

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-375 de
1997 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares, Concepto de posición dominante, Función social de la empresa, Destrucción de oportunidades laborales como acto ilegítimo de retaliación empresarial

Magistrados Ponentes

Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	NORMAS DEMANDADAS.....	3
3.	PROBLEMA JURÍDICO.....	5
4.	CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO.....	5
5.	DECISIÓN.....	11
6.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	11

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-375 DE 1997 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares, Concepto de posición dominante, Función social de la empresa, Destrucción de oportunidades laborales como acto ilegítimo de retaliación empresarial

Magistrado Ponente

Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

1. Introducción

El ciudadano **Marcelino Rodríguez Rojas** interpuso una acción constitucional de tutela contra TERPEL SUR S.A. -TERPEL.

La razón de su demanda se circunscribe a que el demandante adquiere la parafina en “bloques”, los cuales, según afirma, se facturan con un peso de 29.92 Kilogramos. Sin embargo, varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, razón por la cual acudió a la Inspección de Precios, Pesas y Medidas de Florencia. En diligencia practicada el 12 de marzo de 1997, dicha dependencia comprobó que los 23 bloques que se encontraban en la bodega del microempesario tenían un peso inferior a los 29.92 kilogramos. Tales hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. Y por su parte TERPEL dejó de vender el producto al demandante.

2. Normas demandadas

La controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo - parafina en bloques -, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos.

➤ Antecedentes y trámite de la acción constitucional

1. **Marcelino Rodríguez Rojas** constituyó una microempresa dedicada a la fabricación de velas, en el municipio de Florencia, Caquetá. La materia prima - parafina - es adquirida por el microempresario de Terpel Sur S.A. (en adelante TERPEL), la cual, para tal efecto, ha entregado al demandante un código de comprador.

2. Marcelino Rodríguez Rojas explica que adquiere la parafina en “bloques”, los cuales, según afirma, se facturan con un peso de 29.92 Kilogramos.

3. El demandante expone que varios bloques adquiridos a TERPEL tenían un peso inferior al indicado, razón por la cual acudió a la Inspección de Precios, Pesas y Medidas de Florencia. En diligencia practicada el 12 de marzo de 1997, dicha dependencia comprobó que los 23 bloques que se encontraban en la bodega del microempesario tenían un peso inferior a los 29.92 kilogramos. Tales hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.

4. El microempresario sostiene que a raíz de tales acciones TERPEL tomó la decisión de suspenderle la venta de parafina, lo cual le ha traído graves perjuicios, toda vez que es el único distribuidor del producto (tanto nacional como Chino) en la región. Hecho que lo motivó a interponer acción de tutela, buscando la protección de sus derechos a la igualdad y al trabajo.

5. El encargado de TERPEL en Florencia, en su versión ante el juez de instancia, asegura que es cierto que se adoptó la decisión de suspender la venta de parafina al demandante ya que “debido al procedimiento adoptado por él nos parece prudente esperar la resolución de la demanda que él mismo impuso, o sea la denuncia ante la Fiscalía”, a lo cual añade que le parecía “contradictorio que si cree que lo estamos robando, quiera continuar con sus compras”.

Indagado sobre la distribución de parafina, asegura que si bien es cierto que TERPEL distribuye importantes cantidades de parafina, que se transporta desde la ciudad de Neiva, no sabe si existen otros competidores con sede en Florencia, aunque ha tenido noticias de que la parafina es importada de otros centros de distribución como Girardot y Barrancabermeja.

6. El Juez Segundo Civil del Circuito de Florencia, en providencia del 21 de marzo de 1997, concedió la tutela como mecanismo provisional de protección de sus derechos a la igualdad, al trabajo y a la protección familiar. En su providencia, el juez ordena a TERPEL seguir suministrando la materia prima al microempresario y otorga al demandante un término de cuatro meses para interponer las acciones judiciales pertinentes.

Según el juez de la causa, el derecho al trabajo, en su dimensión patronal, está sujeto a protección estatal, en especial para garantizar la igualdad en la oferta y demanda cuando un distribuidor goza de exclusividad en una región. Por lo tanto, resulta contrario al principio de igualdad coartar el desarrollo industrial mediante la negativa a suministrar a un microempresario la materia prima necesaria para su actividad, como represalia por denunciar la posible comisión de un hecho ilícito, lo que incide negativamente en el

desarrollo del derecho al trabajo e impide la obtención de los recursos necesarios para la manutención de la familia.

