

SEGUNDO CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO EMPRESARIAL

**FORMAS DE CONTROL, COLABORACION, COMPETENCIA EMPRESARIAL Y
PROPIEDAD INDUSTRIAL**

PONENCIA TITULADA:

**“EL REGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA.
Características Principales”**

**MODULO II: “PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y
COMPETENCIA DESLEAL”.**

**Autor: Alfonso Miranda Londoño
Dirección: Diagonal 68 No. 11A-38
Teléfono: 2494743
Fax: 3130573**

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre de 1997

EL REGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Características Principales

Por: Alfonso Miranda Londoño¹

1. INTRODUCCION.

A raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991 se ha difundido en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de la libre competencia, el cual ha recibido por primera vez en nuestra historia constitucional, una consagración expresa en el artículo 333 de la C.P.

En parte como consecuencia de la mencionada consagración constitucional, se ha producido en Colombia una acentuada proliferación normativa e institucional a la cual me he referido en numerosos documentos², por cuanto considero que resulta perjudicial para el desarrollo de esta disciplina, toda vez que tiende a hacer aún más engorrosa la ya difícil tarea de aplicar de manera coherente los principios implícitos en el derecho de la Competencia.

La verdad es que en Colombia, además del Régimen General de la Libre Competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Ley 1 de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

El presente documento pretende analizar y explicar de manera general las características principales que presentan las normas que componen el llamado Régimen General de la Libre Competencia, el cual resulta aplicable, según las voces del numeral 10° del artículo 4° del Decreto 2.153 de 1992, a *“todo aquel que desarrolle una actividad económica”*, siempre que el legislador no le haya establecido un Régimen Especial de Libre Competencia, como el que existe por ejemplo para el caso de los servicios públicos domiciliarios.

¹ Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho Económico Comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidades Javeriana y de la Universidad del Norte. Director del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia - CEDEC.

² En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo "Presente y Futuro del Derecho de la Competencia en Colombia". Revista de Derecho No. 3. Universidad del Norte. Barranquilla 1994. Págs. 80 y 81.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Para que la economía de mercado pueda funcionar de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada (Art. 58 C.P.), la libertad de empresa y la iniciativa privada (Art. 333 C.P.), la libertad para escoger profesión u oficio (Art 26 C.P.), la libertad de asociación, (Art. 38 C.P.) y de manera principal, la libertad de competencia económica (Art. 333 C.P.).

Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. La libre competencia económica se encuentra consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política.

El Derecho a la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia

Como es bien sabido, la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: a) por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P.); b) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; c) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; d) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; y e) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (dumping).

Como puede observarse, las dos primeras formas de restricción o alteración de la competencia son legítimas, en cuanto están contempladas y reglamentadas por claras normas de carácter constitucional y legal, que plasman principios y protegen bienes jurídicos tales como el arbitrio rentístico del Estado o la protección de los derechos de la propiedad industrial, que dentro de la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico se prefieren en ciertas instancias al derecho a la libre competencia económica.

Por otro lado, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen "conductas patológicas", que surgen de manera espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio. Como bien se sabe, la existencia de este tipo de conductas fue lo que impulsó a Marx a vaticinar la autodestrucción del capitalismo como sistema económico, conclusión que parecía inevitable desde su punto de vista, toda vez que Marx no le asignaba al derecho la

capacidad de modificar las conductas económicas, ni de cambiar el curso de la historia a través de la aplicación pacífica de las normas jurídicas, y de la transformación institucional.³

Estas conductas que he llamado patológicas, deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del artículo 333 de la Constitución de 1991, contempla normas tales como las siguientes: a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2.153 de 1992)⁴; b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3.466 de 1982); c) Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el Decreto 150 de 1993 y normas que lo modifican) y d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en la Ley 256 de 1996)⁵.

Aunque todas las normas jurídicas antes mencionadas pretenden en últimas garantizar la efectividad del derecho constitucional a la libre competencia económica, cada una de ellas tiene un orden diferente de prioridades. En efecto, las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; las normas antidumping pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado.

Entre nosotros el tema ha adquirido una gran relevancia, como consecuencia de las políticas sobre promoción de la competencia y apertura económica adoptadas por los dos últimos gobiernos, pero sobre todo, a raíz de la expedición de la Constitución Política de 1991, ya que por primera vez en nuestra historia constitucional se incluye en la Carta Fundamental una referencia expresa al Derecho de la Competencia, y surge por lo tanto la necesidad de modernizar la legislación sobre la materia contenida hasta 1992 en la muy comentada y poco aplicada Ley 155 de 1959 y sus decretos extraordinarios y reglamentarios.

Es así como desde la expedición de la Nueva Constitución, el Gobierno Nacional demostró una gran preocupación por la materia, la cual se manifestó en la formación de comisiones, que con el apoyo de expertos extranjeros contribuyeron a la elaboración del articulado que bajo el liderazgo

³ En relación con la capacidad del derecho para modificar los hechos (poder fáctico de lo normativo), y la función equilibradora que puede ejercer el derecho de la competencia en una sociedad capitalista, puede consultarse mi artículo, "El Derecho de la Competencia en Colombia" Revista de Derecho Económico número 9. 1989. Ediciones Librería El Profesional. página 53.

⁴ Más adelante se reseñarán otras normas sobre control de las prácticas restrictivas de la competencia, que se encuentran disgregadas en la legislación.

⁵ Debe considerarse que con la expedición del Código de Comercio (Decreto No. 410 de 1971), quedaron derogadas todas las normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959. Dichos artículos a su vez fueron recientemente derogados por la Ley 256 de 1996 sobre Competencia Desleal.

de la Superintendencia de Industria y Comercio, se convertiría en el Decreto 2.153 de 1992, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, con el fin de modernizar las instituciones y adecuarlas a la Nueva Constitución.

