

**COMISION DE LIBRE COMPETENCIA Y
ASUNTOS DEL CONSUMIDOR
PANAMA**

**PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE
COMPETENCIA**

**“EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL REGIMEN
GENERAL DE PROMOCION DE LA COMPETENCIA Y
PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS”**

**PRESENTADA POR EL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO DE LA
COMPETENCIA “CEDEC”**

**Autor: Alfonso Miranda Londoño
Dirección: Diagonal 68 No. 11A-38
Teléfono: 249-4743
Fax: 313-0573
Santafé de Bogotá, D.C.
Colombia**

**Octubre de 1998
Panamá, República de Panamá**

EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL REGIMEN GENERAL DE PROMOCION DE LA COMPETENCIA Y PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Por: Alfonso Miranda Londoño¹

1. INTRODUCCION.

Colombia, como la mayoría de los países de América Latina, se encuentra en los albores de la formación de su política de competencia.

En la mayor parte de estos países se presentó una primera expresión normativa del Derecho de la Competencia en los años cincuenta y sesenta, como una reacción a la normatividad sobre la materia en el Tratado de Roma y en los E.U.A.

Sin embargo, en esta primera aproximación poco fue lo que se avanzó en la formación de la política de competencia como una política estatal, debido a que el esquema económico imperante, influenciado por las corrientes Cepalinas, no permitía un desarrollo propicio de la normatividad, pero sobre todo de los conceptos filosóficos subyacentes a la política de competencia.

Fue solamente hasta el final de los años ochenta y durante la década de los noventa, que nuestros países hicieron una nueva aproximación al Derecho de la Competencia, dictando normas y estableciendo o reestructurando sus autoridades de la competencia, como una consecuencia lógica de la apertura económica y el proceso gradual pero continuo de internacionalización de la economía.²

En Colombia esta nueva etapa comenzó con la expedición del Decreto 2.153 de 1992, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio en adelante (SIC), se dictaron nuevas normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y se crearon tres nuevas dependencias dentro de la SIC: la Superintendencia Delegada para la

¹ Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Máster en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidades Javeriana, Externado, Andes y Nacional. Director del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia - CEDEC.

² Así, hemos visto en Colombia la reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Venezuela la formación de Procompetencia, el Indecopi en Perú, la nueva ley de Competencia en Panamá, Argentina, Chile, etc.

Promoción de la Competencia, la División de Promoción de la Competencia y el Consejo Asesor del Superintendente en materias de Competencia.

Según el artículo 4º del Decreto 1.050 de 1968, las superintendencias son organismos adscritos a un ministerio que, dentro de los límites de la autonomía administrativa, financiera y presupuestal que la ley les señala, ejercen algunas funciones que pertenecen al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y las que la ley de creación o reorganización les confiere.

La Superintendencia de Industria y Comercio cumple una función de alta policía administrativa, cuyo objetivo general es la protección del orden público económico.³ Por esta razón, en las investigaciones de carácter administrativo que adelanta la SIC, se traba una relación jurídico procesal entre la autoridad y el investigado solamente; el denunciante no es parte dentro de la investigación.

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

Las sanciones que impone la SIC consisten en la prohibición de realizar las conductas anticompetitivas y la imposición de multas en favor del tesoro nacional. En ningún momento la SIC declara o determina la existencia de perjuicios, ni mucho menos condena al infractor al resarcimiento de los mismos en favor del perjudicado. Todas estas características distinguen el régimen de las prácticas restrictivas de la competencia del de la competencia desleal, en el cual se traba un litigio judicial, dentro del que demandante y demandado son partes en un proceso abreviado que puede concluir en una condena de perjuicios, pero no me detendré sobre este punto, que será expuesto en detalle por el doctor Gabriel Ibarra.⁴

³ Los objetivos específicos de la actuación de la SIC, se encuentran descritos en el artículo 2º del Decreto 2.153 de 1992, el cual establece que las actuaciones de la SIC se realizan para *“alcanzar, en particular, las no 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.”*

En la actualidad los estudiosos de esta disciplina en todo el mundo, consideran en forma mayoritaria, que el objetivo general del Derecho de la Competencia es el beneficio de los consumidores (economía del bienestar), es decir, que como consecuencia de una libre y leal competencia en los mercados (El artículo 333 de la C.P. establece que la *“...libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*), los consumidores deben poder acceder a una mayor variedad de bienes y servicios de una mejor calidad y a precios más bajos.

En relación con el aspecto teleológico del Derecho de la Competencia, puede consultarse mi artículo, "El Derecho de la Competencia en Colombia" Revista de Derecho Económico número 9. 1989. Ediciones Librería El Profesional. página 53 y siguientes.

