

C
I
E
N
C
I
A
S

Ju n i d i c i a s



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 5

2ª Edición

"CEDEC"

Centro de Estudios
de Derecho
de la Competencia

C a s

COLECCIÓN SEMINARIOS N° 5

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia

CEDEC



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

Facultad de Ciencias Jurídicas

1997

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas

Centro de Estudios de Derecho de la Competencia
CEDEC

Colección Seminarios N° 5

Emilio José Archila

Alfonso Miranda Talero

Gabriel Ibarra Pardo

Grupo Andino

1ª Edición 1996

2ª Edición 1997

ISBN Obra: 958-9176-32-1

ISBN Volumen: 958-9502-09-1

Decano Académico

Dr. Gustavo Zafra Roldán

Decano del Medio Universitario

P. Luis Fernando Alvarez Londoño, S.J.

Autoedición, fotomecánica e impresión

Fundación Cultural Javeriana

de Artes Gráficas —JAVEGRAF—

Teléfono: 288 77 15

Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia

© Derechos Reservados



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

SEMINARIOS 5

Ju

rí

di

2ª Edición

"CEDEC"

**Centro de Estudios
de Derecho
de la Competencia**

cas

ÍNDICE

Introducción	9
Antecedentes Constitucionales y Régimen de Prácticas Comerciales Restrictivas Emilio José Archila Peñalosa	11
Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado Alfonso Miranda Londoño	21
Criterios de Aplicación de las Normas de Competencia Emilio José Archila Peñalosa	75
Regímenes de Competencia y Políticas de Competencia en América Latina Gabriel Ibarra Pardo	83
Legislación de Promoción de la Competencia y Regulación Antidumping en Colombia Gabriel Ibarra Pardo	107
Diferencias entre el Estatuto Antidumping y el Decreto 2153 de 1992	123

INTRODUCCIÓN

El Centro de Estudios de Derecho a la Competencia «CEDEC» fue creado por iniciativa de varios académicos interesados en el tema, la cual fue amablemente acogida por parte de las directivas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, que se convirtió desde el inicio en su patrocinadora y anfitriona.

El objetivo del referido Centro es el estudio, investigación y difusión de los más variados temas relacionados con el Derecho de la Competencia, para desarrollar dicha actividad se han trazado los siguientes aspectos fundamentales:

1. Tertulias: El «CEDEC» ha venido realizando desde su inicio tertulias quincenales, en las cuales diferentes miembros del Centro han realizado exposiciones de un tema específico del Derecho de la Competencia, de las cuales se lleva memoria y se archivan los documentos presentados.

Hasta este momento se han realizado exposiciones sobre los siguientes temas: La Competencia en los mercados ampliados, el proyecto de la ley sobre Competencia Desleal, la Competencia en las telecomunicaciones, el Abuso de la posición dominante, las Cláusulas de Exclusividad, los Grupos de Interés Económico, y la Aplicación Extraterritorial del Derecho de la Competencia.

2. Foros y Especialización: El «CEDEC» aspira a que sus miembros, como estudiosos y expertos en el tema del Derecho de la Competencia, se vinculen a la organización de foros y especializaciones que incluyan aspectos afines a la materia en estudio.

Para tal efecto, en el pasado mes de septiembre, durante un Seminario Internacional sobre el Derecho de la Competencia organizado por la Facultad de Ciencia Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana junto con la Cámara de Comercio de Bogotá, participaron como conferencistas varios miembros del «CEDEC». En el mismo sentido, se ha creado un grupo conformado por varios miembros del «CEDEC», encargado de dirigir el módulo de Derecho de la Competencia en las especializaciones de Derecho Comercial, Derecho Económico y Derecho de las Comunicaciones de la Universidad Javeriana.

3. *Centro de Documentación:* El «CEDEC» aspira a formar el más completo centro de documentación sobre la materia, conformada por libros y revistas especializadas.

4. *Publicaciones:* Teniendo como base los documentos presentados dentro del «CEDEC», como los publicados por los miembros del referido Centro en ocasiones anteriores, se pretende dar a conocer las diferentes tendencias jurídico-ideológicas existentes sobre el Derecho de la Competencia en las diferentes actividades en que éste se puede ver involucrado.