3. EVOLUCION NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

Debido a la proliferación de normas sobre el derecho de la Competencia que últimamente se ha presentado en Colombia, resulta útil hacer una breve descripción e inventario de dichas normas, antes de realizar el análisis sectorial de las mismas.

3.1. Normas de Competencia Anteriores a la Constitución de 1991:

3.1.1. Normas de Caracter Nacional:

Bajo el régimen de la Constitución de 1886, el fundamento para la expedición de una ley antimonopolios provenía principalmente del artículo 32 de la Carta, que ponía en cabeza del Estado la dirección general de la economía, así como la posibilidad de intervenir en la misma en determinadas circunstancias y para ciertos fines. De esta manera, aunque no existía una referencia expresa en la Constitución al Derecho de la Competencia, jamás se cuestionó la exequibilidad de estas leyes.⁶

Fue con base en el artículo 32 de la Constitución de 1886, que se expidió la Ley 155 de 1959, cuyo ponente fue el doctor Hernando Agudelo Villa, permanente impulsor del tema desde ese entonces⁷. La ley 155 de 1959 fue reformada en primera instancia por el Decreto Extraordinario 3.307 de 1963, y reglamentada por el Decreto 1.302 de 1964. Otra norma que complementó el tratamiento del tema de las prácticas restrictivas de la competencia, desde el punto de vista de las inhabilidades e incompatibilidades de los directores y gerentes de las empresas, fue la ley 16 de 1936, reformada por la Ley 5° de 1945.

A pesar de que en general se ha reconocido que la Ley 155 de 1959 responde a criterios técnicos que eventualmente hubieran permitido su aplicación con el objeto de controlar las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos en que han incurrido

⁶ Op. Cit. Miranda Londoño Alfonso. Pag. 54. En el documento citado se dice a este respecto lo siguiente: *"Si de otra parte tenemos en cuenta que Colombia está organizada en forma de república democrática y que el título III de la Constitución garantiza (entre otros derechos) la propiedad privada y la libertad de empresa, con la limitación fundamental de que es el Estado quién tiene a su cargo la dirección general de la economía y la facultad de intervenir para regularla en la forma y con los fines previstos en la misma Constitución (Art. 32), nos encontramos con que nuestro país posee la estructura jurídica necesaria para adoptar una ley contra los monopolios."*

⁷ Op. Cit. Miranda Londoño Alfonso. Pag. 62 y s.s. Puede encontrarse un análisis relativamente detallado de la Ley 155 de 1959.

los monopolistas, lo cierto es que las autoridades competentes⁸ no la aplicaron ni generaron jamás la conciencia de su existencia entre los comerciantes. En relación con las razones por las cuales la Ley 155 de 1959 no fue nunca aplicada de manera consistente hay varias teorías, pero considero que fueron cuatro (4) los elementos determinantes de dicha situación:

- La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país.
- La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas.
- La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica.
- Por último, se ha señalado un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1º del Decreto 1.302 de 1964. En efecto, como se recordará, aunque el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 contiene un postulado general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia al estilo de la §1 de la Ley Sherman o del artículo 85 del Tratado de Roma, el párrafo de dicho artículo establece la posibilidad de introducir excepciones a la prohibición general. El artículo 1º de la Ley dice lo siguiente:

"Artículo 1.- 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."

"Párrafo.- El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general." (El subrayado es mío).

Posteriormente al desarrollar el párrafo transcrito, el artículo 1º del Decreto 1.302 de 1964 dijo lo siguiente:

⁸ Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas sobre la competencia comercial, han sido sucesivamente el Ministerio de Fomento (Ley 155 de 1959); la Superintendencia de Regulación Económica (Decreto 3.307 de 1963); la Superintendencia de Sociedades (Decreto 2.562 de 1968); y por último la Superintendencia de Industria y Comercio (Decreto 149 de 1976).

"Artículo 1.- Para los efectos del párrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considéranse sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros." (El subrayado es mío).

Como se puede observar, el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 incorporó dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual se hacía virtualmente inoperante la ley de la competencia.⁹

No se dictaron otras normas sobre prácticas restrictivas de la competencia hasta la expedición del Código de Comercio en 1971, el cual estableció en su artículo 202, una nueva regla de incompatibilidades para ejercer cargos directivos en más de cinco (5) juntas directivas de sociedades por acciones,¹⁰ y reglamentó la Competencia Desleal en sus artículos 75 a 77.

⁹ En relación con los motivos por los cuales la Ley 155 de 1959 no fue aplicada adecuadamente, ha dicho la doctora Claudia Orozco lo siguiente:

"En conclusión, la Ley 155 ha sido una norma sin eficacia, lo cual puede explicarse por cuatro razones:
- Ausencia de una política económica que propenda por una economía de mercado.
- Carencia de una norma que determine claramente conductas permitidas y prohibidas.
- Falta de procedimientos y competencias que permitan desarrollar una labor de investigación eficaz necesaria para implementar la Ley.
- Falta de una institución con una dotación de recursos físicos y humanos adecuados."

Orozco, Claudia. "Marco Legal para la Promoción de la Competencia en Derecho Comparado y en Colombia". Revista "Planeación & Desarrollo". Volumen XXIV No. 2. Mayo-Agosto de 1993. "Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico". Pag. 131.