En cuanto a la procedibilidad de la acción, el juez considera que los procedimientos administrativos y judiciales existentes no resultan efectivos, dada la urgencia que reviste en la situación concreta la protección de los derechos del demandante.

3. Problema Jurídico

El problema constitucional que debe resolver la Corte se relaciona con la posibilidad de conferirle a las normas de la Carta Política, en punto a las relaciones económicas de carácter privado, eficacia directa.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional señaló frente al caso que nos ocupa que en el ámbito del contrato, en principio, está librado a la regulación legal y a la autonomía de las partes. Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato.

Sin embargo, el actor y el juez de la causa, en este caso, estiman que la controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo - parafina en bloques -, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos.

Los datos que alimentan la conclusión del juez ofrecen el contexto particular en el que se ha desenvuelto la situación. El demandado en el mercado nacional tiene el carácter de grande empresa; en el mercado local - Florencia -, se presenta como distribuidor mayorista de parafina nacional e importada. La dependencia que con respecto a esta empresa tiene el pequeño empresario, parece ser total: es el proveedor de su único insumo y sólo con gran sacrificio suyo en términos de costo y esfuerzo, podría ser sustituido por otro. El mercado de la parafina a nivel nacional, seguramente no se encuentra concentrado en pocos agentes productores o distribuidores; empero, en el municipio mencionado, para empresarios de la dimensión y las condiciones del actor, la firma demandada despliega una fuerza notable, hasta el punto de que su abstención es capaz de definir su propia suerte. Por su parte, el demandante, en su doble papel de pequeño empresario y trabajador, se ocupa de una actividad comercial enteramente supeditada a la adquisición de una materia prima cuyo principal distribuidor es la empresa demandada. El margen de ganancia del actor, de otro lado, se encuentra en

función directa de la cantidad, calidad y precio de la parafina. Justamente, el reclamo sobre la cantidad real de parafina suministrada - avalado por la autoridad municipal de pesas y medidas -, que motivó su posterior denuncia penal contra los administradores de la sociedad demandada y que explica la renuencia de ésta a seguir vendiéndole el producto, pone de presente la importancia crucial que para aquél representa la conservación equitativa de la relación comercial con su único y principal proveedor. Sobre, finalmente, recordar que así como la minúscula empresa del actor depende de la sociedad demandada, también su familia y éste existencial y económicamente están vinculados a sus vicisitudes.

2. Los elementos del caso, llevan a la Corte a preguntarse si se define como un evento de abuso de la posición dominante que ejerce en el mercado local la empresa demandada, la conducta suya consistente en abstenerse de suministrarle un producto - que públicamente ofrece a todos - a un pequeño empresario para el que constituye su principal materia prima, sólo porque éste último denunció y comprobó ante las autoridades inexactitudes en su pesaje.

La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333).

Aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y coyunturas que, en un momento dado, no son ajenos a la entronización de un poder material de control. Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación. La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.

La ausencia de un desarrollo legal específico, obliga a la Corte a ilustrar los casos más notorios y universalmente reconocidos de abuso de la posición dominante, apelando a la cláusula 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la actual Unión Europea, y a la correspondiente elaboración jurisprudencial a que ha dado lugar, con el objeto de profundizar en esta noción constitucional y en sus implicaciones jurídicas.

La estipulación citada, de manera no taxativa, enuncia las siguientes conductas abusivas de la posición dominante: (1) imposición inequitativa de precios de compra o de venta o de otras condiciones contractuales, ya se haga de manera directa o indirecta; (2) limitación de la producción, de los mercados o de los desarrollos tecnológicos en perjuicio de los consumidores; (3) aplicación de condiciones distintas respecto de determinadas personas y transacciones, no obstante tratarse de negocios equivalentes, con grave detrimento de su posición competitiva; (4) Sujeción de la celebración de contratos a la adquisición de obligaciones adicionales no relacionadas con su objeto.

Entre otros desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, resulta oportuno hacer una breve referencia a ciertas prácticas constitutivas de abuso de la posición dominante, que concretan las prohibiciones generales ya esbozadas: (1) Inequitativa fijación de precios. Ya sea por ser excesivamente altos en relación con los costos de producción o, en el otro extremo, excesivamente bajos hasta el punto de eliminar a los competidores como consecuencia de tácticas predatorias; (2) Negativa a contratar. Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehusa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí; (3) Modificaciones estructurales de la empresa dominante. En algunos casos, las fusiones, adquisiciones y demás cambios estructurales que ocurran en la esfera o en el entorno de la empresa dominante, que conduzcan a potenciar aún más su posición de poder y a restringir de manera sustancial el margen restante de competencia todavía existente en el mercado, pueden estimarse como abusivos.

