 2012; 5132, del 31 de agosto de 2012; 1391, del 30 de marzo de 2012; 12012088, del 4 de octubre de 2012, y 12099608, del 27 de mayo de 2013. En cada una de estos fallos, además de afirmar la validez y constitucionalidad de las cláusulas de exclusividad, la SIC hace el estudio típico del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 de manera exegética, verificando la existencia de un contrato de suministro y la real y efectiva afectación de la libre competencia en cada caso concreto.

De lo anterior resulta que si bien la SIC toma como punto de partida la licitud del acuerdo o pacto de exclusiva -y hasta aquí todo parece acertado-, sin embargo, a continuación precisa que dicho acuerdo será lícito siempre y cuando no infrinjan las normas de libre competencia,⁵⁷ lo cual nos sitúa en un punto crítico,

57 Concepto de la SIC No. 9606230, del 27 de noviembre de 1996: “[...] respecto a los pactos de exclusividad en los contratos de concesión o distribución automotriz, es necesario precisar los siguientes aspectos: 1) La exclusividad por sí misma, pese a su naturaleza obviamente restrictiva de la actividad mercantil que limita de algún modo y en mayor o menor grado la libre competencia, no constituye de plano una

que es el de saber cuándo se infringen las normas de libre competencia⁵⁸ y sobre todo por qué razón una misma conducta puede ser juzgada desde dos perspectivas, cuando su impacto real se da esencialmente en el ámbito antitrust.

Las discusiones en torno a la norma, las inquietudes que plantea su aplicación y las críticas a su falta de pertinencia o utilidad en el ámbito de la competencia desleal, son algunos de los factores que pudieron influir en la reforma que se plantea en el Proyecto de Ley 038 de 2015 (Senado), por medio del cual se introducen serias modificaciones al régimen de libre competencia y cuyo artículo 19 del proyecto modifica el artículo 19 de la Ley

práctica prohibida por las normas sobre promoción de la competencia. Así pues, los particulares podrán, dentro del marco de la legalidad, pactar las condiciones de ejecución de los contratos de exclusividad bajo ciertas condiciones, a fin de no contravenir la normativa sobre promoción de la competencia, tanto para una u otra de las partes, como para ambas. 2) En cualquier caso y para efectos de que no se vulneren las normas sobre promoción de la competencia, en el evento de que se pacten tales exclusividades, es necesario que claramente quede definido que de ningún modo las mismas impiden al contratante, llámese suministrador o consumidor, distribuidor o concesionario, efectuar ventas a compradores que provengan de fuera del territorio definido como el de sus operaciones, esto es, que no podrán ser óbice para que un consumidor o comprador proveniente de fuera de dicho territorio pueda acudir al distribuidor o concesionario de su elección, bien para adquirir sus productos o también para solicitar el servicio de garantía o de mantenimiento del producto adquirido de otro distribuidor o concesionario establecido en otro territorio diferente”.

- 58 Sentencia 821, del 29 de febrero de 2012: “2.5.6. De los pactos desleales de exclusividad (art. 19, L. 256/96). Finalmente, aun cuando se aceptara que la relación comercial de las partes se circunscribió a un contrato de suministro, **la demandante no demostró, como era de su incumbencia (art. 177 C.P.C.), que la relación de exclusividad, consistente en que en virtud del contrato no podía comercializar productos agroquímicos competencia de Bayer (num. 2.3.4.2.), tuviera como objeto -o efecto- restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de dichos productos.** Por el contrario, en el numeral 2.3.6. quedó demostrado que en la zona donde Proag comercializó los productos de Bayer existían otros cinco comercializadores de los mismos, de los cuales cuatro de ellos eran vendedores “multimarcas”. Razón suficiente para desestimar esta pretensión”. (Resaltado fuera de texto)

256 de 1996, eliminando la disposición sobre pactos desleales de exclusividad, e introduciendo el supuesto de publicidad ilícita como conducta de competencia desleal.

El Proyecto de Ley indica:

Artículo 19. Modifíquese el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, el cual quedará así:

“**Artículo 19. Publicidad ilícita.** Se considera desleal incurrir en publicidad ilícita”.

Evidentemente, la aprobación de este artículo reafirmaría nuestra postura en torno a la necesidad respecto a la coherencia del sistema de competencia desleal al suprimir una materia que tradicionalmente se ha discutido en el marco de las prácticas restrictivas de la competencia. Ahora bien, no quiere decir que los perjuicios causados por los pactos de exclusividad queden indemnes. Simplemente su análisis, fallo y condena dejaría la acera de la competencia desleal y se enmarcaría exclusivamente en el régimen administrativo de prácticas restrictivas de la competencia, como lo he venido sosteniendo a lo largo de este artículo.

CONCLUSIÓN

La valoración de las cláusulas de exclusividad, a la luz de las normas de libre competencia, debe tener como punto de partida una presunción *iuris tantum* sobre su legalidad y validez, que puede desvirtuarse dependiendo de los sujetos que utilicen este tipo de cláusulas y de las condiciones del mercado en el cual se extiende su uso.

Esta nueva forma de estimar los pactos de exclusiva es en mi criterio el punto de partida de una nueva etapa dentro del proceso evolutivo sobre la valoración de los acuerdos de carácter vertical, al tiempo que un punto de inflexión sobre la prohibición de los

acuerdos restrictivos en general, cuyo alcance, se afirma, debe limitarse a los acuerdos que tienen “por finalidad” o “por objeto” limitar la competencia.