¹⁰ Algunos estudiosos consideran inclusive que el Código de Comercio, al regular la totalidad de la materia comercial como lo establece en su artículo 2.033, derogó la Ley 155 de 1959 y legislación complementaria sobre prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en contra de esta teoría, por medio del concepto del día 24 de Mayo de 1989, en el cual, con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo, se reconoce, si bien con un cierto grado de confusión, la existencia y diferencias entre el régimen de las prácticas restrictivas contenido en la Ley 155 de 1959, y el de la competencia desleal contenido en el Código de Comercio. En su parte relevante el concepto del Consejo de Estado dice lo siguiente: "*El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de las prácticas de competencia desleal.*

Aunque todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva, el régimen autónomo de aquella, incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de esta, así no logre extraerse de sus normas un criterio unificado sobre prácticas comerciales restrictivas.

Durante los años siguientes se presentaron varios proyectos de reforma a la Ley 155 de 1959, elaborados por distintos estamentos de la sociedad, pero ninguno fue tramitado por el Congreso. Sin embargo, el tema de la competencia comenzó a tener una gran dinámica legislativa a partir del año 1990, con la expedición de la Ley 45 de 1990 sobre reforma financiera, en la cual se incluyó un capítulo sobre competencia e información. Posteriormente, en Enero de 1991 se expidió la Ley 1ª de dicho año, contentiva del Estatuto de Puertos Marítimos, en la cual se incluyó un capítulo sobre restricciones a la libre competencia y se le atribuyó el control sobre este tipo de prácticas a la Superintendencia Nacional de Puertos.

3.1.2. Normas de Caracter Supranacional:

Por último se destaca en este punto la expedición de una normativa subregional sobre la competencia (Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena), que se constituye en el primer pronunciamiento que sobre este tema hace la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que se menciona dentro del presente estudio por cuanto se introduce de manera directa en nuestra legislación, debido a su carácter supranacional.

La importancia de la Decisión 285, dictada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el día 21 de marzo de 1991, consiste en que a través de su articulado se incorporan por primera vez normas detalladas tendientes a controlar las prácticas restrictivas de la competencia a nivel del Mercado Subregional Andino.

Los antecedentes legislativos de esta Decisión se encuentran en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual le ordena a la Comisión adoptar la propuesta de la Junta, normas que prevengan o corrijan las practicas que tiendan a distorsionar la competencia, citando dentro de dicha categoría y de manera puramente enunciativa el dumping, las manipulaciones indebidas de los precios, las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efectos equivalentes.

En desarrollo del mencionado artículo, la Comisión expidió en diciembre de 1971, la Decisión 45, contentiva de normas y principios para controlar las prácticas tendientes a distorsionar la competencia, con base en la enumeración contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena atrás mencionado.

En diciembre de 1987, la Comisión expidió la Decisión 230, que sustituye la Decisión 45 y que recoge en buena medida las recomendaciones de la Propuesta 168, presentada por la Junta como consecuencia de la declaración de voluntad de los Países

El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sorteaba el legislador con una fórmula general para efectos de su represión, puesto que dichos casos desbordan la capacidad previsiva de la ley. De ahí que la Sala concluya sus consideraciones reiterando la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen competencia desleal." (El subrayado es mío).

Miembros en el sentido de perfeccionar los mecanismos de la Decisión 45, expresada durante las deliberaciones del Protocolo de Quito.

En Diciembre de 1989, los Presidentes de los Países Miembros aprobaron el Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino, el cual contempla la necesidad de revisar y perfeccionar los mecanismos contemplados por la Decisión 230 y establecer instrumentos ágiles para la protección de la competencia. Como consecuencia de dicho mandato presidencial, la Junta estudió varias Propuestas, la última de las cuales, la 226, se constituyó en el antecedente inmediato de la Decisión 285.

El mayor problema que los estudiosos le han asignado a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, es su carácter *ex-post* que va en contravía con la moderna concepción *ex-ante*¹¹ de las normas sobre promoción de la competencia en el mundo.¹²

3.2. La Competencia en la Constitución Política de 1991:

La Nueva Constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del Estado para protegerla¹³. A pesar de lo anterior hubiera sido preferible que la Constitución se refiriera al

¹¹ Las ventajas de una legislación *ex-ante* son resumidas por el consultor José Diez Canseco refiriéndose al caso del Acuerdo de Cartagena, al decir que *"en lugar de corregir perjuicios o prevenir amenazas de perjuicios, los cuales no enfrentan la práctica restrictiva en sí misma; en la normativa 'ex-ante' se ataca la raíz del propio acuerdo o el abuso de una posición dominante. Para ello, es requisito 'prohibir a priori' todo acuerdo y el abuso de una posición dominante"* Diez Canseco, José "Consideraciones en torno a la Armonización Ex-Ante de las Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia". (JUN/REG.CC/II/dt. 3 del 11.03.91). Pag 7

¹² Para un análisis detallado de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, puede consultarse a Gabriel Ibarra Pardo, quien llamado para dar asesoría a la Junta del Acuerdo de Cartagena, escribió el documento titulado "El Control de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Acuerdo de Cartagena: Un Análisis Comparativo de la Decisión 285".

¹³ En la Constitución Política de 1991 se incluyeron además del artículo 333, otras normas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, los monopolios, y el acceso a la propiedad, sobre las cuales este estudio no recae. Sin embargo, de manera puramente enunciativa se reseñan las siguientes:

- El artículo 57 de la Constitución dice que *"La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas."* (El subrayado es mío).
- El inciso tercero del artículo 58 establece que *"El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad."* (El subrayado es mío).
- El artículo 60 dice que *"El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria."* (El subrayado es mío).
- El artículo 64 de la Constitución dice que *"Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa,...."* (El subrayado es mío).

control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado.