3. No cabe duda de que la sociedad demandada, en el mercado de la distribución masiva de parafina, tiene un apreciable poder de mercado. Pese a que la acotación geográfica y la identificación precisa del bien, ofrece la imagen de un mercado “relevante” para los efectos del análisis de la posición dominante - para lo cual, se reitera, no es indispensable plantear las relaciones en la esfera nacional -, la Corte Constitucional no posee los elementos de juicio suficientes para concluir que ella ejerce “una posición dominante”, la cual de otra parte no se establece desde el ángulo subjetivo de un participante en el mercado sino a partir del conjunto de situaciones que lo integran. Por lo demás, una calificación de ese género, en principio escapa a la jurisdicción constitucional y difícilmente puede adelantarse en el marco de un proceso de tutela. Añádase a lo anterior que la libertad de competencia y la libre competencia, son derechos que no tienen el carácter de fundamentales y que, por ende, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela.

4. No obstante lo anterior, la Corte debe estudiar si entre las dos partes se da una relación de indefensión, evento en el que sería procedente entablar la acción de tutela, la cual estaría llamada prosperar si se comprobare la violación de un derecho fundamental.

A juicio de la Corte, el actor se encuentra en relación con la sociedad demandada en una clara situación de indefensión material. Puede prescindirse del análisis de la posición dominante de la demandada en el mercado, pero ello no será óbice para advertir que en la concreta relación económica trabada entre el actor y aquélla se dan las notas de una manifiesta dependencia económica del primero hacia la última. En efecto, la ruptura del suministro ha colocado al pequeño empresario en una situación cercana a la clausura del negocio. Tal vez no pueda ser más ejemplificativo de una sujeción económica entre dos agentes, el hecho de que si uno de ellos deja de contratar con el otro, éste se verá abocado a salir del mercado en que opera. Los costos inherentes a un cambio de proveedor - que bien puede existir - o a la adquisición directa de un determinado producto, no pueden mirarse de manera general, sin tomar en consideración las dificultades que puede afrontar en concreto el pequeño empresario para quien asumir esta línea de conducta puede no solamente ser arduo sino imposible. La dependencia, de otro lado, es todavía más acusada, puesto que la parafina, cuyo suministro se ha suspendido, constituye el insumo esencial del proceso productivo que realiza el actor.

No parece que esta situación de dominio económico hubiese pasado desapercibida para la sociedad demandada. Por el contrario, la respuesta dada a las denuncias sobre defectos en el peso de los productos vendidos - cuya veracidad se sustentaba en las mismas certificaciones de las autoridades públicas competentes -, fue la suspensión del suministro, lo que no puede dejar de interpretarse como retaliación o presión para que cesase el actor en su empeño de exigir el cumplimiento de la mínima lealtad que el vendedor debe observar en sus tratos. Ni la retaliación ni la presión, se explican por sí solas; además de que la práctica comercial frecuente permite al vendedor conocer a su cliente, aquéllas parten de un conocimiento de las circunstancias propias de su actividad.

Frente a la injusta reacción del empresario que suministraba al actor el insumo esencial de su quehacer económico, en condiciones de oferta pública (C de Co., art. 848) - inesperadamente negadas para éste -, el último efectivamente carecía de medios jurídicos o materiales para neutralizar la abstención que colocaba a su pequeña empresa en trance de desaparecer. La alternativa, habría sido la de plegarse a las condiciones ilícitas de venta - pagando un precio por los bienes adquiridos que no correspondía a su peso anunciado - , configurándose de esta manera una situación de abyección aceptada por la víctima que entonces inútilmente se habría alzado contra ella. En realidad, la procedencia de la acción de tutela entre particulares tiene un sentido de liberación frente a las demostraciones de poderío y de supremacía de quienes ostentan posiciones de poder y las utilizan sin reparar en su función social o con el propósito velado o no de imponer arbitrariamente sus intereses.

5. Despejado el punto anterior, entra la Corte a establecer si la abstención a contratar, en el presente caso, revela un comportamiento que incide en la vulneración de un derecho fundamental del que sea titular el actor.

La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compite en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848).

