

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA La Ley 155 de 1959 y su legado

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO¹

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia, tal como lo conocemos hoy día, surgió y tomó cuerpo en Estados Unidos. Algunos doctrinantes, como el inglés EDWARD COKE, afirman que hay evidencias de que los monopolios estaban prohibidos desde el derecho romano, luego implícitamente en la Carta Magna y en ciertas leyes del rey EDUARDO III. Sin embargo, por el estado de evolución incipiente de la ciencia económica, no se puede decir que estas normas expedidas en forma ocasional y desarticulada conformaran un cuerpo legislativo o doctrinario con entidad propia².

En Estados Unidos, entre la guerra civil y 1890, el surgimiento de los acuerdos económicos (*corporate trusts*) y carteles de

-
- 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 de pregrado y posgrado en las universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista nacional e internacional en derecho de la competencia. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana; director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC). Socio de la firma Esguerra Barrera Arriaga.
 - 2 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Cedec* III, Bogotá, 2002, pág. 147.

precios (*pooling arrangements*) que operaban en todo el país y que permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar artificialmente los precios y dividirse los mercados terminaron por producir gran descontento del público, acentuado por la impotencia de los gobiernos estatales que no tenían elementos jurídicos aptos para controlarlos³.

Aunque posteriormente los *trusts* fueron sustituidos por compañías matrices o *Holding* para establecer y controlar los mercados, la denominación genérica de *trusts* se le continuó dando de manera general a cualquier grupo de empresas o aglomeración de tipo económico que lograra monopolizar una actividad económica. Esta es la razón histórica por la cual los juristas norteamericanos continuaron denominando a esta disciplina *antitrust law*, nombre que se puede traducir al español como “derecho antimonopolio”⁴. En Europa y en otras jurisdicciones, esta área del conocimiento ha sido denominada de manera positiva derecho de la competencia, protección o defensa de la competencia, etc.⁵.

Como consecuencia de los problemas descritos, el Congreso

-
- 3 El mecanismo del *trust*, concebido como un medio para agrupar y controlar las empresas a lo largo y ancho de la federación americana, fue utilizado por la Standard Oil en 1882 para controlar el mercado del petróleo. En 1884 se organizó un *trust* para el manejo del aceite de algodón; y en 1887 se crearon *Trusts* que dominaban los mercados del azúcar, del whisky, la carne, las confecciones, el gas, etc. A este respecto, puede consultarse LAWRENCE M. FRIEDMAN, “A history of american law, en *Tuchstone*, 1985, pág. 463 y ss.
 - 4 En la actualidad existe una innegable tendencia mundial a denominar esta disciplina de un modo positivo: así, en Inglaterra se habla de *competition law* o derecho de la competencia, y en gran parte de los países de habla hispana con legislaciones modernas sobre el tema se ha seguido este ejemplo.
 - 5 En el caso colombiano se puede ver la diferencia entre la Ley 155 de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”; el decreto 2153 de 1992, en el cual se habla (art. 2º, num. 1) de las “normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”; y la Ley 1340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”. Debe mencionarse que en el artículo 28 de la Ley 1340 de 2009 se distingue protección o defensa de la competencia de promoción de la competencia, que es un área no cubierta por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, sino que está relacionada con los mecanismos de salvamento de las entidades financieras entre otras normas o regulaciones que sirven para promover la competencia pero no para controlar las prácticas anticompetitivas.

de Estados Unidos decidió aprobar en 1890 el proyecto de ley contra los monopolios, que fue presentado en 1888 por el senador JOHN SHERMAN, de Ohio⁶. La ley Sherman (*Sherman Act*), que es aún la ley fundamental del derecho antimonopolios en los Estados Unidos, fue creada con objeto de destruir aquellas combinaciones tendentes a restringir la competencia. Para ello, la ley Sherman prohíbe los acuerdos tendentes a restringir el comercio y todos los actos tendentes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado⁷.

La ley Sherman, y los demás estatutos antimonopolios aprobados por el Congreso de Estados Unidos, establece reglas generales que han sido desarrolladas por las cortes federales durante algo más de un siglo, creando una compleja estructura de jurisprudencia que ofrece respuesta a los casos específicos. La experiencia estadounidense, como es bien sabido, ha servido de base y ejemplo a la mayoría de los demás países y a la Unión Europea.

Como es natural, las legislaciones más modernas en esta materia le han introducido modificaciones sustanciales a la estructura básica de la ley Sherman. Así, se observa que en la Unión Europea, los originales artículos 85 y 86 del tratado de Roma, que fueron sustituidos por los artículos 81 y 82 del Tratado de Amsterdam, establecen una prohibición de tipo general y a renglón seguido presentan una lista no taxativa de conductas que caen dentro de la prohibición general. Hoy día el derecho europeo de la competencia se encuentra regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el artículo 101 de este tratado se prohíben los acuerdos y otras prácticas anticompetitivas; mientras que en el artículo 102 se prohíben las conductas de abuso de la posición

6 Es importante señalar que la ley Sherman, cuya importancia se justifica porque se trata de una ley federal, fue precedida por leyes antimonopolios aprobadas por los Congresos de estados de Michigan, Kansas y Nebraska en 1889, FRIEDMAN, *op. cit.*, pág. 464.

7 SULLIVAN, E. THOMAS y HOVENKAMP, HERBERT, "Antitrust law policy and procedure", The Michie Company, 1984, págs. 16 y ss. Citado por ALFONSO MIRANDA LONDOÑO en "El derecho de la competencia en Colombia", en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, pág. 69.

dominante y se encuentra el fundamento para el control de las concentraciones empresariales; y en el artículo 107 se establecen las normas sobre control para la ayuda estatal.

Este esquema ha sido adoptado por las legislaciones de los países latinoamericanos, incluso Colombia, y por la Comunidad Andina de Naciones (CAN), que ha expedido normas supranacionales de competencia, aplicables a conductas que presenten dimensión comunitaria, por medio de la decisión 608 de 2005, que sustituyó a la decisión 285 de 1991.

En la actualidad la mayoría de los países del mundo han desarrollado la cultura de la competencia en los mercados. En consecuencia, han expedido, piensan expedir o están en trance de modificar su normativa de libre competencia, con el fin de garantizar el funcionamiento del mercado, de tal manera que los consumidores puedan acceder a una mayor cantidad y variedad de productos (bienes y servicios) de mejor calidad y a mejor precio y que los competidores puedan ejercer su derecho a participar en los mercados en condiciones de libertad e igualdad dentro del marco de la Constitución y la ley⁸.

8 En Colombia la tendencia ha sido elevar al rango normativo el aspecto teleológico del principio de competencia. En efecto, debe recordarse que mientras que la Ley 155 de 1959 nada prescribía al respecto, el decreto 2153 de 1992 establecía en el numeral 1 del artículo 2º, que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ejerce sus funciones “[...] con el fin de 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”.

Esta norma fue modificada por el artículo 3º de la Ley 1340 de 2009, según el cual el propósito de las actuaciones administrativas de la SIC es el “[...] velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

En el caso de la Ley 1340, la enunciación de los bienes jurídicos protegidos por la normativa de competencia tiene además otra connotación y es que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad a la hora de definir si una conducta es significativa y justifica la apertura de una investigación administrativa.

El derecho de la competencia puede describirse como el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre determinado mercado, en aras del interés público. Esta disciplina es considerada hoy de trascendental importancia para el desarrollo económico y social de un país.

En este sentido se considera que las normas que componen un régimen de competencia constituyen un medio eficaz para mejorar la calidad de vida de la población, aumentar la eficiencia y garantizar la posibilidad de que las personas que deseen participar en el mercado lo puedan hacer, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Los países latinoamericanos han sido conscientes de la importancia de implementar adoptar leyes de competencia en sus legislaciones internas. Es preciso reconocer que hasta finales del siglo XX se habían expedido normas de este tipo que no tuvieron gran efecto debido, de manera fundamental, a la aplicación del modelo de desarrollo proteccionista impulsado por la Cepal y explicado conceptualmente por la escuela estructuralista en Latinoamérica. Este modelo se basaba en la sustitución de importaciones, que se lograba por medio del levantamiento de barreras arancelarias que mantuvieron aislados de la competencia a los mercados de los países latinoamericanos, con lo cual el desarrollo industrial y empresarial en general, fue incipiente y ajeno a la cultura de la competencia de la cual estaba resguardado.

Sin embargo, a partir del decenio del noventa, puede evidenciarse un giro económico, político y jurídico de gran importancia en los países latinoamericanos, impulsado por el llamado Consenso de Washington, que se tradujo en el florecimiento de leyes que promueven la libre competencia en sus mercados, como consecuencia de fenómenos jurídicos, económicos y sociales, causados principalmente por la liberalización y las políticas de apertura económica e internacionalización de la economía, que fueron comunes en casi toda la región.

En la actualidad la mayoría de los países del mundo, —lo cual incluye por supuesto a los latinoamericanos—, aplican la

economía de mercado, uno de cuyos atributos principales es la libre competencia. Pero adicionalmente los Estados deben garantizar otra serie de principios o derechos que se constituyen en el marco jurídico necesario para el funcionamiento de una economía de mercado: la propiedad privada, el derecho de asociación, el derecho a ejercer una profesión u oficio, la libertad de empresa y la iniciativa privada, entre otros.

En las economías en desarrollo, las normas de libre competencia tienen especial importancia, en tanto protegen los mercados de la realización de prácticas restrictivas de la competencia y brindan garantías para la inversión extranjera.

2. ANTECEDENTES DE LA LEY 155 DE 1959

A) ANTECEDENTES Y MARCO CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de 1886 no consagraba el derecho a la libre competencia económica como uno de sus principios. Como ya se dijo, en Colombia, como en la mayoría de los países latinoamericanos, dicha consagración solamente se produjo con posterioridad al Consenso de Washington. En el caso colombiano, esto ocurrió con la expedición de la Constitución de 1991.

Sin embargo, la Constitución de 1886 consagraba otros elementos que, como se advirtió atrás, contribuyen al marco jurídico de la economía de mercado, como el derecho a la propiedad privada, la libertad de ejercer profesión u oficio, el derecho de asociación y, sobre todo, la posibilidad de intervención del Estado en la economía.

El principio de intervención del Estado en la economía⁹ es vital para explicar la función de la normativa de competencia en un país. Este principio fue introducido en Colombia, como canon

9 Cfr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR, “Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación”, en *Universitas*, n° 108, diciembre de 2004, pág. 10.

constitucional de funcionamiento del Estado, por medio del acto legislativo 1 de 1936, en el cual se establecía que el Estado intervendrá “[...] por medio de leyes”, con lo cual se dio un primer paso al dotar al Estado de facultades para establecer el marco jurídico de la actividad económica. Aunque antes de dicha reforma constitucional ya se habían expedido muchas leyes que implicaban la intervención del Estado en la economía¹⁰, no existía un principio constitucional de intervención en la economía.

El antiguo artículo 32 de la Constitución Política de 1886 fue nuevamente reformado por el acto legislativo 1 de 1945, en el cual se determinó que el Estado intervendría “[...] por mandato de la ley”, con lo cual se introdujo oficialmente la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía en forma directa, en competencia con los particulares.

Tal artículo fue modificado una vez más mediante el artículo 6° del acto legislativo 1 de 1968, que marcó la llamada descentralización administrativa por servicios, política de intervención directa en la economía mediante establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

En la actualidad, en Colombia la intervención del Estado en la economía se encuentra enmarcada de manera precisa en el ordenamiento jurídico, tanto constitucional como legal.

La Ley 155 de 1959 y las demás normas de competencia son una clara expresión de la facultad de intervención del Estado en la economía.

B) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Es posible encontrar algunas normas anteriores a la Ley 155 de 1959, que de manera dispersa trataron temas afines al derecho

10 Para poner un ejemplo simple, considérense las Leyes 25 de 1923 y 45 de 1923, por medio de las cuales se crearon el Banco de la República y la Superintendencia Bancaria y se promulgó la primera ley de bancos en Colombia. Es evidente que estas normas implican una intervención del Estado en la economía.

de la competencia, sin desarrollar el tema de manera estructural, como lo hizo dicha ley. En este literal mencionaremos dos de ellas.

a) *Ley 27 de 1888*. Por medio de esta ley se reformó el Código de Comercio de la época. Los artículos 2° a 4°, consagraban la facultad del gobierno para inspeccionar las “compañías” y el derecho a intervenir en el gobierno corporativo de ellas cuando lo creyera necesario.

El artículo 6° de esta ley dispuso: “Se prohíbe la fundación de sociedades anónimas contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a las prescripciones legales, así como aquellas que no versen sobre un objeto real y de lícita negociación; *o que tiendan al monopolio de la subsistencia o algún ramo de industria*” (bastardilla fuera de texto).

Como se puede observar, aun antes de la expedición de la ley Sherman en Estados Unidos (1890), ya en Colombia se había expedido una ley que prohibía el intento de monopolización del mercado.

b) *Leyes 16 de 1936 y 5ª de 1947*. Estas normas, a las que remiten los artículos 5° y 6° de la Ley 155 de 1959, se refieren a lo que se denomina el deber fiduciario de lealtad de los administradores de las sociedades. Se trata de normas que establecen inhabilidades a los directores de entidades del sector financiero para ejercer cargos similares en empresas competidoras. En efecto, la Ley 16 de 1936 estableció inhabilidades para los directores de las entidades bancarias y la Ley 5ª de 1947, que modificó a la Ley 16 de 1936, se refería también a inhabilidades de los directivos de los bancos.

Luego, los artículos 5° y 6° de la Ley 155 de 1959 extendieron estas inhabilidades a los directivos de las empresas del sector real que estuvieren en situación de competencia¹¹.

Las normas sobre prohibición a la concentración de cargos administrativos contenidas en los artículos 5° y 6° de la Ley 155 de 1959 deben analizarse hoy de manera conjunta con las normas de la Ley 222 de 1995, sobre conflictos de interés y prohibición a

11 Cfr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, pág. 62.

los directores de las sociedades de realizar actos de competencia en contra de las empresas para las cuales trabajan¹².

C) ENTORNO HISTÓRICO

La Ley 155 de 1959 fue expedida al comenzar el gobierno de ALBERTO LLERAS CAMARGO (1958-1962), primer gobierno del Frente Nacional, que sucedió a la Junta Militar.