Lo que si resulta meridianamente claro después de estudiar los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, es el sentido que se le quiso dar a la norma, el espíritu que el legislador debe plasmar al desarrollar normativamente el principio constitucional. Así puede observarse cómo, a lo largo de los debates se plantearon diversas alternativas, grados e intensidades de control a las prácticas restrictivas de la competencia en general y de los monopolios en particular, para adoptar finalmente una posición madura, que corresponde con la evolución del Derecho Antimonopolístico en otras latitudes durante los últimos cien años. Es así como se aceptó la tesis de que el monopolio o el poder de mercado, no es perjudicial en si mismo, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado.

En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre "Libertad Económica y Competencia", hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

1. En el informe de ponencia sobre Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, presentado por los Constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Julio Cuevas y Guillermo Guerrero, que se encuentra publicado en la Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991 (páginas 7 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

"Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:"

"..."

"El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad."

"..."

2. Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que "perjudican a la comunidad", fórmula harto vaga que se presta a todo tipo de interpretaciones. Pero aún en este caso, los Constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente:

"Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando asuma la

- El artículo 75 de la Constitución dice que *"El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley."*

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético." (El subrayado es mío).

forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad."

3. Posteriormente, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado "Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado", presentado por los mismos Constituyentes que ya se nombraron, y publicado en la Gaceta Constitucional número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (páginas 18 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

"Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:"

"..."

"El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado.

"..."

4. El espíritu final del articulado sobre Protección de la Competencia, fue resumido por el Constituyente Jesús Pérez González-Rubio en la Ponencia para Segundo Debate titulada "Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado", en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

"La Libre Competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional."

"La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grande que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso."
(El subrayado es mío).

5. Por último, y como es sabido, el artículo 333 de la Constitución, fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en la siguiente forma:

"Artículo 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley."

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades"

"..."

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

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

6. Para concluir este punto, es posible afirmar que la intención del Constituyente y el contenido del artículo 333 de la Constitución, en lo que hace al control de las prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en consonancia con las corrientes actuales del Derecho Antimonopolístico, cuyo talante se resume de la siguiente manera: *"En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes per se (es más los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas."*¹⁴

3.3. Ultimos Desarrollos Normativos:

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional se empeñó, como quedó consignado atrás, en desarrollar los principios constitucionales relacionados con la garantía del derecho a la libre competencia y la consecuencial prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

La más importante expresión de este esfuerzo normativo, lo constituye sin lugar a dudas la expedición del Decreto 2.153 de 1992, el cual como ya se dijo, entra a conformar con la Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo general y más importante del país en materia de Derecho de la Competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se enumeran los más importantes desarrollos normativos posteriores a la expedición de la Constitución Política de 1991 en esta materia:

3.3.1. Régimen General de la Libre Competencia:

Este régimen fue complementado con el Decreto 2.153 de 1992, que junto con la Ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios, constituye el Régimen General de la Libre Competencia en Colombia.

Esta normatividad resulta importante, por cuanto contiene los criterios y conceptos generales que ha utilizado el legislador colombiano en esta materia, los cuales deben servir de guía en la interpretación de las demás normas sobre competencia, que de manera tangencial se han incluido en diversas leyes y decretos que regulan diversas actividades y sectores de la economía.

3.3.2. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

¹⁴ Op. Cit. Miranda Londoño, Alfonso. Pág. 55.

Al aprobar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 1.730 de 1991 el Gobierno incluyó las normas sobre competencia que se habían expresado desde la Ley 45 de 1990, atribuyendo la aplicación de dichas normas para el sistema financiero a la Superintendencia Bancaria. En la última reforma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenida en el Decreto 663 de 1993, se introducen algunas modificaciones al capítulo sobre competencia, se añaden normas relativas a la competencia en el sector asegurador y se mantiene la aplicación de estas normas en cabeza de la Superintendencia Bancaria.

3.3.3. Normas Sobre Telecomunicaciones:

El Decreto Ley 1.900 de 1990 por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, contiene algunas referencias al régimen de la libre competencia en el sector de las comunicaciones.

El Decreto 1.794 de 1991, por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 1900 de 1990 y se expiden normas sobre los Servicios de Valor Agregado y Telemáticos, contiene un capítulo sobre garantías a la libre competencia en la prestación de este tipo de servicios.

El Decreto 2.122 de 1992, por medio del cual el Presidente de la República reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, con base en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política crea por medio de su artículo 2º, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, con el fin de *"regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad."*¹⁵

La Ley 37 de 1993, por medio de la cual se regula el servicio público de telefonía móvil celular, contiene normas sobre garantías de interconexión acceso y costo, que son relativas a la garantía de libre competencia en el mencionado sector.

¹⁵ Los numerales 1º y 2º del artículo 4º del Decreto 2.122 de 1992, establecen las siguientes funciones para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

"Artículo 4º.- Funciones de la Comisión. En desarrollo de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, tendrá las siguientes funciones:"

- "1. Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante por parte de operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio según su posición en el mercado."
- "2. Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones."

El Decreto 741 de 1993, reglamentario del servicio público de telefonía móvil celular, se refiere en su artículo 55 a la "prohibición de prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia".

Las normas de competencia sobre servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994 y las resoluciones de la CRT.¹⁶

3.3.4. Normas sobre Servicios Públicos Domiciliarios:

La Ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, contiene todo un régimen especial de competencia para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

La Ley 142 de 1994 creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación de Telecomunicaciones, de Energía y Gas Combustible y de Agua Potable y Saneamiento Básico, las cuales tienen funciones relacionadas con la garantía de la libre competencia. Dichas Comisiones de Regulación han expedido a su vez, dentro de la órbita de sus funciones, reglamentaciones sobre libre competencia en cada uno de los sectores mencionados.