Las normas y principios que en materia económica ha incorporado la Constitución Política, no permiten sostener que las hipótesis legales a las que se ha hecho alusión sean excepcionales. En primer lugar, al lado de la libertad económica, la Constitución le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social que implica obligaciones. Sin pretender sujetar a los agentes económicos a una dirección unitaria centralizada, se reconoce que su acción no solamente se justifica en términos del sujeto individual que ejercita legítimamente una determinada actividad, sino también de la economía en general. La satisfacción de necesidades de la comunidad se confía en un alto grado a las empresas, de las que depende el nivel de empleo y bienestar. De ahí que la empresa se exprese en una doble dimensión: como libertad y como función social. Por consiguiente, la legitimidad de una decisión empresarial, no puede juzgarse únicamente a través del prisma de su autonomía. A esta visión, forzosamente deberá adicionarse la consideración de sus consecuencias sociales y ecológicas. La libertad de empresa cede o debe conciliarse con los valores y principios constitucionales de rango superior. Es posible que en un caso concreto, la negativa de una empresa a contratar, por su absoluta falta de justicia, objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, no pueda ya ampararse en el margen amplísimo de discrecionalidad que al empresario garantiza la libertad de empresa, y ello sin duda se presenta cuando se vulneran de manera manifiesta, como se ha dicho, valores o principios constitucionales superiores a la libertad de empresa.

El mundo económico es un todo concatenado. La empresa que distribuye parafina, genera oportunidades y satisface necesidades de consumidores finales e intermedios. La pequeña empresa de producción de velas, en cierta medida responde a un desarrollo concreto que la empresa fabricante y distribuidora de parafina ha creado o propicia. Pero, también, la decisión de no vender al cliente que previamente se ha quejado de un acto desleal comprobado por las autoridades públicas, y que en razón de su necesidad se dispone a comprar el producto que requiere para alimentar su modesto proceso productivo en condiciones de igualdad, equivale a cercenar de manera deliberada e injusta oportunidades de desarrollo personal y social. La función social de la empresa puede no

darse por causas ajenas a la empresa. Sin embargo, cuando ello se produce por decisión consciente del empresario que tiene un control relativo sobre el mercado, a título de retaliación frente a un justo reclamo de un pequeño empresario que ha sido su cliente y que depende de él como fuente de suministros, es evidente que la frustración de la función social de la empresa, presupuesto de la libertad que lleva ese nombre, obedece a su propia voluntad y, por tanto, constituye una discriminación arbitraria que por serlo viola principios y valores superiores.

Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación. En esta sentencia se han expuesto los elementos que comprueban el aserto anterior. Basta señalar que en el caso del pequeño empresario, su posición no sólo resulta garantizada en el ordenamiento constitucional por el derecho a la libertad de empresa, sino también y fundamentalmente por el derecho al trabajo.

Entre los particulares el contenido de un derecho fundamental, no siempre se plantea en idénticos términos a los referidos en los casos en los que el Estado es el sujeto que perpetra la lesión. La doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, cuando ello es posible, debe proponerse mostrar cómo y en qué sentido el elemento fundamental de un derecho puede resultar específicamente vulnerado. El derecho al trabajo, tema que en esta ocasión se analiza, no tiene frente al Estado el carácter de derecho de aplicación inmediata (C.P., art. 85), ni incorpora en su núcleo esencial el poder individual de obtener un determinado empleo. No obstante, frente a otro particular - grande empresa -, el trabajador independiente que gestiona una microempresa, que constituye su única fuente de sustento, sí puede pretender que la misma no sea destruida a consecuencia de un acto arbitrario y deliberado del primero, que simplemente pretende acallar un legítimo reclamo sobre las condiciones justas que deben presidir las relaciones comerciales que ofrece al público, apelando a una abstención de trato sólo discernible como injusta retaliación.

Se observa que el tercero no está en la obligación de proveer un puesto de trabajo. Empero, poner término material a una oportunidad ya existente de trabajo, en las circunstancias expuestas, efectivamente lesiona el derecho de su titular. La pérdida de empleos, puede obedecer a variadas causas. No es posible afirmar que, entonces, los agentes a cuyas acciones u omisiones pueda objetivamente asociarse el fenómeno, habrán de responder jurídicamente ante quienes se ven privados de las oportunidades laborales que se extinguen. Sin embargo, la situación examinada no tiene una génesis socioeconómica de orden general. Aquí la pérdida del empleo - de la oportunidad de trabajo independiente protegida por la norma constitucional -, constituyó el objeto mismo de una decisión enderezada a ese propósito; además, ésta última se revela como una reacción desproporcionada e injusta frente a una actuación lícita del cliente de una grande empresa, vinculada a una función social que, igualmente, se ha sacrificado de manera manifiesta.