⁴ En relación con las diferencias que existen entre el régimen de la competencia desleal y el de las prácticas restrictivas de la competencia, puede verse mi artículo "Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado". Universidad Javeriana. Seminarios 5. 2ª edición. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia-CEDEC. Páginas 23 y 24.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en cuanto a las diferencias entre las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, por medio del concepto del

Aunque la consolidación de esta nueva etapa en la aplicación del Derecho de la Competencia a la cual me referí atrás, ha sido bastante lenta en Colombia, la SIC ya ha resuelto alrededor de cuarenta casos, en los cuales ha sentado algunas doctrinas importantes, que sin lugar a dudas van formando el cuerpo doctrinario de la entidad y la política estatal de la libre competencia en Colombia.⁵

Hasta el momento la SIC, como sucede en muchas partes del mundo, ha adoptado una metodología persuasiva, por medio de la cual ha logrado que los investigados modifiquen sus conductas y ofrezcan garantías, sin necesidad de imponer para el efecto sanciones. Sin embargo, esta metodología está empezando a cambiar: aunque la SIC no ha impuesto todavía sanciones, en los últimos meses se ha negado varias veces a aceptar las garantías ofrecidas por los investigados, lo cual indica claramente un viraje hacia la aplicación de sanciones.⁶

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.

El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sortea 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).

⁵ Aunque no comparto muchas de las posiciones que ha adoptado la SIC en la resolución de sus casos, considero importante que se avance de manera decidida y rápida en la decisión de éstos y en la expresión de las posiciones y doctrinas de la competencia. Algunas de las más importantes se encuentran contenidas en la decisión de Pavco, la de Icollantas, la de los celulares, la de Ferrovías, las de los médicos, la de Fonandes, las de los fabricantes de Automóviles, etc.

⁶ En efecto, los principales casos que la SIC ha decidido hasta ahora, han implicado la negociación de garantías con los investigados como se observa a continuación:

1. CASO DE PAVCO S.A. La Superintendencia abrió investigación contra PAVCO S.A. y su red de distribuidores por realizar prácticas consistentes en fijación de precios, ventas atadas y colusión en licitaciones públicas.

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución No. 0843 de 1994, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

Desde el inicio de la investigación, la Superintendencia tenía en su poder prueba de las prácticas investigadas, las cuales se encontraban detalladas, en el contrato de distribución firmado entre PAVCO S.A. y sus distribuidores.

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992, consistieron de manera principal en la modificación de algunas cláusulas del contrato de distribución y en la promesa de modificar su conducta de tal manera que se respetaran las normas que se consideraron violadas al abrir la investigación.

-
2. CASO DE LA TELEFONIA MOVIL CELULAR. La Superintendencia abrió investigación contra CELUMOVIL S.A. Y COMCEL S.A., por realizar acuerdos de fijación de precios y abuso de la posición dominante por aplicación de condiciones discriminatorias a situaciones equivalentes.

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución No. 1.736 de 1995, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

Al parecer la Superintendencia tenía en su poder importantes pruebas de las infracciones descritas, a pesar de lo cual aceptó las garantías.

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992, consistieron en comprometerse a eliminar cualquier tipo de discriminación frente a los usuarios y abstenerse de fijar precios.

En efecto, en el considerando sexto de la Resolución 1736 de 1995, se establece: *"Que las sociedades se comprometen a eliminar cualquier presunto tipo de discriminación tarifaria para con los usuarios del servicio de telefonía móvil celular en la zona oriental del país en los términos expresados en el considerando cuarto de la presente resolución"*.

Adicionalmente, la Superintendencia modificó la doctrina establecida en el Caso de PAVCO, ya que a partir del Caso de Celular, el ofrecimiento de garantías no implica de manera necesaria la admisión por parte de los investigados de haber incurrido en prácticas restrictivas de la competencia. En el Caso de Celular, la Superintendencia de manera específica se abstiene de analizar la legalidad o ilegalidad de las conductas pero acepta las garantías.

3. CASO DE LOS FABRICANTES DE AUTOMOVILES. La Superintendencia abrió investigación contra la C.C.A., la GENERAL MOTORS, SOFASA S.A., y las redes de concesionarios de las empresas mencionadas, acusándolas de fijación vertical de precios y la imposición de cláusulas atadas.

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resoluciones Nos. 367 y 1187 de 1997, por medio de las cuales se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

Desde el inicio de la investigación, la Superintendencia tenía en su poder prueba de las conductas supuestamente ilegales, pues las mismas se encontraban detalladas, en el contrato de concesión firmado por los fabricantes de automóviles y sus respectivas redes de concesionarios.

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992, consistieron en la modificación de algunas cláusulas del contrato de concesión y en la promesa de modificar su conducta de tal manera que se respetaran las normas que se consideraron violadas al abrir la investigación.