El gobierno del presidente LLERAS CAMARGO estaba centrado en lograr la unidad nacional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas después de la dictadura militar. Otras de las principales banderas de su administración fueron el control del orden público y la internacionalización del país. Para lograr este objetivo resultaba de la mayor utilidad el alto perfil del presidente en el campo de la diplomacia.

El presidente Lleras nombró en su primer gabinete a HERNANDO AGUDELO VILLA como ministro de Hacienda y Crédito Público, uno de los más importantes políticos e ideólogos del liberalismo en Colombia.

Dentro de los muy importantes y variados logros de AGUDELO VILLA, a lo largo de su brillante vida pública, se le debe reconocer de manera especial el haber identificado la relevancia de las

12 El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece:

“Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

”En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

”[...]

”4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

”5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

”[...]

”7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”.

normas de competencia para el desarrollo del país y el bienestar de la población, razón por la cual procedió a redactar el proyecto de la Ley 155 de 1959 y a adelantar su trámite en el Congreso de Colombia y se convirtió, sin lugar a dudas, en el padre del derecho de la competencia en Colombia.

D) EL PROYECTO DE LEY

En 1958 AGUDELO VILLA presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley “Por el cual se dictan normas sobre prácticas comerciales restrictivas”, el cual se convirtió en la Ley 155 de 1959.

La exposición de motivos señala que Colombia era entonces uno de los pocos países que no contaba con este tipo de normativa, la cual se necesitaba a causa del proceso de industrialización del país y de concentración de la riqueza.

En la misma exposición de motivos, AGUDELO VILLA explicó que se debía garantizar la competencia con el fin de proteger a los consumidores y evitar los abusos de poder provenientes de las grandes empresas, que él percibía como “concentraciones monopolísticas” en esa época en Colombia. Al respecto manifestó que la competencia debía ser vista como: “[...] el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”.

Hoy, 50 años después de su expedición, los elementos esenciales de la Ley 155, no han perdido vigencia y nadie duda de su importancia como norma fundadora del derecho de la competencia. En palabras de AGUDELO VILLA:

“El proyecto no se inspira en el ánimo de desalentar, ni mucho menos, el crecimiento de las empresas o su integración, por cuanto precisamente la disminución de costos, los precios favorables y la mejor calidad de los productos, dependen de manera especial de industrias que puedan producir en grande escala. Y porque los males sociales no provienen en sí del hecho de que las empresas sean unidades económicas robustas, sino de las prácticas nocivas, que con base en su poder económico, pueden ejecutar en perjuicio de los intereses generales de la comunidad.

”Bien entiende el gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico”.

Como hemos dicho, el esfuerzo de AGUDELO VILLA fue una semilla que no germinó de manera inmediata en nuestro país, ya que la Ley 155, al igual que la legislación expedida en los demás países latinoamericanos durante la primera parte del siglo XX, no fue aplicada, como ya se dijo, a causa del modelo de desarrollo proteccionista que no incentivaba la competencia.

Sin embargo, las palabras de AGUDELO VILLA en la exposición de motivos de la ley mantienen una vibrante vigencia en la actualidad y capturan la esencia del moderno derecho de la competencia, cuyo énfasis no está en la prohibición del monopolio, sino del abuso de la posición dominante en el mercado y de la realización de las prácticas restrictivas de la competencia en perjuicio de los consumidores, de los competidores actuales y potenciales y de la economía en general.

En el mismo sentido, AGUDELO VILLA afirma en su obra:

“Con la legislación antimonopolística se trata de controlar los abusos de los monopolios y de la concentración de la riqueza en pocas manos, pero sin desalentar el crecimiento de las empresas o su integración para poder aprovechar las ventajas técnicas de la producción en grande escala, indispensable para el desarrollo de determinadas ramas de industriales de técnica avanzada, que requieren grandes inversiones de capital, cuantiosos gastos de investigación científica y adquisición de patentes, por encima de los recursos de las empresas pequeñas.

“Es decir, no se persigue mantener por sí muchas medianas y pequeñas empresas, que no pueden organizar la producción en condiciones económicas y que frecuentemente operan con un gran desperdicio de recursos, sino

impedir las prácticas restrictivas y garantizar la real operancia de la fuerza competitiva que protege los intereses de los consumidores, promueve el desarrollo técnico y evita efectos regresivos en la distribución del ingreso”¹³.

E) COHERENCIA DE LA LEY 155 CON LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En 1991 Colombia expidió una nueva Constitución Política, y al igual que los demás países latinoamericanos, elevó el principio de libre competencia a rango constitucional, con lo cual aumentan las posibilidades de intervención del Estado para protegerlo¹⁴. Sin embargo, habría sido preferible que la Constitución se refiriera al control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de poner acento en una

13 AGUDELO VILLA, HERNANDO, *Obras selectas*, t. II, Ideas económicas, Bogotá, Cámara de Representantes, ¿año?, pág. 11 y ss.

14 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 establece “La ley podrá *establecer los estímulos y los medios* para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas” (bastardilla nuestra).

— El inciso 3º del artículo 58 establece que “El Estado *protegerá y promoverá* las formas asociativas y solidarias de la propiedad” (bastardilla nuestra).

— El artículo 60 señala 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” (bastardilla nuestra).

— El artículo 64 de la Constitución prescribe: “Es deber del Estado *promover* el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa [...]” (bastardilla nuestra).

— El artículo 75 de la Constitución establece: “El espectro electromagnético es un bien público inenajenable 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” (bastardilla nuestra).

de las subespecies de este tipo de prácticas, es decir, el abuso de la posición dominante en el mercado.

Lo que sí 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 sí 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 subrayar 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 llegar a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

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 BENÍTEZ, ANGELINO GARZÓN, JULIO CUEVAS y GUILLERMO GUERRERO, que se encuentra publicado en la *Gaceta Constitucional* 46 del 15 de abril de 1991 (págs. 7 y ss.), se incluyó en el articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

“Art. 1º.- *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”.

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 aun en este caso, los constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de ellos, 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 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”.

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 y publicado en la *Gaceta Constitucional* 80, del 23 de mayo de 1991 (págs. 18 y ss.), se incluyó en el articulado el siguiente párrafo, que presenta una notable diferencia con el anterior:

“Art. 1º.- 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”.

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” (bastardilla fuera de texto).

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

“Art. 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”.

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 de la competencia, 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 monopolícos 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”¹⁵.

Como se puede observar, existe coherencia y armonía entre las características y objetivos de la Ley 155 de 1959 explicados al comienzo del capítulo y la consagración del principio de libre competencia en la Constitución de 1991.

Esta coherencia ha permitido que la Ley 155 de 1959 sea desarrollada y complementada por la legislación expedida posteriormente, aunque habría sido más conveniente en algún momento derogarla completamente para expedir una norma única de competencia; pero este es un objetivo que tendrá que ser buscado más adelante.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA LEY 155 DE 1959. PARALELO CON EL DECRETO 2153 DE 1992 Y LA LEY 1340 DE 2009

A) ESTRUCTURA DE LAS PROHIBICIONES

La norma principal de la Ley 155 es el artículo 1º, que contiene una prohibición general en contra de todas las prácticas restrictivas de la competencia. La mencionada norma dispone:

“Art. 1º.- (*Modificado artículo 1º decreto-ley 3307 de 1963*). Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan

15 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, “El derecho de la competencia en Colombia”, en *Revista de Derecho Económico*, n° 9, 1989, pág. 55.

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 tendentes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

Si bien en los artículos 7° a 9°, de la Ley 155 se introducen normas para impedir las prácticas restrictivas verticales en los sistemas de distribución, lo cierto es que la ley sigue de cerca el esquema de la ley Sherman, al basarse de manera fundamental en su prohibición general.

Con la expedición del decreto 2153 de 1992 se modificó esta estructura normativa y se adoptó una similar a la que utiliza desde mediados del siglo XX la Unión Europea y que ha sido asimilada por la mayoría de los países norteamericanos y por otras jurisdicciones.

La moderna estructura del derecho de la competencia en Colombia se introdujo con el decreto 2153 de 1992 y no ha sido modificada por la reciente Ley 1340 de 2009. Esta estructura mantiene la prohibición general como norma residual que se debe aplicar cuando las conductas que se investigan no se encuentran expresamente prohibidas; pero acompañada de un catálogo de conductas anticompetitivas que señalan de manera no taxativa las conductas que el legislador considera contrarias a la libre competencia y que por tanto ayudan a aplicar los sistemas de análisis, como se explicará en el punto siguiente.

En el caso del decreto 2153 la prohibición general se encuentra en el artículo 46, y los catálogos de conductas que se dividen en acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos y conductas de abuso de la posición dominante en el mercado, se encuentran en los artículos 47, 48 y 50 respectivamente. Las mencionadas normas establecen lo siguiente:

“Art. 46.- *Prohibición.* En los términos de la l 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”.

“Art. 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.

”2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

”3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.

”4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

”5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

”6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.

”7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constitúan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

”8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

”9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

”10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (Adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000).

“Art. 48.- *Actos 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 los siguientes actos:

”1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

”2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

”3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en

contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

“Art. 50.- *Abuso de posición dominante.* Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

”1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

”2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

”3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

”4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

”5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

”6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (Adicionado por el artículo 16 de la [Ley 590 de 2000](#)).

B) SISTEMAS DE ANÁLISIS

Se puede decir que la aplicación del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 se basa en el sistema de análisis denominado *regla de la razón*.

La *regla de la razón* se aplica también a la prohibición general contenida en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992. En el caso de los catálogos de conductas contenidos en los artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992, se aplica el sistema de análisis denominado *regla “per se”*.

a) *La regla de la razón*¹⁶. Este sistema sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solo puede evaluarse mediante el 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 competencia¹⁷.

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, los acuerdos de fijación de precios.

Ahora bien, las leyes de competencia castigan aquellas conductas que se realizan 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 del derecho de la competencia, marcan el comienzo 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.

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

16 Cfr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO y JUAN DAVID GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Beneficios del monopolio vs. beneficios de la competencia”, en *Cedec*, IV, Bogotá, pág. 269.

17 *Standard Oil Co. v. United States*. 221 U.S. 1 (1911). La Corte consideró en este caso que prohibir cualquier restricción al comercio sería impracticable y contrario a las intenciones del legislador cuando redactó la norma. Consideró que las normas tienen ciertos límites en su aplicación que deben ser producto de “la luz de la razón” y en ese entendido es necesario analizar la existencia de una intención de excluir a la competencia, cual era la naturaleza de los actos realizados, que de acuerdo con la corte no fueron “los métodos normales del desarrollo industrial” (pág. 221 U. S. 75).

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 mayor producción y más bajos precios, o que con 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 mercado¹⁸. 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 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.

Respecto a este tipo de práctica, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos aprobó en 1925 un programa de intercambio de información sobre precios, en el caso de *Maple Flooring Manufacturers Association v. U.S.*¹⁹, porque se compartían únicamente los datos referentes a las transacciones antiguas, en

18 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 trabajan en estas labores conozcan y entiendan los temas económicos.

19 SULLIVAN, E. THOMAS y HOVENKAMP, HERBERT, "Antitrust law policy and procedure", Charlottesville, Virginia The Michie Company, 1984, pág. 119. 268 U.S. 563 (1925).

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 tendentes a suministrarles información a los competidores, en mercados muy concentrados. En Colombia este mismo tema se debatió con motivo de la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio adelantó en contra de la industria cementera entre 1997 y 1999, y en la cual se investigó una práctica de compartir información, la cual, como se sabe, no está tipificada en nuestra legislación²⁰.

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 1º de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, que se transcribieron más arriba.

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe “[...] toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendentes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. Por su parte, el decreto 2153 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 la prohibición general.

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. En consecuencia, le será posible al investigado esgrimir como defensa el carácter pro-competitivo de

20 Superintendencia de Industria y Comercio, res. 17464 de 30 agosto 1999.

su conducta, lo que no es posible bajo el sistema de la *regla per se*.

La comprensión respecto del funcionamiento de la cláusula de prohibición general no ha sido siempre la adecuada. Por ejemplo, el Consejo de Estado ha sostenido (afortunadamente de manera aislada) que no puede sancionarse una conducta que no esté expresamente descrita en la legislación, pues se vulneraría el principio de tipicidad. Así lo consideró 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. Dijo textualmente el Consejo de Estado lo siguiente:

“El acto acusado, por sí 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 2153 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 *ibid.*), 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”²¹.

Acerca del funcionamiento de la Cláusula General de Prohibición, la SIC se ha pronunciado en los siguientes términos:

“[...]

”Esta autoridad de competencia ha interpretado como cláusula general del régimen de protección de la competencia el artículo 1º de la Ley 155 de

21 C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sent. de 20 febrero 1997, exp. 3488, C. P. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA.

1959. En este sentido, la norma estipula que cualquier práctica que restrinja la libre competencia se encuentra prohibida. Además de esta norma, el decreto 2153 de 1992 define un conjunto de conductas que, con la denominación de acuerdos, limitan la libre competencia y comportan una infracción de la mencionada cláusula general dispuesta en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

”En este orden de ideas las disposiciones de la norma general no tienen un carácter residual, es decir, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 abarca tanto las conductas del decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado decreto, termine afectando la competencia en los mercados. Por lo tanto, si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general”²².

Como se puede observar, según la SIC, si se incurre en una conducta que está expresamente prohibida en el decreto 2153 de 1992, se infringe simultáneamente el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

Esta interpretación es discutible, ya que bajo la estructura actual de prohibiciones, las conductas expresamente descritas en el decreto 2153 de 1992 se analizan bajo la *regla “per se”*, que es un estándar de análisis totalmente diferente del de la *regla de la razón*, que es el estándar utilizado en el caso de conductas que no están expresamente prohibidas.

Lo contrario ocasiona un aparente concurso en la aplicación de la normativa. Se dice que este concurso es aparente porque existen criterios que permiten determinar la aplicación de una u otra disposición. Dichos criterios son los de especialidad, subsidiaridad y el de consunción.

En opinión de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, el criterio de especialidad puede concretarse diciendo que en el caso en que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de ley, la ley o disposición especial será la aplicable.

Y explica que una norma será especial frente a otra cuando los requisitos del tipo general están contenidos en el especial, en el

22 Superintendencia de Industria y Comercio, Res. 6839 de 9 febrero 2010, hoja 6.

que figuran además otras condiciones calificativas en virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación.

Si la autoridad utiliza este criterio, deberá entonces llegar a la conclusión de que se debe aplicar la norma especial contenida en alguno de los listados de conductas contenidos en el decreto 2153 de 1992 y no la disposición general.