5. Decisión

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

- **CONFIRMAR** parcialmente la sentencia dictada por el Juez 2° del Circuito de Florencia, en el sentido de conceder a Marcelino Rodríguez Rojas la tutela definitiva de su derecho al trabajo. Por consiguiente, ordénase a TERPEL SUR S.A. poner término a la conducta asumida frente al demandante y, en consecuencia, continuar suministrándole parafina en los términos de su propia oferta pública.
- **ORDENAR** que por Secretaría General se comuniqué al Juzgado 2° Civil del Circuito de Florencia la presente Sentencia con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

6. Análisis y conclusiones

- Los litigios comerciales, por consiguiente, normalmente se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y a la luz de las fuentes pertinentes y más próximas, las que suelen coincidir con la ley y el contrato.

Sin embargo, el actor y el juez de la causa, en este caso, estiman que la controversia privada que enfrenta a un pequeño empresario, fabricante de velas, con una grande empresa que se niega a suministrarle la materia prima fundamental para su proceso productivo - parafina en bloques -, tiene directa relevancia constitucional, como quiera que la conducta de esta última se traduce para el primero en una afectación manifiesta de los derechos de igualdad, trabajo y protección de la familia, lesionados a causa de la paralización de la fuente exclusiva de sus ingresos.

- La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.
- Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333).

➤ El tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y coyunturas que, en un momento dado, no son ajenos a la entronización de un poder material de control. Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación. La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a partir de las coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios, calidades y demás características, intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.

➤ Respecto de la cláusula 86 del Tratado de Roma, enuncia las siguientes conductas abusivas de la posición dominante: (1) imposición inequitativa de precios de compra o de venta o de otras condiciones contractuales, ya se haga de manera directa o indirecta; (2) limitación de la producción, de los mercados o de los desarrollos tecnológicos en perjuicio de los consumidores; (3) aplicación de condiciones distintas respecto de determinadas personas y transacciones, no obstante tratarse de negocios equivalentes, con grave detrimento de su posición competitiva; (4) Sujeción de la celebración de contratos a la adquisición de obligaciones adicionales no relacionadas con su objeto.

Entre otros desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, resulta oportuno hacer una breve referencia a ciertas prácticas constitutivas de abuso de la posición dominante, que concretan las prohibiciones generales ya esbozadas: (1) Inequitativa fijación de precios. Ya sea por ser excesivamente altos en relación con los costos de producción o, en el otro extremo, excesivamente bajos hasta el punto de eliminar a los competidores como consecuencia de tácticas predatorias; (2) Negativa a contratar. Se configura cuando sin obrar un motivo objetivo y razonable, la empresa dominante rehusa suministrar el bien que produce a quien lo solicita, eliminando o restringiendo la competencia en dicho mercado o reservándolo para sí; (3) Modificaciones estructurales de la empresa dominante. En algunos casos, las fusiones, adquisiciones y demás cambios estructurales que ocurran en la esfera o en el entorno de la empresa dominante, que conduzcan a potenciar aún más su posición de poder y a restringir de manera sustancial el margen restante de competencia todavía existente en el mercado, pueden estimarse como abusivos.

➤ Entró también a establecer la Corte Constitucional si la abstención a contratar, en el presente caso, revela un comportamiento que incide en la vulneración de un derecho fundamental del que sea titular el actor.

La sociedad demandada opera bajo las reglas del derecho privado. En consecuencia, en ejercicio de la libertad contractual, inherente a la libertad de empresa, no se le puede adscribir a su cargo un deber general de contratar. De otro lado, la empresa que junto a otras compete en un mercado concurrencial, no está obligada a otorgar a sus clientes una igualdad de trato. La ley, sin embargo, en determinados casos impone la obligación de contratar. Baste a este respecto mencionar la situación de las personas que prestan servicios públicos o tienen un monopolio de hecho o de derecho, a quienes está vedado suspender el suministro a los consumidores que no estén en mora (C.P. art. 979), con lo cual se compensa a éstos la falta de auto-defensa derivada de la ausencia virtual de mercado. En el mismo sentido, se regula una obligación semejante en cabeza del transportador, desde luego siempre que lo permitan los medios ordinarios a su disposición y que se cumplan las condiciones normales y su régimen interno (C.de Co art. 989). Por su parte, la oferta que se hace al público mediante la exhibición de mercancías y la indicación de su precio, adquiere mientras ello ocurre, carácter obligatorio (C de Co., art. 848).