4. CASO DE FERROVIAS. La Superintendencia abrió investigación contra FERROVIAS y la sociedad Drummond Ltda por la celebración de un contrato de operación de la vía férrea que le otorgó a esta última preferencias injustificadas sobre la utilización de la línea férrea en el tramo La Loma - Santa Marta, lo cual se consideró como abuso de la posición dominante por aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que colocaban a los demás usuarios de la vía férrea mencionada en condiciones desventajosas frente a la Drummond.

Este caso fue decidido por la SIC mediante Resolución No. 523 de 1997, por medio de la cual se aceptaron las garantías propuestas por los investigados.

Desde el inicio de la investigación, la Superintendencia tenía en su poder la prueba de la conducta descrita, la cual se encontraba detallada, en el contrato de operación de la vía férrea, protocolizado por escritura pública.

Las garantías que la Superintendencia consideró suficientes para dar por terminada la investigación, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 52 del Decreto 2.153 de 1992, fué la modificación de algunas cláusulas del contrato.

En efecto, el Presidente de la Empresa Colombiana de Vías Férreas -Ferrovías- ofreció como garantía: *" la renegociación de las cláusulas litigiosas por parte de ferrovías y la Drummond y presentó un proyecto cuyo contenido prevee modificar y suprimir los apartes de las cláusulas 3a., numeral 3.19 y 8a., numeral 8.10 objeto de investigación, para lo cual requieren un plazo hasta el 23 de Mayo de 1997."*

Precisamente debido a que hasta el presente la SIC ha aceptado las garantías que le han presentado los investigados, no se ha ejercido en la práctica el control jurisdiccional de los actos de la Superintendencia.

En efecto, a la fecha son muy pocas las actuaciones judiciales relacionadas con la libre competencia. Aparte de algunas actuaciones judiciales (en cierto modo marginales), relacionadas con la solicitud de insistencia para el examen de los expedientes que se instruyen en la SIC (Ley 57 de 1985) y de algunos pronunciamientos también tangenciales de la Corte Constitucional sobre el tema, puede decirse que las más importantes actuaciones judiciales relacionadas con la libre competencia, son hasta el presente, las siguientes:

- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del día 24 de Mayo de 1989, en la cual frente a una consulta del Ministro de Desarrollo, el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo, dio su opinión sobre el régimen jurídico aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia y a las prácticas de competencia desleal.
- Sentencia del Consejo de Estado del día 20 de Febrero de 1997, por la cual el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, se abstuvo de declarar la nulidad del acto administrativo por medio del cual la SIC decidió no abrir investigación por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en la celebración del “Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional del Aceite de Palma Africana”.

Se observa por lo tanto, que la actividad de la SIC en relación con la promoción de la competencia y el control de las prácticas comerciales restrictivas, aún no ha sido sometida al control de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual puede cambiar en el futuro inmediato, si la SIC comienza a aplicar sanciones.

De manera similar, los particulares hasta el momento se han abstenido (o por lo menos los casos no se conocen aún), de recurrir ante la jurisdicción ordinaria con el objeto de demandar la indemnización de los perjuicios que se les hubiera podido ocasionar con realización de prácticas restrictivas de la competencia.

El presente documento constituye un esfuerzo preliminar de aproximación académica al complejo tema del control jurisdiccional de los procedimientos administrativos que debe adelantar la SIC en desarrollo de su actividad de promoción de la competencia y control de las prácticas comerciales restrictivas. Aborda por lo tanto el tema del control jurisdiccional de lo que he llamado el Régimen General de la Libre Competencia⁷ (contenido en La Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992, la Ley 256 de 1996 y normas

⁷ Al respecto puede consultarse mi artículo “El Régimen General de la Libre Competencia. Características Principales”, presentado dentro del marco del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial organizado por La Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, la SIC y diversas entidades y universidades incluyendo el CEDEC. Tomo II.

complementarias⁸), pero no se refiere a los regímenes especiales de libre competencia, tales como el de los servicios públicos domiciliarios, puertos y sistema financiero y asegurador, los cuales se encuentran contenidos en normas y sometidos a autoridades diferentes a las del Régimen General.⁹

En el presente documento solamente se discutirán con algún detalle el control jurisdiccional que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre los actos de la SIC, y las actuaciones que se pueden tramitar ante la jurisdicción ordinaria con el objeto de obtener la indemnización de los perjuicios que causen las prácticas restrictivas de la competencia.

Un análisis completo del control jurisdiccional que nuestro sistema jurídico ofrece en relación con las actuaciones administrativas de este tipo, debería incluir los siguientes temas:

- Control judicial de las actuaciones administrativas, el cual se surte ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Acciones de nulidad de los actos restrictivos de la libre competencia y/o de indemnización de los perjuicios ocasionados por tales actos, las cuales se surten ante la jurisdicción ordinaria.
- Solicitud de insistencia ante los tribunales administrativos, en caso de discrepancias relacionadas con el carácter de reservado de los expedientes que adelanta la SIC.
- Acción de Tutela, en aquellos casos en los cuales las violaciones del derecho de la competencia comportan además la violación de derechos

⁸ Con excepción del régimen de competencia desleal, en el cual por definición legal, la autoridad de la competencia es el juez, razón por la cual no se analiza aquí.