Entre tanto, la subsidiaridad consiste en que una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario de otra; la aplicación de esta excluye la aplicación de aquella. Una ley tendrá el carácter de subsidiario frente a otra, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por esta.

Al aplicar este criterio, se llegará igualmente a la conclusión de que debe entonces aplicarse la norma del decreto 2153 de 1992 y no la Ley 155 de 1959.

Finalmente, la consunción se presenta cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que esta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera. La mayor amplitud de la ley o disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado que comprende también el tutelado por la otra ley o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquella asuma como elemento constitutivo o circunstancia calificativa el hecho previsto en la otra ley²³.

Si se utilizara este criterio, la SIC debería aplicar siempre el artículo 1º de la Ley 155, y las descripciones contenidas en el decreto 2153 de 1992 resultarían innecesarias. Esta conclusión es errada, como ya se ha visto, a causa de la utilidad que aportan los sistemas de análisis a la aplicación del derecho de la competencia.

b) La *regla “per se”*. De acuerdo con la jurisprudencia estadounidense, este sistema se utiliza para analizar todos

23 JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Lecciones de derecho penal*. primera serie, vol. 7, Oxford, ¿edit? págs. 92 y 93.

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. Por esta razón la jurisprudencia estadounidense ha ido señalando en forma expresa 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 iudice*. Después 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 tanto, la corte no escuchará los argumentos del demandado tendentes 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”*²⁴.

24 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 forzaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con 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.

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*²⁵ al decir:

“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”²⁶.

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 reducir de precios para los consumidores.

En Colombia no existe una norma que disponga de manera expresa la aplicación de la *“regla per se”*. Sin embargo, resulta claro que el tipo de análisis descrito es el que se aplica a los casos de acuerdos, actos 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 su carácter competitivo e ilegal está expresamente señalado por la ley.

Al respecto se puede considerar por ejemplo, el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, el cual dispone lo siguiente:

“Art. 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”.

25 SULLIVAN y HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 196. Puede verse el texto del caso. 457 U. S. 332 (1982).

26 Traducción propia.

Como se puede observar, la ley dispone que “se *consideran* 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 así la define 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 tendentes a demostrar por ejemplo que la fijación de precios se pactó en beneficio de los consumidores, o que no afectó el mercado.

c) *Discusión sobre la aplicación de los sistemas de análisis en Colombia.* Los sistemas de análisis surgieron en los Estados Unidos como una herramienta para aplicar las normas de competencia. Puesto que las prohibiciones contenidas en las secciones 1 y 2 de la ley Sherman y otras normas son generales, inicialmente las cortes aplicaron la regla de la razón como sistema de análisis, en el cual se considera la naturaleza, el propósito y el efecto de la práctica y se admite toda clase de explicaciones y defensas.

Sin embargo, con el tiempo la Corte Suprema de Justicia empezó a decantar las líneas de jurisprudencia propias del derecho de la competencia y a aplicar la *regla “per se”* en algunos casos. Como se sabe, en el sistema anglosajón, basado en la autoridad del precedente legal *stare decisis* (“estar a lo decidido”), la Corte Suprema de Justicia adopta decisiones que se convierten en reglas generales de derecho *law of the land*, las cuales deben ser respetadas por los jueces inferiores.

Así, paulatinamente se crearon reglas *per se* en algunas de las etapas de formación del derecho de la competencia en Estados Unidos²⁷, las cuales ayudaron a las autoridades y los jueces a aplicar de manera más fuerte el derecho de la competencia. Sin embargo, en el curso de los últimos 12 años esta tendencia parece haberse

27 Cfr. MIRANDA LONDOÑO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Beneficios del monopolio vs. beneficios de la competencia”, *op. cit.*, pág. 269.

revertido, lo cual se demuestra por el cambio que ha hecho la Corte, del sistema de análisis de dos tipos de conducta que antes se consideraban *per se* ilegales y que ahora se estudian bajo la *regla de la razón*, lo cual indica que el derecho de la competencia va evolucionando en el sentido de permitir un mayor nivel de explicación económica de las conductas acusadas.

En efecto, en noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia estadounidense, con ponencia de la magistrada SANDRA DAY O'CONNOR, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, por medio del cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*²⁸, en el cual la Corte Suprema había establecido que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*. En dicho caso, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la *regla de la razón* y no bajo la *regla "per se"*.

El motivo para realizar este cambio en la jurisprudencia radicó en que la Corte no pudo continuar sosteniendo que los acuerdos para la fijación de precios máximos eran tan irremediamente anticompetitivos, que los jueces no deberían gastar tiempo y esfuerzo en la investigación de cualquier posible efecto procompetitivo o en favor de los consumidores.

De acuerdo con la decisión mencionada, en los casos de fijación concertada de precios máximos de venta al público los consumidores se benefician, porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores minoristas a compartir con los consumidores las eficiencias y ganancias que se producen al nivel mayorista.

Como ya se advirtió, el análisis de la *regla de la razón* se basa en la determinación de tres aspectos fundamentales de parte de la autoridad de la competencia, como son el propósito, la naturaleza y el efecto de la práctica bajo estudio. En este tipo de investigación resulta válido, por tanto, que la autoridad evalúe los

28 390 US 145 (1968).

efectos anticompetitivos ante los procompetitivos de la práctica en cuestión.

Como un importante sector de la doctrina lo venía proponiendo desde hace tiempo, la Corte aplicó en el caso de *State Oil v. Barkat Khan* un raciocinio similar al utilizado para definir la legalidad de los acuerdos verticales de repartición de mercados en el caso de *Continental Tv. Inc. v. GTE Sylvania*²⁹.

En el caso de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*, la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución de Sylvania, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2 por ciento en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores para que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas. Para el efecto, Sylvania operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de Sylvania en el mercado global aumentó hasta el 5 por ciento con posterioridad a la implantación de este sistema.

Cuando Sylvania nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante, este reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región. Sylvania redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia. Al decidir el caso, la Corte consideró que por los efectos positivos de la práctica sobre la competencia con otras marcas de televisores, no se debía aplicar la *regla "per se"*.

La Corte concluyó que aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la regla de la razón serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de aumentar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante.

En 2007, es decir, diez años después del famoso *State Oil v. Barkat Khan*, la Corte decidió el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, por medio del cual pasó de la *regla*

29 SULLIVAN y HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 315. Puede verse el texto del caso 433 U. S. 36 (1977).

“*per se*” a la *regla de la razón*, los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos, lo cual demuestra que este derecho se mueve hacia una mayor utilización de la *regla de la razón*, es decir, hacia la posibilidad de admitir mayor nivel de explicación económica como defensa frente a las acusaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

En Colombia se ha presentado una saludable discusión sobre la aplicación o no aplicación de los sistemas de análisis. Una parte de la doctrina sostiene que en Colombia no se aplica la *regla “per se”*, es decir, que resultaría posible demostrar que una conducta que se encuentra expresamente prohibida en el catálogo de conductas del decreto 2153 de 1992 no es anticompetitiva³⁰.

Esta posición es errada, ya que a partir de la expedición del decreto 2153 de 1992 en Colombia se utilizan los dos sistemas de análisis descritos: cuando las conductas no se encuentran expresamente descritas en las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, deben investigarse bajo la cláusula de prohibición general, a la cual se le debe aplicar el sistema de la *regla de la razón*. Pero cuando por el contrario las conductas investigadas se encuentran descritas en el decreto 2153 de 1992, entonces se considera (al igual que en otras jurisdicciones), que la conducta ha sido definida por el legislador como anticompetitiva, ya que la norma dice de manera expresa que las conductas descritas en los ya citados artículos 47, 48 y 50 del decreto 2153 de 1992 se consideran contrarias a la libre competencia.

Esta interpretación del derecho colombiano de la competencia resulta confirmada por la sentencia del Consejo de Estado del día 28 de enero de 2010, con ponencia de la consejera MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO, por medio de la cual se revocó la sentencia expedida en primera instancia el 27 de noviembre de 2003 por

30 Esta tesis ha sido sostenida por varios doctrinantes y puede verse sustentada en CAROLINA ORTÍZ, ANA MARÍA OSSES, MARÍA CAROLINA SUÁREZ y ROBERTO GUZMÁN, *Análisis de la regla per se y la regla de la razón en las prácticas restrictivas de la competencia. Estudio comparado y en la legislación colombiana*, Tesis para optar por el título de abogado, **¿ciudad, universidad?** diciembre de 2000.

la sección primera, subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la magistrada LIGIA OLAYA DE DÍAZ. La mencionada sentencia le pone fin al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho empezado por demanda que formuló la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada (Andevip) contra la Superintendencia de Industria y Comercio, para que se anularan los actos administrativos por medio de los cuales dicha autoridad declaró la existencia de un acuerdo anticompetitivo de fijación horizontal de precios y le impuso sanciones pecuniarias.

Para decidir el caso en primera instancia el Tribunal se apartó de la posición de la Superintendencia en el sentido de que “[...] solo basta con que tenga lugar el acuerdo directo o indirecto de fijación de precios para considerar que son [*sic*] contrarios a la libre competencia”; y por el contrario concluyó que “[...] no basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo tuvo como objeto impedir, restringir o falsear la competencia. Bajo [*sic*] esta perspectiva, es dable concluir que pueden existir acuerdos en donde no se presente el ingrediente restrictivo de la competencia”.

En la sentencia de segunda instancia, el Consejo de Estado descarta la tesis del Tribunal y le da la razón a la SIC, con lo cual rescata la aplicación de la regla “per se” en el derecho colombiano de la competencia, lo cual resulta concordante con la forma de aplicación de estas normas en todo el mundo. Al respecto, dijo el Consejo de Estado: “Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.

”Lo anterior tiene sentido si se observa que al tenor literal del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios –sea

cual sea su naturaleza— es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.

“Es por ello que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio —y que dicho sea de paso, no demostró— puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que este tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios.

”En el sub examine, observa la Sala que se configuran los presupuestos para la procedencia de la imposición de las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, 1) la existencia del acuerdo entre las demandantes, y 2) su objeto o efecto, indirecto o directo, consistente en fijar precios” (bastardilla del texto).

Es importante aclarar que no se discute la conveniencia de que el derecho de la competencia tienda hacia la aplicación cada vez más extensa de la *regla de la razón*, que permite una mayor utilización del análisis económico en busca del verdadero efecto de las conductas en el mercado. Pero debe reconocerse también que en la actualidad la legislación de libre competencia en Colombia y en muchas otras jurisdicciones estructura conductas que deben ser analizadas bajo la *regla “per se”* y no se debe pretender que las autoridades de competencia desarrollen un estándar de demostración superior al señalado en la ley, o diferente de él, con objeto de justificar conductas que el legislador consideró que son siempre anticompetitivas o absolutamente ilegales.

C) ÉNFASIS SUBJETIVO Y ÉNFASIS OBJETIVO

Al parecer en la redacción de la Ley 155 de 1959 primó la influencia de la ley Sherman sobre el legislador colombiano, razón por la cual en la redacción de cláusula de prohibición general contenida en el artículo 1º, que como ya de ha dicho es la principal norma del estatuto, se siente un decidido carácter subjetivo, que posteriormente

sería complementado por el carácter objetivo que le aportó al derecho de la competencia colombiano el decreto 2153 de 1992.

Este carácter 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. Así, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 dispone: “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan *por objeto* limitar [...]” lo cual 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.

Como ya se dijo, el decreto 2153 de 1992 le añadió a la normativa de competencia un carácter objetivo, el cual posiblemente proviene de la influencia de los consultores extranjeros en la redacción del decreto³¹. 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 respecto de 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 (carácter subjetivo); 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 (carácter objetivo).

31 Uno de los principales asesores del gobierno en la redacción del decreto 2153 de 1992 fue R. Shyam Khemani, alto ejecutivo del Banco Mundial en esa época, que había trabajado con la autoridad de competencia canadiense.

D) NORMATIVA “EX ANTE” O “EX POST”

Se considera que tanto la Ley 155 de 1959 como el decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 son normas de carácter *ex ante*. Es decir, que para que la autoridad de la competencia aplique la norma, es decir, para que investigue, sancione y prohíba la realización de conductas anticompetitivas, no se requiere demostrar que la conducta investigada ha producido o amenaza con producir perjuicios a una persona determinada o a la comunidad en general, ya que en desarrollo del principio de libre competencia económica, consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, se considera que la infracción de las normas de libre competencia afecta a toda la sociedad.

El carácter *ex ante* de la normativa de competencia contrasta con el carácter *ex post* de otros ordenamientos, como las normas *antidumping*, en las cuales la demostración del perjuicio o la amenaza grave de perjuicio a la producción nacional es un elemento estructural de la conducta.

Así mismo, en la normativa inicial de libre competencia de la CAN, la decisión 285 de 1991, se requería demostrar la amenaza de perjuicio en las investigaciones de prácticas restrictivas, lo cual fue fuertemente criticado en su momento. Este defecto de la normativa andina de competencia fue corregido adecuadamente con la expedición de la decisión 608 de 2005.

Otro ejemplo de una legislación *ex post* lo podemos ver en las normas de competencia desleal contenidas en los antiguos artículos 75 a 77 del Código de Comercio, en los cuales se le daba legitimación activa para demandar al perjudicado por los actos de competencia desleal. Estas normas ya habían sido interpretadas por la Corte Suprema de Justicia en el caso de *Frisby v. Pinki*, resuelto mediante sentencia del 28 de julio de 2006, con ponencia del magistrado NICOLÁS BECHARA SIMANACAS. En este caso la Corte manifestó que el juez de competencia desleal podría declarar la existencia de la conducta de competencia desleal y prohibir su realización aun antes que dicha conducta perjudicara a alguien,

con lo cual le dio a la norma un alcance *ex ante* que aparentemente no tenía. Este problema fue solucionado definitivamente con la expedición de la ley 256 de 1996, que consagra una acción de competencia desleal preventiva y otra indemnizatoria, con lo cual resulta claro en Colombia que la normativa de competencia desleal tiene carácter *ex ante*.

El carácter *ex ante* de la normativa radica en que no es necesario demostrar perjuicio alguno, con objeto de lograr que se apliquen las sanciones relacionadas con la violación de las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, las normas de competencia en Colombia siguen el criterio del derecho estadounidense y el de la Unión 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 aplica en interés general para proteger las condiciones generales de competencia del mercado y no solamente los intereses de uno u otro participante en él.