3.3.5. Normas Sobre el Sector Eléctrico:

La Ley 143 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad en el territorio nacional, contiene varias normas sobre libre competencia en este importante sector de la economía.

La Ley 143 de 1994 le asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible funciones relacionadas con la garantía de la libre competencia.

3.3.6. Normas Sobre Servicios de Salud:

Por medio de la Ley 100 de 1993, el Congreso expidió el régimen del Sistema de Seguridad Social en Salud. La mencionada Ley definió el concepto de la libre competencia y la libre escogencia en el mercado de los servicios de salud, criterios estos que fueron desarrollados por el Gobierno, a través del Decreto 1.663 de 1994, por medio del cual se establece el régimen de la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

3.3.7. Normas Sobre Transporte:

¹⁶ En relación con este importante tema, puede consultarse mi artículo "El Derecho de la Competencia en el Sector de las Comunicaciones", el cual aparecerá próximamente en la publicación No. 2 del CEDEC.

En adición a las normas sobre el sector portuario a las que ya se hizo referencia atrás, el Congreso dictó la Ley 105 de 1993 por medio de la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte. Esta ley contiene algunas normas sobre libre competencia en el sector del transporte.

3.3.8. Normas sobre Competencia Desleal:

En Enero de 1996, el Congreso de la República expidió la Ley 256 de ese año, la cual derogó los artículos 75 a 77 del Código de Comercio y estableció un nuevo estatuto para la competencia desleal en Colombia. Esta importante norma se encuentra concordada con el Tratado de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994 y constituye un cambio de enfoque del esquema profesional de competencia desleal del C.Co., para pasar a una moderna concepción social del tema, siguiendo la legislación española.

4. REGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El Régimen General de la Libre Competencia, está compuesto de una parte por la Ley 155 de 1959, sus modificaciones y Decretos Reglamentarios; y por la otra, por el Decreto 2.153 de 1992.

4.1. Sistemas de Análisis.

Es indiscutible que en el Régimen General de la Libre Competencia imperante en Colombia existen dos sistemas fundamentales de análisis, que siguiendo el Derecho Antimonopolístico Norteamericano podríamos llamar el sistema de la Regla de la Razón y el Sistema de la Ilegalidad *Per Se*.

4.1.1. Regla de la Razón.

Este sistema sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

De conformidad con la jurisprudencia Norteamericana, al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia.¹⁷

¹⁷ *Standard Oil Co. v. United States*. 221 U.S. 1 (1911).

Al analizar las prácticas restrictivas es importante considerar su naturaleza, ya que la jurisprudencia ha ido señalando en forma paulatina, aquellas conductas netamente anticompetitivas, como por ejemplo, la fijación de precios.

De otra parte, las leyes antimonopolísticas castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del "propósito" o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho antimonopolístico, marcan el inicio de lo que se ha llamado entre nosotros la aplicación *ex-ante* de las normas sobre protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter *ex-ante*, cuando actúa en forma preventiva, con base en la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva.¹⁸

En cuanto al efecto de las prácticas restrictivas, vale la pena señalar que bajo la Regla de la Razón, es posible establecer defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta que se le imputa al acusado no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores. Una defensa válida puede consistir por ejemplo, en demostrar que como resultado de las prácticas acusadas se presenta una mayor producción y más bajos precios, o que a través de las prácticas acusadas se tiende a maximizar la satisfacción del consumidor.

Otro aspecto que se analiza al aplicar la Regla de la Razón, es el del poder de mercado, o posición dominante en el mercado como se ha llamado al concepto entre nosotros. Para efectos de determinar si una empresa tiene posición dominante en un determinado mercado, es necesario hacer un estudio sobre la estructura y la concentración de dicho mercado.¹⁹ La autoridad de la competencia tiende a presumir por regla general, que cuando no existe una posición dominante en el mercado, la intención de una empresa al reducir su producción o realizar otra conducta equivalente, no puede ser la de aumentar los precios.

Una de las prácticas a la que se le ha aplicado la Regla de la Razón en forma general en los Estados Unidos, ha sido la de compartir información con los competidores. Aunque se considera generalmente que al suministrarle información al mercado la competencia se hace más transparente y los consumidores tienen mejores elementos de juicio para decidir, se ha descubierto que en determinadas circunstancias el intercambio de información entre competidores puede servir como medio de colusión, y especialmente como mecanismo para la formación y el mantenimiento de Carteles.

¹⁸ Como es bien sabido, una de las mayores críticas que se le ha hecho a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, se refiere al carácter *ex-post* de la normativa. Tanto la Ley 155 de 1959 como los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y la Ley Sherman, contienen una clara regla para la aplicación *ex-ante* del derecho Antimonopolístico.

¹⁹ Por esta razón es necesario que las autoridades encargadas de aplicar la legislación antimonopolística cuenten con los medios suficientes y el personal capacitado para realizar sofisticadas mediciones econométricas. Así mismo es necesario que los abogados que trabajen en estas labores conozcan y entiendan los temas económicos.

En relación con este tipo de práctica, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, aprobó en 1925 un programa de intercambio de información sobre precios, en el caso de *Maple Flooring Manufacturers Association v. U.S.*²⁰, debido a que se compartían únicamente los datos referentes a las transacciones antiguas, en lugar de los precios corrientes, y porque no se divulgaban las listas de clientes. Sin embargo en los casos de *Sugar Institute Inc v. U.S.*, (1936) y *U.S. v. Container Corporation of America* (1969), la Corte condenó las prácticas tendientes a suministrarle información a los competidores, en mercados altamente concentrados. En Colombia este mismo tema se está debatiendo en la actualidad con motivo de la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio le ha iniciado a la industria cementera, y en la cual se investiga una práctica de compartir información, la cual como se sabe no está tipificada en nuestra legislación.