⁹ 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.

A este respecto resulta interesante destacar, que dentro del marco del CEDEC, tanto el autor como otros académicos han venido proponiendo desde hace ya varios años, la unificación de la legislación sobre libre competencia y el establecimiento de una autoridad única de la libre competencia, con plena autonomía frente al gobierno, lo cual seguramente redundará en el desarrollo de una política estatal (no necesariamente gubernamental) de competencia, mucho más seria y avanzada. Por esta razón registro como un avance, el hecho de que la SIC haya propuesto formalmente la creación de un organismo único para el tema.

En tal sentido dijo el doctor Marco Aurelio Zuluaga Giraldo, Superintendente de Industria y Comercio, dentro marco del seminario organizado por la Fundación Santillana en Junio de 1997 sobre "Aspectos Jurídicos y Económicos de la Competencia en Colombia" lo siguiente: "*En lo institucional, y teniendo en cuenta que a otras autoridades les viene siendo asignada la función de sancionar por la violación a las normas sobre promoción de la competencia, con las desventajas que ello conlleva sobre identidad de criterios y armonización de conceptos, se propone la creación de un único organismo que conozca integralmente los asuntos sobre esta materia. Este organismo debe ser autónomo, independiente y de conformación plural, habida consideración de las implicaciones económicas que sus decisiones comportan.*" Publicado en "Derecho de la Competencia" Superintendencia de Industria y Comercio y Biblioteca Millennium. Páginas 36 y 37.

fundamentales protegidos en la Constitución Política. Esta acción se ejerce ante los jueces.¹⁰

- Acción de Cumplimiento, principalmente para aquellos casos en los cuales la autoridad de la competencia se niegue a darle cumplimiento a la ley. Para el caso de la SIC, este tipo de acciones se interponen ante la jurisdicción contencioso administrativa.

2. CONTROL DE LAS ACTUACIONES DE LA SIC ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En este capítulo se analizarán de manera general las características de las actuaciones que se pueden surtir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (sin pretender naturalmente agotar la materia) y se harán algunas anotaciones sobre las particularidades y efectos que dichas actuaciones tienen en el caso que nos ocupa.

2.1. Objetivo del Control Jurisdiccional.

El objetivo del control jurisdiccional está definido por la misma codificación contencioso administrativa. En efecto, el artículo 12 del Decreto 2.304 de 1989, que subrogó el artículo 82 del C.C.A., establece que *“la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.”*

2.2. Competencia.

La competencia para conocer de actos relacionados con el régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esta definida por el artículo 128 del C.C.A.

¹⁰ La Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la acción de tutela en relación con el tema del derecho de la competencia, mediante sentencia T-375 de 1997, donde dejó claro que el derecho de la competencia es un derecho económico, que no es un derecho fundamental y que por lo tanto no es tutelable. No obstante lo anterior, encontró dicha corporación, que si bien el derecho de competencia no es considerado como derecho fundamental, en el evento de que a través de la violación de aquél se llegue a vulnerar un derecho constitucional fundamental, la acción de tutela será procedente. Así, en el caso referido, un trabajador independiente que gestionaba una microempresa dedicada a la fabricación de velas, la cual constituía su única fuente de sustento, solicitó y obtuvo la protección de la Corte, con el objeto de que su fábrica no fuera destruida como consecuencia de un acto deliberado de un particular vendedor de parafina, quien pretendía acallar un legítimo reclamo que había hecho el empresario sobre las condiciones justas que debían presidir las relaciones comerciales que ofrecía al público aquel particular, consistentes en la discrepancia entre lo vendido realmente y el peso en el material estipulado, apelando el vendedor a una abstención de trato solo discernible como injusta retaliación, retaliación que en tal oportunidad se manifestó en la abstención de venderle la parafina. En esta oportunidad la Corte consideró que la negativa unilateral a contratar constituía un acto de abuso de la posición dominante en el mercado que se traducía en una flagrante violación de los derechos constitucionales a la igualdad y al trabajo, los cuales finalmente tuteló, como consecuencia de lo cual el vendedor se vio obligado a reanudar la venta de la parafina.

En dicha norma se establece que corresponde al Consejo de Estado conocer en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos del orden nacional expedidos por organismos de cualquiera de las ramas del poder público - entre las cuales se encuentra la SIC, así como de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional, como podrían ser nuevamente los de la SIC

Existe sin embargo la posibilidad de que se inicie un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto de la SIC, por medio del cual se imponga una multa, caso en el cual existe claramente una cuantía. En estos casos, la competencia se determina de la siguiente manera: Si la cuantía es superior a \$4.320.000, la competencia radicará en primera instancia en el tribunal contencioso administrativo, y existirá la posibilidad de apelación ante el Consejo de Estado. Si la cuantía es inferior a la suma mencionada, la competencia radicará en el tribunal contencioso administrativo pero en única instancia. (Numeral 9º del artículo 131 y Numeral 9º del artículo 132 del C.C.A.)