E) EXCEPCIONES

En el derecho colombiano de la competencia se han establecido tres tipos de excepciones a la aplicación de las normas de competencia:

En primer lugar están las llamadas excepciones de bloque, consagradas en la Ley 155 de 1959 y la Ley 1340 de 2009, que consagra las excepciones de bloque especiales para el sector agrícola. Estas excepciones le permiten al gobierno autorizar acuerdos anticompetitivos cuando “tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

En segundo lugar están las excepciones expresamente consagradas en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992 para los casos de investigación y desarrollo, normas técnicas y facilidades comunes.

Por último, están los mecanismos especiales de intervención, consagrados en la Ley 1340 de 2009.

a) *Excepciones de bloque.*

La posibilidad de tratamiento especial de ciertos sectores o actividades económicas frente al derecho de la competencia se estableció en 1958 en el Tratado de Roma (constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y continúa vigente hoy. En Colombia esta posibilidad fue consagrada en el párrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y posteriormente desarrollada en el artículo 1° del decreto reglamentario 1302 de 1964. Las mencionadas normas jurídicas disponen textualmente lo siguiente:

Ley 155 de 1959: “art. 1°.- (Modificado artículo 1° decreto 3307 de 1993).

”[...]

”*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”.

Decreto 1302 de 1964: “art. 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” (bastardilla fuera de texto).

Las normas citadas se encuentran desarrolladas de manera adicional en el capítulo I del título VII de la circular externa 10 de 2001, por medio de la cual la entidad estableció los requisitos necesarios para utilizar los acuerdos de estabilización previstos en la legislación. Dicha circular dispone textualmente lo siguiente:

“TÍTULO VII PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

CAPÍTULO PRIMERO PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

”Los criterios que se tendrán en cuenta para el estudio de la petición tendiente a obtener la autorización de acuerdos o convenios que limiten la libre competencia de que trata el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, serán los siguientes:

”1.1 Sector básico de la producción de bienes y servicios

”El interesado deberá demostrar que se trata de un sector básico de la producción de bienes y servicios de interés para la economía nacional. Para el efecto se estiman relevantes:

”— Ubicación del sector de acuerdo a [*sic*] la clasificación internacional CIU a 4 dígitos;

”— Porcentaje del PIB asociado con el sector durante los últimos dos (2) años;

”— Número de empleos generados por el sector y la explicación de su representatividad en el mercado laboral nacional o regional, según corresponda; e

”— Interdependencia con otros sectores económicos.

”1.2 Descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema

”La petición deberá contener una descripción del acuerdo, convenio, práctica, procedimiento o sistema. Para el efecto, se deberá indicar:

”— Empresas que participan;

”— Objeto del acuerdo y condiciones que serán aplicadas;

”— Duración;

”— Normas específicas cuya inaplicación temporal se pretende; y

”— Justificación del acuerdo, pormenorizando su efecto en defensa de la estabilidad del sector.

”1.3 Precisión sobre normas de competencia

”Se debe indicar cómo se afecta el objetivo de las normas de competencia. Al respecto deberá precisarse:

”— Eficiencia de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;

”— Libre escogencia y acceso a los mercados de los bienes y servicios ofrecidos por las diversas empresas que integran el sector, por parte de los consumidores;

”— Que las empresas puedan participar libremente en los mercados de la cadena productiva del sector objeto del acuerdo;

”— Existencia de variedad de precios y calidad de bienes y servicios; y

”— Alternativamente, la cuantificación de los beneficios para el país que justifiquen la afectación de alguno de los objetivos antes enumerados.

”1.4 Mecanismos de vigilancia

”Deberá señalarse el mecanismo que permita que la Superintendencia vigile el comportamiento de las variables económicas del sector, con detalle de la información que deben suministrar los participantes en el acuerdo.

”En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio considere que las condiciones del mercado que llevaron a la celebración del acuerdo han sido superadas y el sector se encuentra estable, podrá dar por terminado el acuerdo aun antes del plazo previsto.

”1.5 Casos en los que no podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios que limiten la libre competencia

”En ningún caso podrá solicitarse autorización para acuerdos o convenios en proceso o ejecución, ni podrá versar respecto de conductas que sean objeto de investigación, que hayan sido sancionadas o respecto de las cuales haya existido orden de terminación o compromiso de modificación.

”1.6 Inobservancia de la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio

”La inobservancia de los términos de la autorización que la Superintendencia de Industria y Comercio imparta, implicará una contravención de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”.

Existen antecedentes en Colombia de acuerdos de tipo sectorial

que han sido excluidos de la aplicación inmediata de las normas de libre competencia, por considerarlos un desarrollo del tema de las excepciones de bloque. En efecto, con ocasión de la investigación preliminar realizada en virtud de la queja presentada respecto del *Convenio marco para la absorción y el suministro de la producción de aceite de palma africana*, la SIC estableció la aplicación de las citadas disposiciones como mecanismos de intervención económica del Estado. Sin embargo, la entidad no se pronunció de forma expresa en el sentido de conceder la excepción de bloque en este específico evento. En efecto, la SIC señaló:

“De otra parte [sic] entre las normas legales de intervención económica tiene lugar especial la contenida en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 [,] por la cual se dictaminan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en virtud de la cual el gobierno nacional 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. Esta norma se encuentra vigente porque es totalmente compatible con lo dispuesto en los artículos 333, inciso final [,] y 334 de la Constitución Nacional. Por tanto, resulta sin fundamento el argumento de que, por expresar el inciso 2º de dicho artículo 333 que la libre competencia «es un derecho de todos» se trata de un derecho absoluto, que como tal debe aplicarse sin excepciones a todos los sectores de la economía nacional, ya que lo que claramente denota la expresión es que se trata de un derecho colectivo, como lo contempla también el artículo 88 de la misma Constitución Nacional y lo confirman las consideraciones antecedentes sobre el régimen de economía mixta consagrado en ella”.

Luego y respecto del mismo asunto se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 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 el 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”.

Además, la Ley 1340 de 2009 estableció en el artículo 5º una

forma especial de excepciones de bloque para el sector agrícola, las cuales deben ser aprobadas por el Ministerio de Agricultura; dicha aprobación tiene carácter obligatorio para la SIC. El artículo 5º de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“Artículo 5. Aplicación del régimen general de competencia en el sector agrícola. Para los efectos del párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, considérese como sector básico de interés para la economía general, el sector agropecuario. En tal virtud, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural deberá emitir concepto previo, vinculante y motivado, en relación con la autorización de acuerdos y convenios que tengan por objeto estabilizar ese sector de la economía”.

b) Excepciones expresamente señaladas en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992

El artículo 49 del decreto 2153 de 1992 describe tres tipos de conductas que se considera no contrarias a la libre competencia. El mencionado artículo dispone:

“Excepciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

- ”1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.*
- ”2. Los acuerdos sobre cumplimiento de normas estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.*
- ”3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes”.*

Los dos primeros numerales parecen bastante claros y respecto de ellos no se han presentado mayores desarrollos.

Debe subrayarse la conducta correspondiente al numeral 3. En este caso la SIC reconoció la existencia de una excepción correspondiente a la utilización de una facilidad común en el caso

de la “Tasa Alaico”, en el cual la SIC investigó a la Asociación de Líneas Aéreas Internacionales de Colombia (Alaico) y a varias aerolíneas, por la presunta realización de un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios que habría consistido en el establecimiento conjunto de una fórmula para calcular la llamada “tasa Alaico”, que es un tipo de cambio *peso-dólar* que las aerolíneas, mediante Alaico acordaron aplicar para la venta de los tiquetes aéreos internacionales.

En este caso la SIC encontró que aunque existía un acuerdo entre las aerolíneas para utilizar la tasa Alaico, con fundamento en lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 49 del decreto 2153 de 1992, tal acuerdo se encontraba excluido de las normas de competencia, puesto que la tasa Alaico es un elemento indispensable para la utilización de los Sistemas Globales de Distribución (GDS, por sus siglas en inglés), que es un sistema utilizado mundialmente por todas las aerolíneas y agencias de viajes para hacer reservas de tiquetes aéreos.

Con base en la mencionada excepción, la SIC expidió la Resolución 25559 del 14 de agosto de 2002, por medio de la cual decidió archivar la investigación sin sanciones para los investigados. En uno de los apartes de la resolución citada, la SIC manifestó:

“[...] 4. Inexistencia de acuerdo restrictivo

”Dado que se ha demostrado la excepción contenida en el numeral 3 del artículo 49 del decreto 2153, no se tendrá como contraria a la libre competencia la conducta de fijación y aplicación de la tasa Alaico.

”Por ello y aunque en apariencia pudieran estructurarse formalmente los elementos integradores del acuerdo que se analiza, lo cierto es que la ausencia de restricción en la conducta por las circunstancias ya expresadas, impiden su configuración, razón suficiente para que este despacho no entre a analizar ni pronunciarse sobre los elementos de este supuesto acuerdo.

”En consecuencia, no se evidencia infracción del precepto contenido en el numeral 1 del artículo 47 del citado decreto 2153, no encontrándose por tanto responsabilidad de los sujetos investigados frente a los precisos hechos descritos en la resolución de apertura”.

c) Mecanismos especiales de intervención. La Ley 1340 de 2009 incluyó en los artículos 31 y 32 unas disposiciones sobre intervención del Estado en la economía, cuyo sentido debería, explicarse y desarrollarse con decretos reglamentarios. Estos artículos señalan que los mecanismos de intervención del Estado en la economía excluyen la aplicación de las normas de competencia. Las mencionadas normas disponen:

“Art. 31.- *Intervención del Estado*. El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los fondos de estabilización de precios, los fondos parafiscales para el fomento agropecuario, el establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el régimen de salvaguardias y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988”.

“Art. 32.- *Situaciones externas*. El Estado podrá intervenir cuando se presenten situaciones externas o ajenas a los productores nacionales, que afecten o distorsionen las condiciones de competencia en los mercados de productos nacionales. De hacerse, tal intervención se llevará a cabo a través [sic] del ministerio del ramo competente, mediante la implementación de medidas que compensen o regulen las condiciones de los mercados garantizando la equidad y la competitividad de la producción nacional”.

F) POSICIÓN DE DOMINIO Y ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

En la Ley 155 de 1959 se considera que un agente económico tiene posición dominante en un mercado cuando tiene una participación en dicho mercado que le permite afectar el precio.

La mencionada ley no tiene un catálogo de conductas de abuso de la posición dominante y prohíbe la monopolización de la distribución (art. 8°).

Ahora bien, en el decreto 2153 y la Ley 1340 de 2009 se afirma que la posición dominante radica en la posibilidad de afectar las condiciones del mercado, y el artículo 50 del decreto 2153 de 1992 consagra un catálogo de conductas que constituyen abuso de la posición dominante.

El concepto de posición dominante en el mercado se encuentra definido por el numeral 5 del artículo 45 del decreto 2153 que dispone:

“Art. 45. *Definiciones.* - Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

”[...]”

”5. *Posición dominante:* La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Esta definición difiere del criterio expresado en el artículo 2º de la Ley 155 de 1959, el cual debería considerarse derogado, y deja en claro que la posición dominante en el mercado se distingue esencialmente por la capacidad que tiene una empresa o persona para determinar en forma directa o indirecta el precio, calidad, cantidades y demás condiciones dentro de un mercado. El artículo 2º de la Ley 155 de 1959 por su parte, establece: “Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley” (bastardilla nuestra).

Como se observa, la Ley 155, define la posición dominante de una empresa en el mercado, fundamentalmente por su participación en él³². Este criterio ha evolucionado notablemente en los últimos

32 Para determinar la posición de dominio que una empresa pueda tener en el mercado, el artículo 2º del decreto 1302 de 1964 faculta al superintendente para pedir informaciones detalladas. El mencionado artículo establece: “Para el ejercicio de las funciones de que trata el presente decreto, el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica se fundamentará en el estudio de los siguientes documentos, que deben suministrar semestralmente las empresas sujetas a la intervención:

”a) Balances contables de los respectivos anexos demostrativos de su capacidad financiera, del volumen de las operaciones industriales y comerciales y del porcentaje de las utilidades obtenidas en proporción del capital invertido;

”b) Informes comprobatorios de los costos netos de producción y distribución y de las reservas presupuestales diferidas y destinadas a la amortización de las inversiones hechas por la respectiva empresa industrial o comercial, al igual que otra clase de reservas;

años, y la redacción del artículo 45 del decreto 2153 de 1992 no hace sino reconocer dicha evolución. En efecto, puede darse el caso en el cual la participación de una empresa en el mercado relevante³³ sea escasa, a pesar de lo cual dicha empresa tenga una posición de dominio, porque controle elementos vitales para él, que pueda utilizar como barreras para impedir el ingreso de competidores

”c) Lista de los precios de los artículos que produzca o distribuya la correspondiente empresa y sus respectivas escalas de descuentos para la distribución y venta de los mismos, a niveles mayoristas y minoristas;

”d) Muestras de los productos o artículos que la empresa produzca o distribuya, para verificar su calidad, peso y empaque y la observancia de las normas sobre pesas y medidas y la clasificación de los productos;

”e) Informe sobre existencia, origen y costo de las materias primas y productos elaborados y sobre los saldos en disponibilidad;

”f) Informes sobre la producción de las materias primas nacionales y extranjeras incorporadas en el procesamiento industrial y sobre los programas tendientes a fomentar su producción total en el país; o informes sobre la proporción de materia prima o mercancías elaboradas, de procedencia nacional o extranjera que adquiera el correspondiente distribuidor o que utilice el productor de servicios, según el caso;

”g) Informes sobre los sistemas de transporte, distribución y venta de los productos o artículos manufacturados;

”h) Informes sobre los mercados abastecidos por la respectiva producción industrial o empresa comercial y sobre el volumen de las ventas realizadas en tales mercados;

”i) Informe sobre el personal de trabajadores ocupados por la respectiva empresa industrial o comercial, sobre el monto anual de los salarios y sobre las prestaciones de carácter asistencial establecidas;

”j) Una memoria descriptiva de los equipos de trabajo, de sus costos de adquisición, instalación y operación, de su capacidad de servicio y de las ampliaciones y mejoras programadas;

”k) Informe sobre el monto de los impuestos nacionales, departamentales y municipales pagados anualmente por la respectiva empresa industrial o comercial;

”l) Un esquema sobre los sistemas de distribución, ilustrados con informaciones de la respectiva empresa, y

”m) Todos los demás documentos e informaciones que solicite el director ejecutivo de la Superintendencia de Regulación Económica en los casos en que por la índole de la empresa y los problemas que suscite su vigilancia, no fueren suficientes no relacionados anteriormente”.