Así las cosas, la forma de valorar los pactos de exclusividad que se expone en este trabajo, es solo un pequeño paso dentro del proceso de reforma que en el tema de libre competencia se libra en el derecho comparado, dentro del cual se propone la incorporación de criterios económicos para reducir el ámbito de aplicación de estas normas y para regular su interconexión y relación con el derecho privado.

Se trata de lograr el equilibrio entre las normas de libre competencia, como normas de intervención en la actividad de los particulares y los principios de autonomía privada y libertad contractual. El derecho de la libre competencia no puede convertirse en un obstáculo de estas libertades; por el contrario, debe servir para promover actividades económicas ágiles y competitivas en mercados cada vez más complejos, al tiempo que un instrumento a través del cual se promueve la conformación y la consolidación de bloques económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Ángulo Rodríguez, Luis, Contratos de Colaboración, en: Jiménez Sánchez, Guillermo J, (Coord.), *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid: Tecnos, 2010, pp. 390-404.
- De La Cruz Camargo, Dionisio, “Legitimados en los procesos por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. V, 2004.
- De La Cruz Camargo, Dionisio, *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Londoño Álvarez, Miguel Fernando, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, *Revista Foro del Jurista*, No. 26, 2015, pp. 139-146.
- Miranda Londoño, Alfonso, “El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. II, 1998.
- Miranda Londoño, Alfonso, “El régimen general de la libre competencia”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. III, 2002.
- Miranda Londoño, Alfonso, “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. III. 2002.
- Miranda Londoño, Alfonso, “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. III, 2002.
- Miranda Londoño, Alfonso, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de América”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. III, 2002.
- Namen Vargas, William, “Contrato de agencia comercial”, en: *Derecho de la Distribución Comercial*, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995.
- Navas Herrera, María Fernanda y Mosquera Moreno, Andrés Mauricio, “El Contrato de franquicia: Aportes y Tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador”, *Universitas*, No. 119, 2009, pp. 279-304.
- Rengifo García, Ernesto, “Contrato de concesión comercial”, en: *Derecho de la Distribución Comercial*, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995.
- Rodríguez Yong, Camilo A, “Acerca de una posible regulación del contrato de franquicia en Colombia”, en: *AAVV, Conmemoración de*

los 40 años del Código de Comercio, Tomo II, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2013, pp. 129-139.

Velilla Moreno, Marco Antonio, “Contrato de Franquicia”, en: *Derecho de la Distribución Comercial*, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995.

Saldarriaga Lopera, Gustavo, “La distribución como fenómeno económico”, en: *Derecho de la Distribución Comercial*, Biblioteca Millennium, Colección de Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá: El Navegante Editores, 1995.

Sokol, Daniel, “The Transformation of vertical Restraints: Per se Illegality, the rule of reason, and per se legality”, *Antitrust Law Journal*, No. 79, pp. 1003-1016.

Suescún Melo, Jorge, *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Mercantil Contemporáneo*, Bogotá: Legis.

Conceptos y resoluciones

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 013678, del 23 de marzo de 1993.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 9606230, del 27 de noviembre de 1996.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 96047717, del 27 de noviembre de 1996.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01057731, del 13 de agosto de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01052233, del 14 de agosto de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01084917, del 14 de noviembre de 2001.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 02007014, del 13 de marzo de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 02008933, del 19 de marzo de 2002.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 0302750, del 23 de abril de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 03018596, del 23 de abril de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 03025237, del 9 de mayo de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19923 de Julio 18 de 2003.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 46235 de 2010.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23890 de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 5132, del 31 de agosto de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 791, del 29 de febrero de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias 821, del 29 de febrero de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 1391, del 30 de marzo de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 12012088, del 4 de octubre de 2012.

Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del 27 de mayo de 2013.

Laudos arbitrales

Laudo arbitral proferido el 19 de marzo de 1993, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A., “Vecol” S.A.

Laudo arbitral proferido el 23 de mayo de 1997, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Preparaciones de Belleza S.A., “Prebel S.A.” y L’Oreal.

- Laudo arbitral proferido el 31 de marzo de 1998, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Supercar Ltda. y la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A., Sofasa.
- Laudo arbitral proferido el 18 de noviembre de 1998, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre Aerolíneas Internacionales y Turismo Representaciones Limitada., Alitur Ltda., y Air Aruba Sucursal en Colombia.
- Laudo arbitral proferido el 30 de septiembre de 2004, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias entre Tecnoquímicas Ltda. & Cia S.C.A. y Smithkline Beecham Corporation.
- Laudo arbitral proferido el 15 de abril de 2008, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre ExxonMobil de Colombia S.A. contra Fernando Aturo Rubio Fandiño.
- Laudo arbitral proferido el 10 de marzo de 2010, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre Mónica Estrada Restrepo y Munipredios Ltda. Asesores en Seguros contra La Previsora S.A. Compañía De Seguros.
- Laudo arbitral proferido el 18 de junio de 2010, por el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias existentes entre Inversiones Medina Hoper S.A. contra Industria Andina de Absorbentes S.A.