2.3. Procedencia.

Uno de los requisitos que exige nuestro derecho administrativo para que contra un acto administrativo se pueda ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el agotamiento de la vía gubernativa (artículo 135 del C.C.A.)¹¹

El agotamiento de la vía administrativa se produce bien sea mediante acto expreso o bien mediante acto presunto, caso del silencio administrativo. Sin embargo, si las autoridades administrativas no permitieron interponer los recursos procedentes dentro de la vía gubernativa, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos ante lo contencioso administrativo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo expresado en el artículo 50 del C.C.A., contra las decisiones de los superintendentes (entre los que se encuentra el de Industria y Comercio), procede el recurso de reposición pero no el de apelación. Y que según las voces del artículo 63 del mismo código, el recurso de reposición no es obligatorio, de manera que la vía gubernativa podría quedar agotada tan solo dejando transcurrir el término legal para interponer el recurso aludido.

Sin embargo, cuando los particulares decidan interponer el recurso de reposición frente a las decisiones de la SIC, deberán tener en cuenta que en la demanda no pueden presentarse hechos nuevos no alegados en la vía gubernativa, aunque sí puedan presentarse nuevos argumento de derecho en el debate jurisdiccional. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de Junio 20 de 1986. De igual forma, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo dijo en sentencia de Sala Plena del día 6 de Agosto de 1990, con ponencia de la magistrada María Clara de Castro, que

¹¹ Sanchez, Carlos Ariel. "Teoría General del Acto Administrativo". Página 348.

debe existir identidad entre las pretensiones de la demanda y las propuestas en la vía gubernativa.

Es requisito también para proceder a demandar actos que impongan multas, acompañar caución a satisfacción del magistrado ponente, para garantizar el pago a que haya lugar, en caso de que la sentencia resulte desfavorable a la parte demandante.

2.4. Tramite.

El trámite a seguir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como es bien sabido, en poco difiere del señalado para la jurisdicción ordinaria por el Código de Procedimiento Civil, como se observa a continuación:

- Los impedimentos y recusaciones son los mismos y se tramitan en igual forma que los señalados en el artículo 142 del C.P.C.
- Las nulidades son las que consagra el artículo 152 del C.P.C. y se proponen y deciden como lo previene dicha codificación
- El régimen probatorio del C.P.C., para lo cual se entienden dentro de dicho término los diferentes medio de prueba (en cuanto resulten compatibles con el C.C.A.), su admisibilidad, la forma de practicarlas y los criterios de valoración, se aplican en el contencioso administrativo, como lo establece el artículo 168 C.C.A.
- El procedimiento señalado para las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho es el ordinario.
- Las cuestiones accesorias -incidentes- que se presenten dentro del proceso, se decidirán según lo dispone el artículo 167 del C.P.C. siempre que el C.C.A. así lo autorice.
- Las personas que demanden la simple nulidad o la nulidad y el restablecimiento del derecho de los actos administrativos proferidos por la SIC, deberán tener en cuenta en todo caso, que en el procedimiento administrativo no existen las excepciones previas, cuyo objeto es sanear el procedimiento.
- En los términos del artículo 164 del C.C.A., “*Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión*”. En el procedimiento administrativo todas las excepciones son de fondo, es decir, que todas deben referirse al fondo del asunto y no a los aspectos formales del mismo. El evitar las nulidades dependerá del juez, quien deberá disponer las medidas de saneamiento pertinentes.¹²
- El demandante puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo, siempre y cuando dicha solicitud cumpla con los

¹² Echeverry Marulanda, Maximiliano. “Comentarios al Código Contencioso Administrativo. Medellín. 1984. Página 139.

requisitos establecidos por el artículo 150 del C.C.A., que son los siguientes:

- “1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admita.
 2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
 3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.”
- De acuerdo con lo establecido por el Consejo de Estado en Sentencia del 11 de Octubre de 1996 de la Sección Cuarta, para obtener la suspensión provisional de los actos administrativos demandados la infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión debe ser manifiesta, es decir, *“que salte a la vista y se pueda percibir a través de la comparación sencilla de la norma acusada y la norma superior de derecho que se alega como desconocida.”*
 - La sentencia que establezca dentro de la condena el pago de una suma de dinero, deberá ajustar el monto de dicha suma tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor (artículo 178 del C.C.A.). Las cantidades líquidas reconocidas en sentencias que condenen a la Nación devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término.
 - La sentencia que declara la nulidad de un acto tiene efectos retroactivos. En caso de que el acto anulado hubiera alcanzado a producir efectos *“corresponderá al juez dar directivas a la administración sobre la forma de restablecer la situación anterior a la norma anulada.”*¹³

2.5. Acciones Administrativas Aplicables.

Para el caso que nos ocupa, es decir, el del control jurisdiccional de las actuaciones de la SIC, las acciones aplicables son dos: La acción de nulidad, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No resultan aplicables al presente caso, la acción contractual ni la de reparación directa y cumplimiento.