- 33 Usualmente se considera que el mercado relevante es el mercado más pequeño en el cual la elasticidad de la oferta y la demanda es tan baja le permite a una empresa con el 100% de participación en dicho mercado reducir la producción y aumentar el precio en forma sustancial.

al mercado, tales como patentes, suministro de materias primas, recursos financieros, tecnología, etc. Así mismo puede suceder que una empresa que tiene gran participación en el mercado carezca de posición de dominio en él.

G) INVESTIGACIÓN Y DECISIÓN

Como se puede observar en los artículos 12 a 17 de la Ley 155 de 1959, los funcionarios que instruyen la investigación por prácticas restrictivas de la competencia son diferentes de los que adoptan la decisión³⁴.

Esta estructura se mantuvo en el decreto 2153 de 1992, ya que el superintendente delegado de promoción de la competencia, que es el funcionario que expide la resolución de apertura de la investigación, la dirige y elabora el informe motivado, era un funcionario de libre nombramiento y remoción del presidente de la república, con lo cual tenía independencia frente al superintendente de Industria y Comercio, que debía adoptar la decisión.

Al respecto, el numeral 19 del artículo 4º del decreto 2153 de 1992 establecía lo siguiente:

“Art. 4.- *Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.* Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

”[...]

”19. Nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo con las normas vigentes, *con excepción de los superintendentes delegados, cuya designación y remoción es competencia del presidente de la república*” (bastardilla fuera de texto).

34 Debe tenerse en cuenta que los artículos 12, 14, 15 y 16 fueron derogados tácitamente por el decreto ley 2974 de 2968, mediante el cual se creó la Superintendencia de Industria y Comercio. Posteriormente en el decreto ley 623 de 1974, se le otorgaron nuevas funciones a la SIC.

Sin embargo, esta situación cambió, ya que con base en las normas de la Ley 489 de 1998, que permiten modificar la estructura interna de las entidades administrativas, hoy día el superintendente delegado de promoción de la competencia es un funcionario nombrado por el superintendente de Industria y Comercio, con lo cual la independencia entre investigación y decisión se ha perdido.

Dispone el numeral 50 del artículo 3° del decreto 1687 de 2010 lo siguiente:

“Art. 3°.- *Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.* Son funciones del superintendente de Industria y Comercio:

”[...]”

”50. Nombrar, remover y administrar el personal de la Superintendencia de acuerdo con las normas vigentes”.

H) SANCIONES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA REALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Tanto en la Ley 155 de 1959 como en el decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 se establece como consecuencia principal de la violación de las normas de competencia la nulidad absoluta por objeto ilícito de los actos jurídicos involucrados en la realización de las conductas. Es importante subrayar que no le corresponde establecer esta consecuencia jurídica al superintendente de Industria y Comercio, ya que la declaratoria de las nulidades en Colombia es una materia judicial y la Superintendencia, en la investigación de las conductas anticompetitivas, actúa como una autoridad administrativa.

Es preciso también advertir que la nulidad debe ser declarada. Es decir, que no opera de pleno derecho como es el caso de la ineficacia, sino que su declaración tiene que ser solicitada a un juez como pretensión de una demanda.

Tanto en la Ley 155 de 1959 como en el decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009, se declara la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y se ordena su cesación.

Más aún: tanto en la Ley 155 de 1959 como en el decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009 se imponen sanciones pecuniarias a

las empresas que infringen las normas de competencia. Solamente en el decreto 2153 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009 se imponen sanciones pecuniarias a las personas naturales que realicen o toleren las prácticas restrictivas. En la Ley 1340 de 2009 se advierte que las sanciones impuestas a las personas naturales no pueden ser pagadas por las personas jurídicas. La Ley 155 no establece sanciones para las personas naturales; solamente en ella se establece como sanción el retiro de las acciones de la bolsa, la prohibición de funcionamiento en caso de reincidencia y la intervención de los precios.

En Colombia no se han establecido sanciones criminales por la violación del régimen de libre competencia.

I) ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y COLABORACIÓN ENTRE AUTORIDADES

Este tema se introdujo en Colombia con la expedición del decreto 2153 de 1992. Sin embargo, fue profundizado y desarrollado por la Ley 1340 de 2009, cuyo artículo 7º dispone lo siguiente:

“Abogacía de la competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo 2º del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”.

La abogacía por la competencia no debe limitarse solamente a los proyectos de regulación. La SIC debería ser escuchada en caso de cualquier proyecto de ley, decreto, resolución de organismos regulatorios o documentos Conpes.

El principio de abogacía de la competencia está íntimamente ligado a la colaboración armónica que debe existir entre autoridades estatales. Esto resulta particularmente importante con la designación de la SIC como autoridad nacional de la competencia con facultades exclusivas para decidir casos de competencia en todas las áreas de la economía, para lo cual debe contar con el apoyo de las autoridades sectoriales. Al respecto, el artículo 8° de la Ley 1340 de 2009 establece:

“Aviso a otras autoridades. En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.

”Parágrafo,- La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves”.

J) *Esquema de clemencia o delación*

Este tema no fue desarrollado por la Ley 155 de 1959 ni por el decreto 2153 de 1992. Se incluye por primera vez en la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el artículo 14 de la ley dispone:

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

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

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

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

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

Al respecto debe decirse que resulta conveniente incluir el mecanismo de delación dentro de la normativa de competencia. La experiencia internacional ha demostrado que los sistemas de beneficios por delación pueden ser de gran ayuda en la aplicación de normas de competencia. En Estados Unidos empezó su programa de clemencia en 1993, en la Unión Europea en 1996 y en países de la región (como Brasil y México), desde hace más de tres años.

4. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

A) RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMENES ESPECIALES DE LIBRE COMPETENCIA

Como hemos mencionado en numerosos escritos, en Colombia se puede hablar de un *régimen general de libre y leal competencia*, el

cual se aplica a todo aquel que adelante una actividad económica, siempre que no exista una norma de carácter especial. El régimen general de libre y leal competencia está compuesto por las siguientes normas:

— *En materia de protección de la competencia.* La Ley 155 de 1959 y su decreto reglamentario, el decreto 1302 de 1964; por el decreto 2153 de 1992; por la nueva ley de competencia, Ley 1340 de 2009 y por el decreto 3523 de 2009, modificado por el decreto 1687 de 2010.

— *En materia de competencia desleal.* La Ley 256 de 1996, con las adiciones que en materia de facultades jurisdiccionales le introdujeron la Ley 446 de 1998, la Ley 510 de 1999 y la Ley 962 de 2005.

— *En materia de protección al consumidor:* El decreto 3466 de 1982, Estatuto de Protección al Consumidor.

De conformidad con el artículo 6° de la nueva ley de competencia, Ley 1340 de 2009, en concordancia con el artículo 1° del decreto 3523 de 2009, modificado por el decreto 1687 de 2010, la SIC es la competente para velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales e imponer las sanciones pertinentes por violación de dichas normas.

Hoy día, la Ley 1340 de 2009 ha hecho de la SIC la autoridad nacional de la competencia, con facultades para conocer en forma privativa de las investigaciones administrativas por la realización de prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa en todos los sectores de la economía. Así mismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la ley 1340, la SIC es la autoridad encargada de realizar el control de concentraciones, salvo en el caso de las concentraciones entre entidades financieras, que son revisadas por la Superintendencia Financiera, y las concentraciones entre operadores aeronáuticos, que son revisadas por la Aeronáutica Civil.

Es importante señalar, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley 1340 de 2009, la SIC aplica las normas de competencia especiales o particulares dictadas para algunos sectores

de la economía, y en lo no dispuesto por esas normas especiales, aplica las normas del régimen general de libre competencia. Esta nueva regla permite integrar de manera efectiva el régimen general de libre competencia con los regímenes especiales expedidos para ciertos sectores económicos.

Así pues, existen los siguientes regímenes especiales de libre y leal competencia para distintos sectores económicos: servicios públicos domiciliarios, algunos servicios públicos no domiciliarios, sistema financiero y asegurador, sistema de seguridad social en salud, y sistema de transporte y puertos.

Desde hace casi dos décadas hemos venido insistiendo en la necesidad de unificar las normas de derecho de la competencia en un solo cuerpo jurídico y de asignar las facultades para aplicar dicha legislación a una autoridad única de libre competencia, con el fin de consolidar los conceptos jurídicos y económicos propios de la materia y buscar una aplicación e interpretación uniformes de ellos.

Es importante advertir que estos objetivos se han logrado de manera importante con la Ley 1340 de 2009. En efecto, gracias a esta norma jurídica tenemos hoy día una autoridad nacional de competencia con facultades para aplicar las normas generales y especiales de competencia en todos los sectores de la economía, con excepción del control de concentraciones en el sector financiero y en el sector aeronáutico; y aunque no se consiguió la unificación de las normas de competencia, la Ley 1340 de 2009 dispuso una regla que permite integrar de manera efectiva las normas expedidas para los sectores especiales, con las normas del régimen general de libre competencia, lo cual constituye un gran avance para el derecho de la competencia en Colombia.

B) EVOLUCIÓN NORMATIVA ANTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En este punto se hará una breve reseña de las principales normas que han marcado el desarrollo del derecho de la competencia a partir de la Ley 155 de 1959 y que han contribuido a su formación y a su legado.

También se hacen algunos comentarios sobre el aporte que cada una de estas normas hizo al derecho de la competencia y la autoridad que en su momento fue encargada de aplicarlas.

a) *Ley 155 de 1959. Ley fundante del régimen de competencia.* Como ya se advirtió, la Ley 155 de 1959 es la norma fundante del derecho de la Competencia en Colombia. En el numeral 3 de este capítulo se analizan de manera detallada sus principales características y se comparan con las de las normas generales que la han sucedido y complementada sin derogarla en su integridad.

En resumen: se puede decir que la mayor parte de las normas sustanciales de la Ley 155 de 1959 perduran hasta nuestros días y forman parte fundamental del sistema actual de derecho de la competencia:

— La norma más importante de la ley es el artículo 1º, en el cual se consagra la cláusula de prohibición general.

— En el párrafo del artículo 1º se incluyen las excepciones de bloque, ahora desarrolladas de manera especial para el sector agrícola, en el artículo 5º de la Ley 1340 de 2009.

— El artículo 4º de la ley contiene el régimen de control de concentraciones empresariales subrogado por el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.

— Los artículos 5º y 6º contienen el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del sector real de la economía. Normas que se complementan con las normas sobre conflictos de interés y sobre los deberes profesionales de lealtad de los administradores de las sociedades, contenidos en la Ley 222 de 1995. Estos principios se encuentran replicados en la normativa especial de varios sectores económicos, la del sector financiero y la de los servicios públicos domiciliarios.

— Los artículos 7º a 9º, que no han sido muy utilizados, se refieren a las conductas verticales y a los sistemas de distribución.

— Los artículos 11 y 12 de la ley definían las conductas de competencia desleal. Se considera que estas normas fueron derogadas tácitamente con la expedición del Código de Comercio, que reguló íntegramente la materia comercial. Posteriormente, la

Ley 256 de 1996 derogó de manera expresa el artículo 10 de la ley³⁵.

— La sanción jurídica por la infracción de las normas de libre competencia, de acuerdo con el artículo 19 de la ley, es la nulidad absoluta por objeto ilícito de los actos jurídicos involucrados.

— Por último, se subraya que la autoridad de la competencia bajo la Ley 155 de 1959 es el Ministerio de Fomento, el cual investiga las conductas anticompetitivas en cabeza de las distintas superintendencias.

— El decreto ley 2974 de 1968, reorgánico del Ministerio de Fomento, fue expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas al presidente por la Ley 65 de 1967. Este decreto creó la Superintendencia de Industria Comercio que reemplazaría en sus funciones al Ministerio de Fomento. El decreto ley 623 de 1974 revisó la “organización administrativa de la Superintendencia

35 Podría considerarse inclusive que el Código de Comercio, al regular la totalidad de la materia comercial como lo establece en el artículo 2033, 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 24 de mayo de 1989, en el cual, con ponencia del magistrado JAIME PAREDES TAMAYO, se analizan con cierto grado de imprecisión las 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 señala 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*” (bastardilla nuestra).

de Industria Comercio” y le confirió nuevas funciones³⁶. El artículo 25 del decreto ley 2974 de 1968 establecía: “Créase la Superintendencia de Industria y Comercio adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico y encargada de cumplir las funciones de vigilancia y control que de acuerdo con las normas vigentes corresponden al Ministerio de Fomento”.

b) *Decreto ley 3307 de 1964. Reforma a la Ley 155 de 1959*. Este decreto modificó al artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y contribuyó a formular la cláusula de prohibición general como hoy la conocemos. En efecto, tal artículo establecía: “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 tendentes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas”.

Como se puede observar, el artículo 1º original introducía una característica *ex post* a la cláusula de prohibición general, al exigir que las conductas anticompetitivas se realizaran “[...] en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas”. Esta característica afectaba de manera importante la efectividad del derecho de la competencia y afortunadamente fue modificada por el artículo 1º del decreto ley 3307 de 1964, que establece: “El artículo primero de la Ley 155 de 1959 quedará así: «Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa e 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, procedimientos o sistemas tendentes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos»”.

El decreto asigna las funciones de control de las prácticas restrictivas de la competencia a la Superintendencia de Regulación

36 Cfr. GUSTAVO CUELLO IRIARTE, “La Superintendencia de Industria Comercio”, en *Universitas*, n° 48, Bogotá, 1975, pág. 303 y ss.

Económica. Como vimos, estas facultades fueron asignadas posteriormente a la Superintendencia de Industria y Comercio, creada por el decreto ley 2974 de 1968.

c) *Decreto reglamentario 1302 de 1964. Reglamenta a la Ley 155 de 1959.* Este decreto reglamenta a la Ley 155 de 1959. Su importancia radica en el desarrollo de las excepciones bloque consagradas en el parágrafo del artículo 1º de esta y en la reglamentación del control de las concentraciones empresariales establecido en el artículo 4º de ella.

d) *Decreto-ley 410 de 1971 (Código de Comercio). Contiene normas de competencia desleal.* El Código de Comercio es una norma muy importante para el derecho de la competencia. En efecto, si se considera de manera detenida, los Códigos de Comercio que como el de Colombia siguen el modelo del Código de Comercio napoleónico, son normas antimonopolio. Sucede que en la Edad Media, en los orígenes del derecho mercantil, la posibilidad de ejercer las profesiones u oficios amparados por este tipo de derecho se derivaba de la inscripción del comerciante en el *Liber Mercatorum*, que es lo que define la característica subjetiva del derecho mercantil medieval³⁷.