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 entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992. Estas normas jurídicas dicen textualmente lo siguiente:

Lev 155 de 1959. “Artículo 1.- 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.

Parágrafo.- El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

D. 2.153 de 1992. “ARTICULO 46.- PROHIBICION. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.”

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe “...toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. por su parte, el Decreto 2.153 de 1992 prohíbe “...las conductas que afectan la libre competencia en los mercados...”. Este es el reconocimiento del legislador, de que los participantes en el mercado pueden incurrir en prácticas anticompetitivas que no fueron previstas por el legislador, caso en el cual es necesario tener un mecanismo para poder sancionarlos, como es el de la prohibición general.

²⁰ Op. Cit. Hovencamp, Herbert. página 119. 268 U.S. 563 (1925).

Para el efecto, debe realizarse un análisis más estricto y profundo, ya que es necesario probar que la práctica tiende a limitar la libre competencia o a afectar la libre competencia en los mercados, para lo cual debe establecerse un parámetro de lo que significa la libre competencia en ese mercado. Consecuentemente, le será posible al investigado esgrimir como defensa el carácter pro-competitivo de su conducta, lo que no es posible bajo el sistema de la regla *per se*.

A pesar de las anteriores explicaciones, el sistema de análisis descrito, se encuentra en grave crisis en el derecho Colombiano, como consecuencia de la decisión proferida por el Consejo de Estado, al analizar la legalidad del Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional del Aceite de Palma Africana, el cual fue suscrito con el aval del Gobierno en Septiembre de 1994, entre Fedepalma y varias empresas de la industria procesadora de aceites y grasas y cuyo objeto consistía en regular las condiciones del mercado de aceite de palma.

En este caso, cuyas implicaciones es necesario analizar con mayor detenimiento el consejo de Estado dijo que el mencionado acuerdo no se encontraba enmarcado dentro de ninguno de los tipos previstos en las normas sobre libre competencia, razón por la cual no era factible imponer sanciones. Dijo textualmente el Consejo de Estado lo siguiente:

“El acto acusado, por si mismo, es demostrativo de que se atendió la reclamación presentada; y que si bien no consideró ‘significativa’ la queja, al estimar que los hechos denunciados no tipificaban las conductas prohibidas por los artículos 46, 47 y 50 del Decreto 2.153 de 1992, lo hizo razonadamente, dentro de una interpretación lógico-sistemática de la Constitución y de la ley....”

“Además mal pueden imponerse sanciones (art. 2º, num. 2 ibídem), como lo pretende el actor, frente a hechos que se han considerado atípicos ante las conductas de abuso de la posición dominante, o uso de prácticas restrictivas de la competencia, pues garantías fundamentales en materia sancionatoria, entre ellas el principio de la legalidad (no hay falta ni pena sin ley), tienen tajante reconocimiento en nuestra Carta Política”

4.1.2 Regla "Per Se".

De acuerdo con la Jurisprudencia Norteamericana, este sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales **"Per Se"**.

La Regla *"Per Se"* es el tipo de análisis más estricto bajo el cual la autoridad de la competencia puede analizar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una "Presunción de Derecho" de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia Norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis,

y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla "*Per Se*" se aplica o no se aplica al caso *sub judice*. Una vez que la corte ha determinado que la regla "*Per Se*" es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa.

Por lo tanto la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla "*Per Se*".

21

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el Juez Stevens, en el caso de *Arizona v. Maricopa County Medical Society*²² al decir que "*Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la Regla de la Razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional.*"²³ En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la regla "*Per Se*" a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del Condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

En Colombia la regla *Per Se* es aplicada a todos los casos de acuerdos, 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.

Al respecto se puede considerar por ejemplo, el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, el cual dice textualmente lo siguiente:

²¹ En el caso de *National Society of Professional Engineers v. United States*. 435. U.S. 679 (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la Asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores. La Corte conceptuó que bajo la Regla de la Razón no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma considerada era irracional.

²² Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 196. Puede verse el texto del caso. 457 U.S. 332 (1982).

²³ Los textos de las decisiones que se citan en este documento fueron todos consultados en Inglés. Las traducciones son mías.

“**ARTICULO 47.-** ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”

Como se puede observar, la norma transcrita considera contrarios a la libre competencia, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La autoridad de la competencia deberá probar solamente la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma lo presume y no admite prueba en contrario. En consecuencia, la única defensa posible para el investigado, consiste en demostrar que no celebró el acuerdo, y no se le admitirán argumentos tendientes a demostrar por ejemplo que la fijación de precios se pactó en beneficio de los consumidores, o que no afectó el mercado.

4.2. Características Generales de la Ley 155 de 1959 y Normas Reglamentarias.

La Ley 155 de 1959 fue expedida por el Congreso por iniciativa del Gobierno. Como es bien sabido, fue el doctor Hernando Agudelo Villa, en su calidad de Ministro de Hacienda, quien preparó el proyecto e impulsó personalmente el debate hasta la expedición de la Ley.

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República la Ley 21 de 1963, el Gobierno expidió el Decreto Ley 3.307 de 1963, por medio del cual modificó los artículos 1º y 15º de la Ley 155 de 1959 y se dictaron algunas normas adicionales sobre procedimientos administrativos para la aplicación de la Ley.