2.5.1. Acción de Nulidad.

Mediante la acción de nulidad, cualquier persona podrá solicitar, en cualquier tiempo, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

¹³ Rodríguez, Libardo. “Derecho Administrativo General y Colombiano”. Temis, 1984 Página 206.

De acuerdo con el artículo 14 del Decreto 2.304 de 1989, que subrogó el artículo 84 del C.C.A., la acción de nulidad procede en los siguientes casos:

- a. Cuando los actos administrativos infringen las normas en que deberían fundarse. Esta violación del acto administrativo, respecto de una norma de carácter superior, ha sido clasificada por la doctrina así:¹⁴
 - Contradicción manifiesta del acto administrativo con los preceptos superiores que ha debido respetar.
 - Desconocimiento por parte de la autoridad administrativa de su propia competencia, al no actuar como le correspondería frente a una situación dada, según las atribuciones que le otorga la ley.
 - Interpretación errónea de la ley por parte del funcionario que dictó el acto, dándole un alcance o sentido que la disposición no tiene, o cuando se aplica inadecuadamente una metodología, y/la técnica de hermenéutica jurídica.
 - Cuando el acto administrativo establece o impone condiciones adicionales a las previstas en la ley para la obtención de autorizaciones.
- b. La acción procede también cuando los actos administrativos han sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, es decir, cuando los funcionarios actúan desbordando las atribuciones que los textos legales les han asignado, o cuando los actos se originan en un órgano público distinto de aquél que los ha debido expedir. Esta clase de incompetencia a su vez puede ser de tres tipos:
 - Territorial: que ocurre cuando el funcionario público expide el acto administrativo fuera del ámbito geográfico dentro del cual puede discurrir su actividad.
 - Cronológica: que consiste en que el funcionario actúa desconociendo el plazo que le ha fijado la ley para el efecto.
 - Material: que se da cuando la autoridad ejecutiva expide un acto sobre cuyo tema carece de competencia.
- c. El acto es así mismo anulable, cuando es expedido en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa. Y ello es así, porque al desconocer en forma total o parcial el trámite fijado

¹⁴ Younes Moreno, Diego “Curso de Derecho Administrativo”. Página 168.

normativamente, se pretermiten las garantías establecidas a favor del administrado. Debe anotarse que las formalidades pretermitidas deben ser sustanciales, en otros términos, deben realmente obedecer a alguna garantía, y no ser meramente accidentales.

- d. En caso de falsa motivación, bien sea por ausencia de motivos previstos en la ley para que el acto se pueda expedir, por inexistencia de los motivos invocados, o por no tener suficiente trascendencia como para que se produzca el acto, puede obtenerse la anulación. La falsa motivación se distingue de la equivocada interpretación de la ley, puesto que aquella se origina en las circunstancias fácticas que preceden o provocan las decisiones administrativas, mientras que la equivocada interpretación de la ley hace referencia al error en la determinación del sentido, propósito y alcance de la misma.
- e. Es anulable el acto emitido con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo expidió. Esta causal se presenta cuando la administración utiliza una facultad otorgada por la ley, persiguiendo un fin distinto de aquel que se pretendía. Es decir, cuando no busca el bien común o el servicio público, sino la satisfacción de un interés particular propio o de un tercero. Puede ocurrir entonces cuando se satisface primordialmente un propósito privado o político, o cuando el fin es el de perjudicar a un tercero o el de favorecer intereses generales diversos de los que inspiraron al legislador.

Se diferencia esta causal del abuso del derecho, porque aún cuando en ambos se utiliza una potestad con un fin distinto al señalado por el legislador, el abuso del derecho repercute sobre la responsabilidad patrimonial, mientras que la desviación de poder le quita todo valor jurídico al acto, sin perjuicio de las responsabilidades patrimoniales que de ello se deriven.

La acción de nulidad procede no solo contra los actos de carácter general, sino también de contra los de carácter particular que señale la ley, contra los cuales podrá recurrir cualquier tercero.¹⁵ Cuando el demandante de un acto de contenido patrimonial pretenda el restablecimiento de un derecho subjetivo, la acción apropiada es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Excepcionalmente la ley señala que determinado acto no es susceptible de esta acción, como sucede en el caso del acto administrativo que decreta la expropiación de un predio con fines de reforma agraria (Ley 160 de 1994).