Como se sabe, la revolución del Código de Comercio napoleónico consiste en la introducción de la teoría objetiva del acto de comercio, como criterio determinante para aplicar la legislación mercantil. Se dice entonces que la ley mercantil se aplica a los comerciantes y que estos son los que se dedican de manera profesional a la realización de actos de comercio. En esta forma se liberaliza el ejercicio de las profesiones u oficios que antes podían

37 Al respecto dice RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE, *Principios de derecho comercial*, Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 7: “Durante la Edad Media, los profesionales de un mismo arte u oficio se asociaron para defender sus intereses y los de la respectiva profesión. Estas asociaciones constituyeron las llamadas corporaciones, que cumplían funciones de protección, de disciplina y en no pocos casos, como el de los comerciantes, de verdaderos tribunales ante los que se ventilaban diferencia no solo de tipo disciplinario, sino de derecho sustantivo”.

ser explotadas en forma restringida, monopolística, por aquellos inscritos en el *Liber Mercatorum*³⁸.

Hoy día el derecho mercantil se encuentra en una nueva crisis, ya que ha sido desbordado por el derecho de los mercados. En efecto, el Código de Comercio se aplica a casi todas las relaciones económicas y no solamente a las de los comerciantes. Se ha eliminado el tema de la habilitación de edad, la diferencia entre las sociedades civiles y las mercantiles y el régimen de competencia desleal profesional³⁹, contenido en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, el cual ha sido sustituido por el sistema social de competencia desleal, consagrado en la Ley 256 de 1996.

La acción de competencia desleal establecida en el Código de Comercio era una acción judicial con características *ex post*, ya que se trataba de una acción indemnizatoria y estaba prevista solamente para el perjudicado por las conductas de competencia desleal. La acción de competencia desleal se tramitaba por el procedimiento ordinario del Código de Procedimiento Civil y era por tanto susceptible de llegar en casación ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual no sucede en la actualidad.

e) *Decreto ley 3466 de 1982. Estatuto de Protección al Consumidor*. Por medio de este decreto se expidió el Estatuto de Protección al Consumidor y se asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio su aplicación.

La normativa de protección al consumidor forma parte del derecho de la competencia y de los mercados y tiene total afinidad con las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, cuyo objetivo principal es el bienestar del consumidor. La normativa

38 En palabras de MADRIÑÁN: “Para la nueva doctrina, el sistema de corporaciones se opone fundamentalmente a la libertad en el ejercicio de las profesiones y a la igualdad de todos los ciudadanos afectada por los privilegios que se consagran en favor de los comerciantes”. MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, pág. 10.

39 La competencia desleal era una normativa exclusiva para comerciantes. Se dieron casos en los que no se condenó por competencia desleal porque el sujeto activo de la conducta no era comerciante o porque no tenía una relación de competencia con el sujeto pasivo. El numeral 6 del artículo 19 del Código de Comercio señala como una de las obligaciones del comerciante la de no incurrir en conductas de competencia desleal.

designa a la SIC como autoridad responsable de velar por su aplicación.

f) *Ley 45 de 1990. Reforma financiera.* Es la ley de Reforma Financiera, subsumida por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Esta normativa introdujo un catálogo de prohibiciones de las conductas anticompetitivas y de competencia desleal en el sector financiero y asegurador y le asignó a la Superintendencia Bancaria, hoy día Superintendencia Financiera, la investigación y control de las mencionadas prácticas.

g) *Decreto ley 1900 de 1990 y normas reglamentarias. Reforma de Telecomunicaciones.* Este decreto, hoy día derogado por la Ley 1341 de 2009, fue expedido con base en las facultades extraordinarias que le otorgó al presidente de la república la Ley 72 de 1989, por medio de la cual se reguló el sector de telecomunicaciones y se abrió a la competencia la prestación de la mayor parte de los servicios.

El decreto 1900 de 1990 contenía un régimen de telecomunicaciones en competencia, salvo en el caso de la telefonía pública conmutada de larga distancia nacional e internacional, servicio que se mantuvo en cabeza de Telecom hasta 1997, cuando por mandato de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) abrió a la competencia el servicio de larga distancia.

El decreto le otorgó al Ministerio de Comunicaciones facultades de inspección y vigilancia respecto del régimen de telecomunicaciones, pero la investigación de las prácticas restrictivas específicamente continúa en cabeza de la SIC.

h) *Ley 1ª de 1991. Ley de Puertos.* Fue expedida antes de la Constitución Política de 1991 y regula la actividad de los puertos en Colombia en régimen de libre competencia.

En el artículo 22 de la ley se prohíben las conductas anticompetitivas entre sociedades portuarias y se le otorga a la Superintendencia General de Puertos, hoy Superintendencia de Puertos y Transporte, la facultad de investigar y sancionar estas prácticas restrictivas de la competencia.

Como veremos, como consecuencia de la expedición de la Ley 1340 de 2009, la SIC es la autoridad nacional de competencia, con facultad exclusiva para decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal administrativa, en todos los sectores de la economía.

i) *Decreto 1730 de 1991. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.* El 4 de julio de 1991 (que fue el mismo día que se promulgó la Constitución Política de 1991), el gobierno expidió este decreto que contiene la primera versión del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En este estatuto se incluyeron las normas sobre competencia que se habían proferido desde la Ley 45 de 1990 y se atribuyó la aplicación de dichas normas para el sistema financiero a la Superintendencia Bancaria.

C) EVOLUCIÓN NORMATIVA POSTERIOR A LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

a) *Decreto especial 2122 de 1991. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.* Este decreto fue expedido con base en las facultades temporales que le otorgó al presidente de la república el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, para que adecuara la estructura de las entidades de la rama ejecutiva a la nueva Constitución.

El decreto reestructura el Ministerio de Comunicaciones y crea la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como una división interna del Ministerio, encargada de promover la competencia mediante la regulación.

Esta primera CRT fue eliminada con la expedición de la Ley 142 de 1994, Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se crearon las tres comisiones de regulación, CRT, CREG y CRA, y se expidió el régimen de los servicios públicos domiciliarios, que incluye un régimen de competencia aplicable a estos sectores.

b) *Decreto 2153 de 1992. Régimen general de libre competencia.*

Este decreto también fue expedido con base en las facultades temporales que le otorgó al presidente de la república el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, para que adecuara la estructura de las entidades de la rama ejecutiva a la nueva Constitución.

En su momento, el decreto fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad radicada por JESÚS VALLEJO MEJÍA ante el Consejo de Estado, que tiene la facultad residual de revisión constitucional de los actos de la administración. La demanda se centraba en que el artículo 20 transitorio de la Constitución había facultado al gobierno para adecuar la estructura de la administración pública a la Carta, pero no para expedir normas sustanciales, como las que contiene el decreto 2153 de 1992, el cual contiene definiciones de conductas prohibidas.

Para decidir, el Consejo de Estado tuvo en cuenta que las definiciones de conductas están íntimamente ligadas en el decreto a las funciones de las distintas dependencias de la SIC y concluyó que no se podían asignar funciones sin explicar el contenido de ellas, razón por la cual declaró la constitucionalidad del decreto.

Como ya se dijo, para la expedición del decreto, el gobierno tuvo en cuenta la opinión de la comisión de expertos canadienses que visitó el país, encabezada por Shyam Khemani. La influencia de la escuela canadiense de la competencia se deja sentir en varios aspectos del decreto, como hemos explicado antes.

Además, resulta importante subrayar la influencia que la normativa de la Unión Europea ejerció sobre la redacción de la norma. En efecto, el decreto no solamente establece una prohibición genérica sobre las prácticas restrictivas de la competencia, sino que además define las diferentes categorías de conductas y da listados no taxativos de aquellas 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.

El decreto 2153 de 1992 introdujo importantes innovaciones de tipo institucional y sustancial al derecho de la competencia y

lo puso a tono con la evolución conceptual que había tenido la materia hasta ese momento.

Es importante advertir que después de la expedición del decreto 2153 de 1992 se han producido algunos cambios significativos en el derecho de la competencia en varias jurisdicciones. Para hablar solamente de algunos aspectos relevantes, en 1997 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, por medio del cual pasó de la regla “*per se*” a la regla de la razón la investigación de los acuerdos verticales de fijación de precios máximos. Diez años más tarde, en 2007, la Corte decidió el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, por medio del cual pasó de la regla “*per se*” a la regla de la razón los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos.

En contraste con esta situación, en Colombia, como se sabe, el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 prohíbe los acuerdos “[...] que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios” sin distinguir si se trata de acuerdos horizontales o verticales, por lo que se estima que en Colombia, a diferencia de lo que existe en Estados Unidos, los acuerdos verticales de fijación de precios son ilegales *per se*.

En 2004 la Unión Europea modificó el tipo de análisis que aplica para el control de las concentraciones empresariales y pasó del estándar de dominancia al de *substantially lessening competition* que es el mismo tipo de prueba de balanceo que se usa en los Estados Unidos de América. En Colombia, el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, subrogado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009, establece que la autoridad debe objetar aquellas operaciones de concentración empresarial que tiendan a producir “[...] una indebida restricción de la libre competencia”. Aunque no existe certeza al respecto, se estima que el análisis que realiza la SIC es similar al que aplican las autoridades extranjeras mencionadas.

Respecto a los aspectos institucionales, el decreto crea 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 dependen los

distintos grupos de trabajo que hoy día se han formado para asistir al Superintendente Delegado en la instrucción de las investigaciones. Así mismo, 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 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 subrayar la actualización de las sanciones que el superintendente puede imponer a los infractores, las cuales fueron aumentadas de manera sustancial con la expedición de la Ley 1340 de 2009, y la posibilidad que el superintendente tiene de decidir sobre la terminación de las investigaciones, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará el elemento anticompetitivo de la conducta por la cual se le investiga.

Respecto a 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. 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 se refiere a los acuerdos restrictivos de la libre competencia; el 48, a los actos restrictivos de la libre competencia; y el 50, a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

El artículo 49 del decreto contiene tres excepciones a la aplicación de las normas sobre prácticas restrictivas: las conductas relacionadas con investigación y desarrollo; las relacionadas con la aplicación de normas o estándares no obligatorios, siempre que no impidan el ingreso de competidores al mercado; y la utilización de facilidades comunes. Estas normas de excepción deben ser analizadas en concordancia con el párrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, el artículo 1º del decreto 1302 de 1964, y los artículos 5º, 31 y 32 de la Ley 1340 de 2009.

c) *Ley 37 de 1993 y normas reglamentarias. Ley de telefonía móvil celular.* 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.

El decreto 741 de 1993, reglamentario del servicio público de telefonía móvil celular, se refiere en el artículo 55 a la “prohibición de prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia”.

d) *Ley 100 de 1993. Seguridad social en 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 que fueron desarrollados por el gobierno, a través del decreto 1663 de 1994, por medio del cual se establece el régimen de la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

e) *Decreto 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.* En la última reforma integral del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenida en el decreto 663 de 1993, se le introdujeron algunas modificaciones al capítulo sobre competencia, se añadieron normas relativas a la competencia en el sector asegurador y se mantuvo la aplicación de estas normas en cabeza

de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

Como veremos luego, como consecuencia de la expedición de la Ley 1340 de 2009, hoy día la SIC es la autoridad nacional de competencia, con facultad exclusiva para decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal administrativa, en todos los sectores de la economía.

La SIC es también la autoridad nacional de competencia para el control de las concentraciones empresariales, en todos los sectores de la economía con excepción de las concentraciones que se realicen entre entidades financieras y las que se realicen entre operadores aeronáuticos, las cuales deben ser decididas por la Superintendencia Financiera y la Aeronáutica Civil⁴⁰, respectivamente.

En el caso de las operaciones de concentración empresarial entre entidades financieras, la Superintendencia Financiera debe requerir previamente el concepto de la SIC sobre los efectos de la concentración para la competencia. La SIC también puede sugerir condicionamientos en caso de que lo considere pertinente⁴¹.

f) *Decreto 1663 de 1993. Reglamentario de la Ley 100 de 1993.* Reglamenta la ley 100 de 1993 y establece el régimen de libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud. Desde su expedición, el régimen de competencia en salud ha sido aplicado por la SIC.

g) *Ley 142 de 1994. Ley de 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 telefonía local móvil en el sector rural⁴².

40 Ley 1340 de 2009, art. 8, parg.

41 Ley 1340 de 2009, art. 9, inc. final.

42 Cfr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, “El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios”, en *Cedec*, III, Bogotá, 2002, pág. 81.

La Ley 142 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.

Como veremos, como consecuencia de la expedición de la Ley 1340 de 2009, hoy día la SIC es la autoridad nacional de competencia, con facultad exclusiva para decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia y de competencia desleal administrativa, en todos los sectores de la economía.

h) *Ley 143 de 1994. Ley del 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.

i) *Ley 222 de 1995. Reforma del Código de Comercio.* Esta ley es importante para el derecho de la competencia porque introdujo el concepto de grupo empresarial y definió las reglas de presunción del control de las sociedades, la cual debe leerse de manera armónica con la definición de control empresarial que contiene el numeral 4 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992.

La ley define, además, las obligaciones de los administradores de las sociedades, entre las cuales se encuentra la de no competir contra la empresa y no incurrir en conflictos de interés, normas que se deben interpretar armónicamente con los artículos 5° y 6° de la Ley 155 de 1959, que contienen el régimen de inhabilidades del sector real de la economía.

j) *Ley 256 de 1996. Ley de 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 Código de Comercio, para pasar a una moderna concepción social del tema, siguiendo la legislación española.

Resulta importante señalar que la ley contiene dos tipos de acciones: una preventiva y una indemnizatoria, con lo cual se modifica definitivamente el carácter *ex post* que tenía la competencia desleal en el Código de Comercio.