Posteriormente el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1.302 de 1964, por el cual se establecieron criterios procedimentales y de valoración en la aplicación de la Ley 155 de 1959.²⁴

Aunque en diversas partes de este documento se analizan y critican aspectos específicos de las disposiciones contenidas en la Ley y su Decreto Reglamentario, en el presente punto se analizan algunos aspectos generales que se consideran importantes:

4.2.1. Materias que Cubre la Ley:

La Ley 155 de 1959 y su Decreto Reglamentario cubren diversos aspectos relacionados con el tema de las prácticas restrictivas de la competencia, los cuales serán explicados en detalle más adelante.

²⁴ En acápites anteriores de este documento se analiza la incidencia que tuvo el artículo 1º del Decreto 1.302 de 1964 en la falta de aplicación de la Ley 155 de 1959, en tanto en cuanto dicho artículo reglamentó el parágrafo del artículo 1º de la Ley, incluyendo la mayor parte de los sectores de la economía en la excepción a la aplicación de las normas sobre competencia.

En efecto, el artículo 1º de la Ley, al estilo de la §1 de la Ley Sherman de los Estados Unidos de Norteamérica, contiene una prohibición genérica de realizar toda clase de acuerdos, actos y en general toda clase de prácticas restrictivas de la libre competencia, dentro de las cuales se podrían incluir los abusos de la posición dominante en el mercado, aunque la expresión posición dominante no aparece en la ley.

El artículo 2º se refiere a la vigilancia especial que el Estado ejercerá sobre las empresas que ostenten poder dentro de un mercado por la participación que tengan en él.

El artículo 3º se refiere al tema de la intervención del Estado en el tema de las pesas y medidas. El artículo 4º se refiere al control de fusiones por parte del Estado.

Los artículos 5º y 6º tratan el tema de los conflictos de interés y la prohibición a la concentración en cargos administrativos. Los artículos 7º, 8º y 9º tratan el tema de los sistemas de distribución de los productos en el mercado. Los artículos 10º y 11º definen la competencia desleal y establecen casos de la misma. Estos artículos se consideran derogados por la expedición del Código de Comercio en 1971. En la actualidad el tema de la competencia desleal se encuentra tratado en la recientemente expedida Ley 256 de 1996.

Por último, los artículos 14 a 19 de la Ley, hacen referencia al procedimiento para la aplicación de la norma, y a las sanciones en que incurrirían sus infractores

4.2.2. Caracter Subjetivo y *Ex-Ante* de la Norma:

La influencia que ejerció la Ley Sherman sobre el legislador colombiano, hace que la Ley 155 de 1959 tenga un caracter subjetivo, que como se verá más adelante, difiere del caracter objetivo que se le imprimió al Decreto 2.153 de 1992. Este caracter subjetivo se evidencia en el hecho de que la Ley castiga la mera tentativa, sin exigir que los actos produzcan un efecto anticompetitivo en el mercado, para que se aplique la sanción.

Debe tenerse en cuenta que la Ley Sherman es de tipo criminal, por lo cual los factores subjetivos e intencionales son determinantes. Cuando el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 dice que "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar...*" (El subrayado es mío), éllo quiere decir que no es necesario demostrar un efecto anticompetitivo; simplemente la realización de cualquier acto realizado con la intención de restringir la libre competencia.

De igual manera, el caracter *ex-ante* de la norma, al cual ya se hizo alusión en este documento, radica en que no es necesario demostrar perjuicio alguno, con el objeto de lograr la aplicación de las sanciones relacionadas con la violación de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, la Ley 155 de 1959 sigue el criterio del Derecho Norteamericano, así como el que se aplica

en la Comunidad Económica Europea, según el cual debe tratar de aplicarse la norma en forma ágil, preventiva, sin esperar a que se le produzcan daños irreparables a los consumidores y al mercado en general.

El establecimiento de un carácter *ex-ante* en la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia, se justifica ya que este tipo de normas se aplican en interés general, para proteger las condiciones generales de competencia del mercado, y no solamente los intereses de uno u otro participante en el mismo.

4.2.3. Bien Jurídico Protegido:

Nada establece de manera expresa la Ley 155 de 1959 en relación con el punto del bien jurídico protegido, lo cual quizás sea sabio si se tiene en cuenta que los diferentes gobiernos deben tener la oportunidad de aplicar su propia política de la competencia, protegiendo aquellos valores que su filosofía económico-política considere más importantes.²⁵

Sin embargo, es evidente que la Ley, siguiendo postulados teleológicos que ya desde esa época eran considerados esenciales por el derecho de la competencia, tiene una clara tendencia a la protección del bienestar del consumidor, como bien jurídico fundamental, que debe orientar y determinar la aplicación de este tipo de normas. Es así como la parte final del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 establece la prohibición general de realizar acuerdos o actos anticompetitivos, y "*...en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*". (El subrayado es mío).

4.3. Características Generales del Decreto 2.153 de 1992.

Como ya se explicó atrás, el Decreto 2.153 de 1992 fue expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el artículo 20 transitorio de la Constitución. En el punto 3. de este documento se hace un análisis de las características jurídicas del Decreto, el cual fue declarado constitucional por el Consejo de Estado.

Para la expedición del Decreto, el Gobierno tuvo en cuenta la opinión de la comisión de expertos canadienses que visitó el país, encabezada por el profesor Shyam Khemani. La influencia de la escuela canadiense de la competencia se deja sentir en varios aspectos del Decreto, como se verá en los puntos siguientes.