¹⁵ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 18 de Abril de 1996 Expediente 9899. Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

En el caso que nos ocupa, la acción de nulidad contra un acto administrativo de la SIC por medio del cual se declara por terminada una investigación (ya sea porque se decide no iniciar una investigación formal, o porque se termina la investigación sancionando o absolviendo al investigado), sería intentada por una persona que no se ve afectada directamente por la conducta anticompetitiva o por el acto administrativo que decide sobre ella.

La sentencia que pone fin al proceso, se limita a señalar si el acto administrativo correspondiente es válido o nulo y no entra en otras consideraciones. En el evento que el juez administrativo no declare la nulidad del acto, el mismo continuará en vigor mientras no sea modificado, rescindido o pierda su vigencia de acuerdo con la ley.

En el evento que se declare la nulidad del acto, las cosas se retrotraerán al estado en que se encontraban a la expedición del mismo. Eventualmente y dependiendo de las causas por las cuales se haya declarado la nulidad, la SIC podrá repetir la investigación, saneando los vicios señalados por el juez. En relación con esto el artículo 175 del C.C.A. establece que *“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada ‘erga omnes’. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada ‘erga omnes’ pero solo en relación con la ‘causa petendi’ juzgada”*

2.5.2. Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

De conformidad con el artículo 85 del C.C.A., subrogado por el artículo 15 del Decreto 2.304 de 1989, *“toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá pedir que se le repare el daño.”*

Esta acción puede presentarse por cualquiera de las causales señaladas para la acción de nulidad, pero exige para prosperar, que la persona que la ejerce se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica.

Mientras que la acción de nulidad puede intentarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, la de restablecimiento del derecho caduca al cabo de cuatro meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según sea el caso.

Cuando el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos años. Cuando se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro meses contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio administrativo.

En la acción de nulidad es posible la intervención de cualquier persona en calidad de coadyuvante o impugnante. En la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es necesario acreditar interés directo en las resultas del proceso para poder intervenir en él. (artículo 146 del C.C.A.)

Como lo había advertido, hasta el momento, el único caso en el cual se ha utilizado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto de la SIC, es el que concluyó con la sentencia proferida por el Consejo de Estado el día 20 de febrero de 1997, en relación con el Convenio Marco de Absorción del Aceite de Palma Africana.

En dicho caso el actor demandaba la nulidad del acto administrativo por medio del cual la SIC se negó a abrir una investigación formal en relación con el Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional de Aceite de Palma Africana, y a título de restablecimiento del derecho se solicitaba que se abriera dicha investigación, por considerar que dicho acuerdo colocaba a los industriales investigados en posición dominante del mercado, al mismo tiempo que le cerraba las importaciones a quienes no lo firmaran, daba lugar a fijar artificialmente los precios en perjuicio de los industriales no integrados y de los consumidores, e implicaba a una discriminación de tipo vertical.

En este caso el Consejo de Estado decidió que el acto administrativo demandado no era nulo, entre otras razones porque la investigación adelantada de manera razonable por la SIC concluyó que este tipo de acuerdos constituían una forma de intervención del Estado en la economía tendiente a estabilizar un sector básico de la economía nacional y estaban amparados por el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1.302 de 1964.

Es necesario explicar, que en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez administrativo ha sido dotado por la ley de importantes facultades que se analizan a continuación:

- De acuerdo con el artículo 170 del C.C.A., subrogado por el artículo 34 del Decreto 2.304 de 1989, *“Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en lugar de las acusadas, y modificar o reformar éstas.”*
- Según el inciso 2º del artículo 175 del C.C.A., la sentencia *“proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.”*

- De conformidad con lo anterior, cuando el juez administrativo encuentre por ejemplo que una decisión de la SIC es nula, podrá proceder a sustituirla por una diferente. En este caso, el juez entra por ministerio de la ley a ejercer las funciones de autoridad de la competencia y podrá clasificar nuevamente una conducta anticompetitiva, modificar las multas y las órdenes que se hayan impartido al cerrar la investigación, etc.
- Naturalmente que no podrá el Juez imponer conductas o multas a quien no haya estado vinculado al proceso, pero podría ordenar que se adelantara otra investigación sobre personas o actos diferentes a los analizados en el proceso, cuando ello tienda al restablecimiento del derecho.
- Como la decisión de la SIC no versa sobre la protección de los derechos patrimoniales de los perjudicados por los actos anticompetitivos, la sentencia del juez administrativo tampoco podrá recaer sobre dicha materia, la cual deberá ser debatida por los interesados ante la jurisdicción civil.
- Sin embargo, el restablecimiento del derecho si puede referirse a la expedición de órdenes a los investigados, relacionadas con la realización de conductas por acción u omisión, de tal manera que se preserve el derecho de la competencia.