Inicialmente la ley planteó su aplicación normativa mediante procesos judiciales que se debían interponer ante el juez civil del circuito o el juez especializado de comercio donde lo hubiera⁴³. Luego, la Ley 446 de 1998 le otorgó facultades tanto administrativas como jurisdiccionales a la SIC para decidir casos de competencia desleal.

k) *Ley 446 de 1998. Facultades judiciales y administrativas a la SIC en materia de competencia desleal y protección al consumidor.* Por medio de esta ley y con el fin de descongestionar los despachos judiciales, se le otorgaron facultades administrativas y jurisdiccionales a la SIC para decidir los casos de competencia desleal y protección al consumidor. En consecuencia, los demandantes en competencia desleal tienen la posibilidad de demandar ante los jueces civiles del circuito o ante la SIC, lo cual le otorga competencia a prevención a aquella autoridad ante la cual se radique la demanda.

Es importante explicar que de acuerdo con la ley, el procedimiento que la SIC debía aplicar para desarrollar estas funciones era el procedimiento administrativo de investigación de prácticas restrictivas de la competencia, lo cual generó una situación complicada, ya que el papel de la SIC en una investigación de prácticas restrictivas de la competencia es el de una autoridad de policía en ejercicio de una facultad de inspección y vigilancia de características marcadamente inquisitivas. Esta función difiere de

43 Los jueces especializados en comercio fueron eliminados.

manera importante del papel de la SIC como juez en un proceso de competencia desleal, en el cual debe actuar de manera neutral frente a dos partes que se enfrentan en un proceso contencioso.

En vista de este problema, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del ejercicio simultáneo de las funciones administrativas y judiciales asignadas a la SIC, impuso como condicionamiento que se dividieran los equipos de trabajo, para que los funcionarios encargados de la facultad administrativa de inspección y vigilancia no fueran los mismos encargados de la facultad jurisdiccional⁴⁴.

l) *Ley 510 de 1999. Procedimiento para indemnizar perjuicios en competencia desleal.* Por medio de la Ley 510 de 1999 se expedieron normas sobre el sistema financiero y asegurador.

Sin embargo, el artículo 52 de esta sustituyó al artículo 148 de la Ley 446 de 1998, con el fin de añadirle un tercer párrafo en el cual se introdujo el mecanismo para determinar la indemnización de perjuicios en los procesos de competencia desleal jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para el efecto se estableció que después que haya quedado en firme la decisión por medio de la cual la SIC declarara la existencia de conductas de competencia desleal, el afectado contaba con quince días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios por medio de un trámite incidental bajo las reglas del Código de Procedimiento Civil.

ll) *Decreto ley 1122 de 1999. Facultades de la SIC.* Este decreto fue expedido con base en las facultades extraordinarias que le otorgó al presidente de la república el artículo 100 de la Ley 489 de 1998.

Por medio de este decreto se le asignó a la SIC la facultad de decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores de la economía, con excepción del sector financiero.

En este decreto se introdujeron modificaciones respecto del ofrecimiento de garantías y régimen de control de concentraciones:

44 Corte Const., sent. C-649 de 2001, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

— Se definió que las garantías, como mecanismo para la terminación anticipada de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, solamente podían ofrecerse entre el momento de la apertura de la investigación y el momento en que el investigado solicitaba y aportaba las pruebas que pretendía hacer valer dentro de la investigación. Es decir, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la resolución de apertura de la investigación.

— En cuanto al control de concentraciones empresariales, se estableció la prueba de dominancia al disponer que el superintendente de Industria y Comercio debía objetar aquellas operaciones de concentración empresarial como consecuencia de las cuales la empresa resultante adquiriera o aumentara una posición de dominio en el mercado.

El decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴⁵.

m) *Decreto 266 de 2000. Facultades de la SIC*. En vista de la declaratoria de *inexequibilidad* del decreto ley 1122 de 1999, se expidió este decreto, también con fundamento en las facultades extraordinarias que le otorgó al presidente de la república el artículo 100 de la Ley 489 de 1998, las cuales no se habían agotado aún.

Por medio de este decreto se le asignó a la SIC la facultad de decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores de la economía, sin excepción alguna, por lo que se puede decir que (por algunos meses), la SIC actuó como autoridad única de competencia en Colombia en esta materia.

En este decreto se mantuvieron las modificaciones introducidas en el decreto 1122 de 1999 respecto del ofrecimiento de garantías y régimen de control de concentraciones:

— Se definió que las garantías, como mecanismo para la terminación anticipada de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, solamente podían ofrecerse entre el momento de la apertura de la investigación y el momento en que el investigado soliciten y aporten las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la investigación. Es decir, dentro de los quince días siguientes

45 Corte Const., sent. C-923 de 1999.

a la notificación de la resolución de apertura de la investigación.

— En cuanto al control de concentraciones empresariales, se estableció la prueba de dominancia, al disponer que el superintendente de Industria y Comercio debía objetar aquellas operaciones de concentración empresarial como consecuencia de las cuales la empresa resultante adquiriera o aumentara una posición de dominio en el mercado.

Este decreto también fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴⁶.

n) *Decreto 640 de 2001. Ley de conciliación.* Esta ley estableció la realización de una audiencia de conciliación en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia iniciadas por denuncia de una persona. La audiencia se debe realizar después de la apertura de la investigación y después que el investigado ha presentado sus descargos y ha solicitado y aportado las pruebas que pretende hacer valer dentro de la investigación.

Además, por medio del artículo 47, la ley subrogó los párrafos 1º y 3º del artículo del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, que modificó al artículo 148 de la Ley 446 de 1998. Al hacerlo reprodujo solamente el párrafo 1º dedicado al defensor del cliente de los servicios financieros, pero no transcribió ni reprodujo de ninguna manera el párrafo 3º, en el cual se establecía el procedimiento para la liquidación de perjuicios en los casos de competencia desleal jurisdiccional adelantados por la SIC, lo cual se hacía mediante un incidente bajo las reglas del Código de Procedimiento Civil. En esta forma, la ley de conciliación eliminó el procedimiento para que la SIC liquidara perjuicios en los casos de competencia desleal ante la SIC.

El artículo 47 de la Ley 640 de 2001 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴⁷.

ñ) *Decreto 131 de 2001. Corrige a la Ley 640 de 2001.* El Ministerio de Justicia utilizó una facultad que le otorga a las

46 Corte Const., sent. C-1316 de 2000.

47 Sent. C-500 de 2001, M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

autoridades administrativas la Ley 4ª de 1913, modificada por la Ley 19 de 1958, que contiene el Código de Régimen Político y Municipal, para corregir los errores tipográficos en las leyes⁴⁸.

El Ministerio supuso que la derogatoria del párrafo 3º del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, que modificó al artículo 148 de la Ley 446 de 1998, norma que contenía el mecanismo de indemnización de perjuicios en los casos de competencia desleal ante la SIC, por medio de un incidente bajo las reglas del Código de Procedimiento Civil, era un error tipográfico que debía ser corregido. En opinión del Ministerio, en lugar de disponer que se modificaban los párrafos 1º y 3º del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, la ley debería haber dispuesto que se modificaba solamente el párrafo 1º, con lo cual el párrafo 3º no resultaría derogado. Por medio de este decreto reglamentario y con fundamento en la facultad mencionada, el Ministerio restableció el procedimiento para liquidar perjuicios en los casos de competencia desleal ante la SIC.

Esta norma fue anulada por el Consejo de Estado⁴⁹. Como el artículo de la Ley 640 de 2001 que se corregía también fue declarado inexecutable, el procedimiento para indemnizar perjuicios en los casos judiciales de competencia desleal ante la SIC revivió.

Sin embargo, el problema procesal de los casos de competencia desleal ante la SIC solamente se solucionó de manera definitiva mediante la expedición de la Ley 962 de 2005 que se relaciona a continuación.

o) *Ley 962 de 2005, Ley de racionalización de trámites*. Les aplica el procedimiento abreviado del Código de Procedimiento Civil a los procesos judiciales de competencia desleal que se adelanten ante la SIC, con lo cual se equipara el procedimiento que utiliza la SIC cuando actúa como juez de descongestión en materias

48 El art. 45 de la mencionada ley establece: “Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”.

49 C. de E., sent. de 22 noviembre 2002, Sección Primera, rad. 6871, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

de competencia desleal, con el procedimiento que desarrollan los jueces civiles del circuito.

Con esta ley se solucionó el problema generado por la imposición del procedimiento administrativo al trámite de los procesos judiciales de competencia desleal. En efecto, como ya se advirtió, el papel de la SIC en una investigación de prácticas restrictivas de la competencia es el de una autoridad de policía en ejercicio de una facultad de inspección y vigilancia de características marcadamente inquisitivas. Este papel difiere de manera importante de la función de la SIC como juez en un proceso de competencia desleal, en el cual debe actuar de manera neutral frente a dos partes que se enfrentan en un proceso contencioso.

p) *Ley 1340 de 2009. Nueva ley de competencia.* El 24 de julio de 2009 el Congreso de la República aprobó la Ley 1340 de 2009, cuyo contenido y principales características explicamos en el numeral 5. Los puntos principales de la ley son los siguientes:

— Estableció la autoridad única de competencia en cabeza de la SIC.

— Armonizó el régimen general de libre competencia con los regímenes especiales.

— Fortaleció la abogacía de la competencia y la coordinación entre entidades estatales para temas de competencia.

— Modificó los umbrales y el procedimiento de las concentraciones empresariales.

— Modificó el régimen de las garantías como mecanismo para la terminación anticipada de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

— Aumentó la participación de terceros en las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia y en el trámite de las concentraciones empresariales.

— Estableció un programa de delación o de clemencia.

— Aumentó notablemente la capacidad sancionatoria de la SIC, que ahora va a hasta cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes o hasta el 150 por ciento de la utilidad generada por la conducta anticompetitiva, en el caso de las personas jurídicas, y hasta dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

— Aumento el término de caducidad de la facultad sancionatoria, que ahora es de cinco años.

— Estableció unos mecanismos especiales de intervención del Estado en el sector agrícola, los cuales eventualmente permitirán exceptuar conductas y situaciones de la aplicación de las normas de competencia.

q) *Decreto 3523 de 2009. Estructura de la SIC y funciones de sus dependencias.* El 15 de septiembre de 2009, el gobierno expidió este decreto por medio del cual modificó la estructura de la SIC y determinó las facultades de sus dependencias. Se profirió con fundamento en las facultades que la otorga al presidente de la república el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

Por alguna razón, en la elaboración del decreto 3523 de 2009 no se tuvo en cuenta que la Ley 1340 de 2009 ya estaba en vigencia, razón por la cual el decreto presenta importantes discrepancias y contradicciones con la recién aprobada Ley 1340 de 2009, los cuales resultaron en parte corregidos con la expedición del decreto 1687 de 2010.

r) *Decreto 1687 de 2010. Estructura de la SIC y funciones de sus dependencias. Modifica al decreto 3523 de 2009.* En mayo de 2010, el gobierno expidió el decreto 1687, para corregir los errores cometidos en el decreto 3523 de 2009 y reglamentar la estructura y funciones de la SIC, de acuerdo con la Ley 1340 de 2009.

5. LEY 1340 DE 2009 CAMBIOS MÁS RELEVANTES

A) LA NUEVA LEY DE COMPETENCIA

Su objetivo principal es actualizar los mecanismos de *protección o defensa* de la competencia para adecuarlos a la realidad de los mercados y facilitar su aplicación en Colombia.

La ley distingue el régimen de protección o defensa de la competencia que abarca “[...] lo relativo a prácticas comerciales

restrictivas, esto es, acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales”; al parecer, la ley considera que las normas de promoción de la competencia son las relacionadas con los “[...] institutos de salvamento y protección de la confianza pública ordenados por la Superintendencia Financiera de Colombia” y “[...] las decisiones para su ejecución y cumplimiento” (cfr. Ley 1340 de 2009, arts. 2º y 7º).

B) LA AUTORIDAD NACIONAL DE COMPETENCIA

La SIC es la autoridad única de competencia. Desarrolla las investigaciones prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal administrativa en todos los sectores de la economía (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 6º).

La SIC es la autoridad general para ejercer el control de las concentraciones empresariales. Las excepciones a esta regla son las concentraciones en el sector financiero, que revisa la Superintendencia Financiera, y las concentraciones entre operadores aeronáuticos, las cuales son revisadas por la UAEAC (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 9º).

C) ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL CON LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LIBRE COMPETENCIA

Desde hace varios años se ha recomendado la expedición de una norma única de competencia que compile al menos el régimen general de libre competencia, ya que la dispersión normativa, más la proliferación de autoridades de competencia, eran consideradas dos de los principales problemas de la normativa de competencia en Colombia.

Como ya se vio, con la expedición de la Ley 1340 de 2009 se solucionó el problema de la multiplicidad de autoridades de la competencia; y aunque no se logra aún expedir un estatuto único de competencia, sí se establecen unas reglas claras para la

armonización del régimen general con los regímenes especiales de competencia.

En efecto, las normas especiales o sectoriales de competencia se aplican de manera preferente, y en caso de vacíos se aplica el régimen general de libre competencia (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 4º)⁵⁰.

D) ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE ENTIDADES ESTATALES

Se establece un principio de abogacía de la competencia de conformidad con el cual a la SIC le deben consultar su opinión las autoridades que van a expedir una regulación que afecta la competencia (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 7º).

También se introduce un principio de colaboración entre entidades, de conformidad con el cual la SIC debe escuchar la opinión de las entidades públicas con intereses en los sectores económicos que son investigados por ella.

En efecto, el párrafo del artículo 6º de la Ley 1340 de 2009 consagra la obligación de las otras entidades administrativas encargadas de la regulación, vigilancia y control en todos los sectores y diferentes actividades económicas a prestar ayuda técnica a la SIC, cuando sea requerida por esta, en cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el cual ordena la colaboración armónica entre las diferentes autoridades administrativas para el cumplimiento de los fines del Estado.

50 En Colombia los siguientes sectores cuentan con una regulación específica de competencia: sector portuario (Ley 1ª de 1991), salud (Ley 100 de 1993, el decr. 1663 de 1993 y Ley 1122 de 2008), financiero (decr. 663 de 1993 y Ley 795 de 2003), servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y energía (Ley 143 de 1994), entre otros.

E) PARTICIPACIÓN DE TERCEROS EN LAS INVESTIGACIONES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Se ha permitido una mayor participación a los terceros interesados en las investigaciones administrativas de prácticas restrictivas de la competencia.

Dados terceros pueden aportar informes, conocer los ofrecimientos de garantías y el informe motivado y se admite su intervención en esos momentos de la investigación. Se da a las asociaciones de consumidores el estatus de terceros interesados (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 19).