Adicionalmente, resulta importante resaltar la influencia que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ejercieron sobre la redacción del Decreto. En efecto, el Decreto no solamente establece una prohibición genérica sobre las

²⁵ Para una discusión pormenorizada sobre la evolución histórica de los aspectos teleológicos de estas normas, pueden consultarse los siguientes documentos de la misma autoría que el presente: "El Derecho de la Competencia en Colombia". Op Cit. Pags. 55 y 56; y "Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". Op. Cit. Pags. 134 a 137.

prácticas restrictivas de la competencia, sino que además define las diferentes categorías de conductas y da listados no taxativos de aquellas conductas que se consideran violatorias del Derecho de la Competencia, con lo cual se pretende ilustrar en forma práctica a los destinatarios de las normas, que son los participantes en el mercado, y prevenirlos sobre las conductas que se encuentran prohibidas.

4.3.1. Materias que Cubre el Decreto:

El Decreto 2.153 de 1992 introdujo importantes innovaciones de tipo institucional y sustancial al Derecho de la Competencia. En efecto, la norma pone el Derecho de la Competencia Colombiano, a tono con la evolución conceptual que ha tenido la materia en las últimas décadas.

En relación con los aspectos institucionales, el Decreto crea tres nuevas dependencias dentro de la Superintendencia de Industria y Comercio. En primer lugar, crea la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia. De esta delegatura depende la División de Promoción de la Competencia, la cual se integra con un grupo interdisciplinario de profesionales que le ayudarán al Superintendente Delegado a adelantar las investigaciones. Por último, el Decreto crea el Consejo Asesor del Superintendente, como un órgano colegiado de Consulta del Superintendente en materias relacionadas con la promoción de la competencia. El Consejo se integra con cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

En cuanto a los aspectos procesales, el Decreto se acoge a los procedimientos administrativos descritos en el Código Contencioso Administrativo. Resulta importante destacar la actualización de las sanciones que el Superintendente puede imponer a los infractores, así como la posibilidad que tiene de decidir sobre la terminación de las investigaciones, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En relación con los aspectos sustanciales relativos al Derecho de la Competencia, el Decreto hace referencia a la Ley 155 de 1959, aunque la modifica en algunas partes como se verá adelante. De todas maneras debe considerarse que el decreto contiene el régimen general del Derecho de la Competencia en Colombia.

El artículo 44 del Decreto contiene la reiteración de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. El artículo 45 por su parte trae importantes definiciones sobre lo que la norma entiende por acuerdo, acto, conducta, control, posición dominante y producto. El artículo 46 contiene una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia, que reitera la prohibición contenida en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959; la sanción jurídica de dichas conductas es la nulidad absoluta por objeto ilícito.

Los artículos 47, 48 y 50 del Decreto contienen la determinación de la clasificación tripartita que el Decreto hace de las conductas restrictivas de la libre competencia. En efecto, el artículo 47 hace referencia a los acuerdos restrictivos de la libre competencia, el artículo 48 a los actos restrictivos de la libre competencia y el artículo 50 hace referencia a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

4.3.2. **Caracter Objetivo y *Ex-Ante* de la Norma:**

El carácter objetivo del Decreto 2.153 de 1992 es una clara consecuencia de la influencia de la escuela canadiense. Dicho énfasis objetivo se hace evidente en el hecho de que la aplicación de la norma no depende exclusivamente de la demostración de que el autor de la conducta tuvo la intención de restringir la libre competencia. En este sentido el Decreto señala en relación con la mayor parte de las conductas que se describen, que deben tener "*por objeto o como efecto*", fijar precios, o bien repartir mercados, etc. Lo anterior implica que la norma permite sancionar en aquellos casos en que existiendo la intención de restringir la competencia, no se presenta el efecto anticompetitivo; pero a la vez permite sancionar aquellas conductas que producen un efecto anticompetitivo, aunque no se logre demostrar la intención de su autor de restringir la libre competencia.

El Decreto 2.153 de 1992 mantiene el mismo carácter *ex-ante* que se explicó en relación con la Ley 155 de 1959, explicación a la cual se hace remisión en este punto.

4.3.3. **Bien Jurídico Protegido:**

A diferencia de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 contiene un catálogo de bienes jurídicos protegidos, que en general responde a la gama de variedades que en materia teleológica contemplan las diversas legislaciones modernas del mundo, sin establecer ningún orden o prelación en la aplicación de uno u otro criterio, por lo cual queda ello deferido a la discrecionalidad del Superintendente de Industria y Comercio, el cual en esta materia deberá seguir la orientación general del Gobierno de turno en relación con la política de la competencia.

La determinación de los objetivos o finalidades de la norma, se encuentra contenida en el artículo 2º del Decreto, el cual, al definir las funciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio dice que le corresponde a dicha entidad "*Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la Competencia y prácticas comerciales restrictivas, "... para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*" (El subrayado es mío).

Estos objetivos hacen referencia específica a diferentes escuelas del pensamiento económico y a diversos momentos en la evolución del Derecho de la Competencia:

la eficiencia, el bienestar del consumidor, igualdad de oportunidades para los competidores y nuevamente protección del bienestar del consumidor.

Como se dijo, el decreto en general no ofrece ninguna orientación en relación con el orden o prelación en el cual se deben preferir los diferentes objetivos descritos, los cuales pueden entrar en conflicto; sin embargo esta apreciación general no se puede aplicar al tema del control de fusiones, en el cual se hace claro que prima el criterio de la eficiencia sobre cualquier otro. En efecto, el artículo 51 del Decreto 2.153 de 1992, que debe ser leído en concordancia con el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, modifica el criterio general sobre la función del Gobierno en el control de fusiones, con el objeto de establecer un evento en el cual el Superintendente de Industria y Comercio no puede objetar una fusión. Esto sucede cuando *"...los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado"*.