3. ACTUACIONES DE LOS PARTICULARES ANTE LA JURISDICCION ORDINARIA O CIVIL.

Como lo había advertido, una vez la SIC produce el acto administrativo por medio del cual se declara que el investigado infringió las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, los particulares afectados por las conductas anticompetitivas podrán proceder a iniciar las acciones civiles tendientes a la indemnización de los perjuicios que hayan sufrido.

3.1. Clase de Acciones.

Se trata de acciones de responsabilidad civil extracontractual o contractual, según sea la relación entre el infractor y el perjudicado, o inclusive de responsabilidad por abuso del derecho de competir, de conformidad con lo establecido en el artículo 830 del Código de Comercio, según el cual “ *el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*”.

Aunque todavía no han sido reguladas por el legislador, algún día los ciudadanos podrán hacer uso de las acciones populares relacionadas con la libre competencia económica, de conformidad con el artículo 88 de la Constitución Política.

3.2. Nulidad de los Actos Anticompetitivos.

El artículo 19 de la Ley 155 de 1959 establece que *“los acuerdos, convenios u operaciones prohibidos por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito.”*

Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992 establece que *“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.”*

La declaratoria de nulidad de los actos jurídicos contrarios a la libre competencia corresponde al juez civil, el cual la declarará cuando se encuentre acreditado dentro del expediente por parte de la SIC y/o del juez administrativo según sea el caso, que los actos jurídicos acusados violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Como se explicará a continuación, no corresponde al juez civil el análisis respecto del carácter anticompetitivo de los actos, el cual se encuentra reservado a la SIC y a los jueces administrativos.¹⁶ En los casos en que no existan actos jurídicos propiamente dichos, sino conductas anticompetitivas, no procederá la declaratoria de nulidad

3.3. Prejudicialidad.

De acuerdo con el inciso 1º del numeral 2º del artículo 170 del C.P.C., un proceso podrá ser suspendido *“cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente de resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civiles y de Comercio y en cualquier otra ley.”*

El artículo 171 del C.P.C. por su parte advierte que este tipo de suspensión solo podrá decretarse mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que deba suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.

Al respecto anota el tratadista Hernán Fabio López Blanco, que *“cuando la determinación que se debe tomar en un proceso civil depende de otra. ya sea de carácter administrativo, penal, civil o aun laboral, nos encontramos frente a las cuestiones prejudiciales, en virtud de las cuales la decisión que ha de dictarse en un proceso queda en suspenso mientras en el otro se resuelve el punto que tiene directa incidencia sobre el fallo que se debe proferir, o en otros términos, cuando el*

16

*pronunciamiento judicial previo en proceso diverso resulta condicionante del sentido de la determinación que deba tomar el juez civil.”*¹⁷

Como se puede observar, el presupuesto de la prejudicialidad en el caso que nos ocupa, es la existencia de una investigación de la SIC, o de un proceso contencioso administrativo sobre la nulidad de los actos de la SIC. En estos casos el proceso deberá suspenderse mientras que la autoridad de la competencia y/o el juez administrativo adoptan una decisión.

Una vez la SIC y/o el juez administrativo se hayan pronunciado, podrá continuar el proceso civil, cuyo objetivo es la determinación de la existencia de perjuicios ocasionados por las conductas violatorias del derecho de la competencia. No corresponde al juez civil entrar a considerar sobre el carácter anticompetitivo de los actos, puesto que dicho aspecto se debe encontrar demostrado dentro del proceso por la decisión de la SIC y/o del juez administrativo.

Naturalmente que puede presentarse el caso de que la SIC no haya adelantado su investigación. En este evento, el juez civil entrará a decidir sobre los aspectos relacionados con el derecho de la competencia, así como con aquellos referentes a la indemnización de los perjuicios.

En Francia la jurisdicción civil puede conocer directamente de las acciones basadas en prácticas contrarias a la libre competencia, siempre y cuando el objeto sea diferente del objeto del procedimiento adelantado ante el Consejo de la Competencia, ya que estas jurisdicciones no pueden, como el Consejo, pronunciar sentencias sancionatorias.

Por el contrario los jueces civiles solo son competentes para anular cláusulas anticompetitivas, para fallar sobre la responsabilidad civil de los autores de las prácticas y condenarlos a daños y perjuicios, así como a cualquier otra forma de reparación.

Si es del caso, esta acción de derecho común puede ser introducida simultáneamente con una formulación de demanda del Consejo, o después de una decisión tomada por éste sobre los mismos hechos.¹⁸

¹⁷ López, Hernán Fabio “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”. Editorial ABC, Bogotá, Tomo I, pag. 759.

¹⁸ Boutard, Marie Chantal. “ Las Jurisdicciones de Derecho Común y la Jurisdicción Arbitral de la Competencia” en la publicación “Derecho de la Competencia”. Superintendencia de Industria y Comercio y Biblioteca Millennium. Página 296)