Así mismo se les permite intervenir en los trámites de autorización de las concentraciones empresariales (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 10).

F) MODIFICACIÓN AL RÉGIMEN DE GARANTÍAS COMO MECANISMO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DE LAS INVESTIGACIONES DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y OTROS ASPECTOS PROCESALES

La ley modifica el régimen de garantías como mecanismo de terminación anticipada de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, las cuales no pueden ofrecerse sino al comienzo de la investigación, hasta antes del vencimiento del término concedido por la SIC para el aporte y solicitud de pruebas (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 16).

Ahora bien, la ley indica que contra los actos intermedios de la investigación no caben recursos, salvo el caso del auto por el cual se rechazan pruebas, el cual es susceptible del recurso de reposición (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 20).

G) MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Para el estudio de las concentraciones empresariales, además de los umbrales económicos ya establecidos, se ha establecido un

umbral de participación en el mercado⁵¹ (Ley 1340 de 2009, cfr. art. 9°).

En el tema de concentraciones empresariales se ha modificado el procedimiento, el cual ahora tiene dos fases y una duración de hasta cuatro meses. Además, se trata el tema de los condicionamientos a las concentraciones, la excepción de eficiencia y la orden de reversión (cfr. Ley 1340 de 2009, arts. 10, 11, 12 y 13).

H) SANCIONES

La ley aumenta de manera sustancial las multas que la autoridad puede imponer a las personas naturales y jurídicas que infrinjan las normas de competencia.

Debe subrayarse que las multas son en favor de la SIC y no del tesoro nacional, como en el régimen anterior, lo cual resulta desde todo punto de vista indeseable y genera un incentivo perverso para la autoridad, que puede producir mayor incidencia de falsos positivos. Acerca de este aspecto se hicieron numerosas recomendaciones a los legisladores, pero infortunadamente no fue modificado el texto del artículo.

Las multas pueden ser de hasta 100.000 salarios mínimos o hasta por el 150 por ciento de la utilidad derivada de la conducta de parte del infractor, en el caso de personas jurídicas, y hasta el equivalente de 2000 salarios, en el caso de personas naturales. La ley establece, además, unos criterios que permiten dosificar las sanciones (cfr. Ley 1340 de 2009, arts. 25 y 26).

I) PROGRAMA DE DELACIÓN

Se introduce un programa de delación denominado “beneficios por colaboración con la autoridad”, con el fin de promover la delación de las conductas anticompetitivas.

51 Las normas sobre concentraciones empresariales de la Ley 1340 de 2009 fueron demandadas ante la Corte Constitucional, la cual las declaró exequibles por medio de la sentencia C-228 de 2010.

El programa le permite a la SIC reducir o eliminar la sanción a aquella persona natural o jurídica que contribuya con la investigación de manera efectiva, siempre que no se trate del instigador de la conducta (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 14).

J) CADUCIDAD

La ley amplía el plazo de caducidad de las conductas anticompetitivas, el cual pasa de tres a cinco años (cfr. Ley 1340 de 2009, art. 27).

K) NORMAS ESPECIALES PARA EL SECTOR AGRÍCOLA

Después de muchos debates al respecto, la ley introdujo algunas normas especiales para el sector agrícola:

— El artículo 5º consagra una clase especial de excepción de bloque, derivada de la establecida en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y desarrollada en el artículo 1 del decreto 1302 de 1964, que servirá para autorizar acuerdos que a pesar de ser anticompetitivos, sirvan para estabilizar el sector agrícola. La diferencia en este caso consiste en que para la autorización de estas excepciones, el Ministerio de Agricultura debe expedir un concepto previo, vinculante y motivado que deberá ser acatado por la SIC.

— Los artículos 31 y 32 de la ley se refieren a situaciones en las cuales el Estado puede intervenir en la economía en desarrollo de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, en especial en el sector agrícola. En estos casos se excluye la aplicación de las normas de competencia. Los principales tipos de intervención que se señalan son:

- Los fondos de estabilización de precios.
- Los fondos parafiscales para el fomento agropecuario.
- El establecimiento de precios mínimos de garantía.
- La regulación de los mercados internos de productos agropecuarios, prevista en el decreto 2478 de 1999.
- Los acuerdos de cadena en el sector agropecuario.

— El régimen de salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las leyes 101 de 1993 y 81 de 1988.

— La intervención frente a situaciones externas.

6. ESTADO ACTUAL DE RÉGIMEN GENERAL DE COMPETENCIA VIGENTE

Como ya se advirtió, en Colombia existe un régimen general de libre y leal competencia, el cual se aplica a todo aquel que adelante una actividad económica, siempre que no exista una norma de carácter especial.

La primera vez que se reguló en Colombia el derecho de la competencia fue con la Ley 155 de 1959. Sin embargo, dicha ley no produjo ningún efecto por mucho tiempo, pues no se resolvió ningún caso bajo esta. El tema estuvo aislado hasta la expedición de la Constitución de 1991, cuando el derecho de la competencia adquirió rango constitucional.

En 1992, con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, fue expedido por el presidente de la república, el decreto 2153, el cual delimitó las funciones y la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y reguló el derecho de la competencia en Colombia.

A partir de 1991 empezó a observarse una gran proliferación de normas que ha generado una dispersión normativa sobre una misma materia. Así ocurrió con el régimen de competencia, lo cual evidenció gran dificultad para la autoridad al aplicarla y hacer cumplir el régimen de parte de los sujetos a quienes se les aplica. En consecuencia, se volvió más complejo aplicar de manera coherente el derecho de la competencia.

Básicamente las normas más importantes eran las dos anteriores, pero de manera amplia el régimen general de libre y leal competencia se compone por: la Ley 155 de 1959 y su decreto reglamentario; el decreto especial 2153 de 1992; el decreto 3466 de 1982 en materia de protección al consumidor; y la Ley 256 de

1996 en materia de competencia desleal, con las adiciones que en materia de facultades jurisdiccionales le introdujeron las Leyes 446 de 1998, 510 de 1999 y 962 de 2005.

Además, existen también regímenes especiales de libre y leal competencia para los servicios públicos domiciliarios, para el sistema financiero y asegurador, para el sector portuario, de salud, el aeronáutico y el de televisión.

Como se puede observar, existe una marcada dispersión normativa, que generaba permanentes debates jurídicos respecto de la interpretación y alcance de las normas y las facultades de las distintas autoridades para aplicarlas, todo lo cual entorpecía el desarrollo del derecho de la competencia y generaba un ambiente de incertidumbre jurídica que perjudicaba a los destinatarios de las normas, que son los empresarios, a sus beneficiarios, que son los consumidores, y a la economía en general, que debe favorecerse de la aplicación del principio constitucional de libre competencia en Colombia.

Aunque aun sería deseable poder unificar las normas de competencia en un solo cuerpo jurídico, es posible que esta meta no pueda lograrse ser lograda en el futuro inmediato. Sin embargo, con la expedición del artículo 4° de la Ley 1340 de 2009 se logró integrar el régimen general de libre competencia, el cual se aplica a todos los sectores de la economía que no tienen una norma especial de libre competencia, y de manera subsidiaria a los sectores que cuentan con normas especiales.

El artículo 4° de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“Normatividad [sic] aplicable. La Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”.

7. RECOMENDACIONES PARA MODIFICAR LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN COLOMBIA

En vista del desarrollo que ha tenido el derecho de la competencia entre nosotros y los problemas que presenta su aplicación efectiva, se considera que las reformas que resultaría pertinente introducir a esta legislación en Colombia son las que a continuación se exponen.

A) NORMATIVA ÚNICA PARA SER APLICADA POR LA AUTORIDAD NACIONAL DE COMPETENCIA

Se debe analizar la necesidad o conveniencia de una normativa única de competencia, aplicada por la autoridad nacional de competencia. Esta entidad tendría, en exclusiva, la facultad para examinar las concentraciones empresariales y decidir los casos de prácticas restrictivas de la competencia, en todos los sectores de la economía.

Esta reforma es de trascendental importancia, ya que en la actualidad el desarrollo del derecho de la competencia colombiano se ha visto perjudicado por una multiplicidad de normas y autoridades, que sin orden ni jerarquía institucional han ejercido sus facultades, a veces en forma contradictoria, y que han aplicado normas disímiles con criterios diferentes de los mismos fenómenos, lo cual ha perjudicado en el pasado el desarrollo del derecho de la competencia y ha vulnerado los derechos de denunciantes y denunciados.

Esta recomendación fue acogida de manera parcial en la Ley 1340 de 2009. En efecto, se nombra a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad nacional de la competencia y se establece el orden de prelación en la aplicación de las normativas de competencia que en la actualidad existen.

B) AUTORIDAD INDEPENDIENTE Y COLEGIADA DE COMPETENCIA

De manera concordante con la expedición de una ley general de competencia y la asignación de las facultades de inspección y

vigilancia a una autoridad única, se considera conveniente que dicha autoridad mantenga su carácter de autoridad administrativa, pero debe estructurarse en forma de cuerpo colegiado o comisión de competencia, con clara independencia del presidente de la república.

El objetivo de esta reforma sería fortalecer la entidad y sus decisiones y garantizar el carácter técnico y la independencia de ellas.

Esta recomendación no se tuvo en cuenta en la Ley 1340 de 2009 y habrá que insistir sobre ella en el futuro.

C) PROCEDIMIENTOS ADECUADOS PARA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA REALIZACIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

El tema de la indemnización de perjuicios en materia de prácticas restrictivas de la competencia resulta complejo, ya que en la actualidad la SIC no tiene facultades para decretarlos. En efecto, la relación jurídico-procesal en un procedimiento de investigación por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia se traba entre la autoridad y el investigado. El denunciante es un tercero frente a la investigación, y la decisión de la SIC nada dirá sobre los perjuicios que le pudieran haber sido ocasionados por la realización de las prácticas restrictivas.

En estas circunstancias, el ordenamiento jurídico vigente no es eficiente para obtener la indemnización de perjuicios por la realización de prácticas comerciales restrictivas, por lo cual se ha acudido a otros procedimientos menos específicos para tratar el problema, como las acciones de competencia desleal. De otra parte no se ha desarrollado entre nosotros la posibilidad de utilizar las acciones populares, para buscar la indemnización de los perjuicios de la sociedad, como sucede en otros países⁵².

52 Cfr. ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, “El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, en *Cedec*, III, Bogotá, 2002, pág. 125.

Tanto, se considera que es necesario establecer reglas claras sobre procedimiento que permitan que las personas perjudicadas por las conductas anticompetitivas sean indemnizadas por los daños que se les causaron. Sobre este aspecto no se pronuncia el proyecto de ley.

D) NECESIDAD DE AFIANZAR LA REGLA DE ANÁLISIS “PER SE”

El sistema de análisis *per se*, se utiliza para estudiar 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 deducir su ilegalidad, motivo por el cual se considera siempre ilegales.

Debe analizarse la posibilidad y conveniencia de dar total claridad a la aplicación de la regla de análisis *per se* en la normativa colombiana sobre competencia.

E) CONVENIENCIA DE DESARROLLAR DE MANERA ADECUADA EL SISTEMA DE BENEFICIOS POR DELACIÓN

La experiencia internacional ha mostrado que los sistemas de beneficios por delación pueden ser de gran ayuda al aplicar normas de competencia.

Este sistema ha sido incluido por primera vez entre nosotros por los artículos 14 a 16 de la Ley 1340 de 2009, que introducen el sistema de beneficios por colaboración con la autoridad. Es preciso esperar al desarrollo del sistema en la reglamentación y aplicación de la ley, para saber si resulta adecuada para nuestro medio.

F) GRADUACIÓN DE LAS MULTAS QUE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA PUEDE IMPONER

En el régimen anterior las multas que imponía la autoridad no resultaban onerosas para algunas empresas y por tanto la sanción no resultaba lo suficientemente disuasoria.

Se debe tener en cuenta que prácticas anticompetitivas las empresas suelen obtener beneficios bastante superiores a la cuantía de estas multas, lo cual definitivamente le resta efectividad a la sanción.

Se debe determinar el sistema de sanciones que resulte más eficaz para desincentivar la realización de conductas anticompetitivas, eso sí, dentro de un sistema que garantice el derecho de defensa y el debido proceso de los investigados.

Por esta razón, los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 aumentaron la multa máxima que la SIC les puede imponer a las empresas de 2000 salarios mínimos mensuales a 100.000 salarios mínimos mensuales o el 150 por ciento de la utilidad que obtenga el infractor; y la multa máxima que la SIC les puede imponer a las personas naturales, de 300 salarios mínimos mensuales a 2.000 salarios mínimos mensuales.

G) SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Las concentraciones empresariales son fenómenos corrientes y necesarios en una economía de mercado. El actual régimen de control de concentraciones mantiene, aun después de la Ley 1340 de 2009, serios vacíos normativos que deben ser llenados con normas claras y acordes con la dinámica económica y comercial del país, en particular, en los siguientes aspectos:

— Normas claras para determinar cuáles operaciones deben ser informadas y notificadas. En este sentido, el umbral de participación en el mercado que se incluyó en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, no contribuye a la claridad ni a la seguridad jurídica. En efecto, de conformidad con él las empresas que tienen menos del 20 por ciento de participación en el mercado, aunque cumplan con los umbrales económicos previstos (150.000 salarios mínimos de activos o ingresos operacionales), solamente tienen que notificar la operación sin necesidad de esperar la autorización de la SIC. Puede inducir a error a los empresarios, por las dificultades de medir el mercado relevante, en especial en concentraciones de tipo vertical, lo cual no contribuye a la seguridad jurídica.

— Posibilidad de consultar a la autoridad de la competencia, en forma confidencial, cuando exista duda sobre la obligación de informar una integración.

— Criterios claros y predecibles sobre la forma de medir el mercado relevante, la sustitución de los productos y las barreras de ingreso.

— Criterios claros y predecibles para autorizar, condicionar u objetar las concentraciones empresariales.

— Expedición de guías de concentraciones empresariales que sirvan como base conceptual a los interesados y desarrollen los criterios generales incluidos en la ley, respecto a los condicionamientos, medición del mercado, sustitución de productos, elasticidad cruzada de la demanda, utilidad y cálculo de los índices de concentración, criterios para la imposición de condicionamientos, etc. Al respecto, el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 le impone a la autoridad la obligación de expedir unas guías de concentraciones.