La presente recopilación de documentos constituye la primera publicación que hace el «CEDEC» con el fin de cumplir así con uno de los aspectos fundamentales de la actividad para la cual fue creado. Así pues, se espera que sirva como un primer elemento de estudio del Derecho de la Competencia, materia que actualmente presenta suma importancia para la vida diaria, pero que desafortunadamente sólo hasta hace poco ha sido objeto de estudio y desarrollo jurídico, siendo necesario por ello continuar con la labor propuesta por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia.

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y RÉGIMEN DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

Revista de la Asociación Nacional de Industriales, Bogotá, 1994.

EL Decreto 2153 de 1992 se firmó al amparo del artículo 20 transitorio de la Constitución de 1991.

Entre otras áreas en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio se reestructuró, mediante ese decreto se adoptaron las medidas necesarias a fin de que sustancialmente y desde el punto de vista orgánico, el país cuente con una organización y legislación acorde con los nuevos parámetros de competencia.

En virtud de lo expresado por el Consejo de Estado al resolver la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los aspectos de competencia incluidos en dicho decreto, las facultades con que contaba el ejecutivo para reestructurar el Estado emanadas del artículo 20 transitorio, no tenían, desde el punto de vista sustancial, limitantes diferentes de las que le impuso la necesidad de adaptar las instituciones estatales a las modificaciones contenidas en la nueva carta política¹.

1 «En ese orden de ideas, el régimen especial que reguló en su momento la expedición de estos decretos estaba dado exclusivamente por los siguientes aspectos:

- a. Término para expedirlos, dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Constitución.
- b. Procedimiento previo: evaluación y recomendaciones de una comisión conformada por tres expertos en administración pública o derecho administrativo designados por

En ese orden de ideas, a fin de entender el verdadero alcance del reciente marco regulatorio de la actividad empresarial, en cuanto hace a prácticas comerciales restrictivas, es preciso tener presente el entendimiento que la constituyente dio a sus propias disposiciones.

El actual artículo 333 de la constitución de 1991, naturalmente es el resultado de un arduo y prolongado trabajo desarrollado al interior de la asamblea constituyente², cuyo resultado a la letra dice:

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. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. 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 determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

De la lectura de las consideraciones que se tuvieron en cuenta en el informe y las ponencias ante la constituyente, se desprenden algunos aspectos que dan sentido al nuevo enfoque. Veamos algunos:

1. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA COMPETENCIA

La constituyente consideró que, a diferencia de lo que había sucedido en 1886, pero en concordancia con la evolución posterior de esa constitución colombiana, los aspectos de manejo económico del país son materia de la ley de leyes y el constituyente no debe dejar la materia

el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios.

c. Objeto y contenido de los decretos: suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional». Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo del 7 de diciembre de 1993.

2 Dentro de los proyectos de acto reformativo Constitución Política de Colombia que trataron el tema están el 2, 7, 9, 59, 64, 103, 113, 119 y 128.

exclusivamente al desarrollo por el legislativo ordinario. En esas condiciones era propio incluir en la carta misma un mayor detalle en cuanto a los campos de acción del Estado en la economía e inclusive disposiciones sobre el sentido de ésta³.

De esa manera la incidencia del artículo 333 arriba transcrito no es meramente enunciativa, sino que, tal como lo veremos más adelante, luego de considerar múltiples propuestas en todos los sentidos y contentivas de iniciativas que denotan una gran variedad de ideologías, la constituyente se inclinó por un esquema particular de normatividad competitiva y adoptó una posición clara sobre el particular.

2. OBJETIVOS DE LA RENOVADA REDACCIÓN

La intención manifiesta de los constituyentes al redactar la norma que comentamos, puede resumirse en cuatro objetivos⁴: ampliar el ámbito de la libertad económica; perfeccionar los elementos de la economía de mercado; precisar la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía y del proceso de desarrollo; y, dotar al Estado de instrumentos eficaces para el logro de dichos propósitos.

3 « Los constituyentes de 1886 consideraron que los temas económicos no tenían suficiente importancia como para figurar en la constitución y eran, por tanto, más propios de la ley, no obstante lo cual consagraron normas tales como las relativas a la propiedad:

« La reforma de 1936 representó, sin duda, un vuelco fundamental a la vida institucional del país por cuanto introdujo concepciones como la función de intervenir en la producción, distribución y consumo de la riqueza, la bien conocida función social de la propiedad y el concepto de los deberes sociales del Estado»

« A partir de dicha reforma, el Estado no se limitó a supervigilar el desenvolvimiento de los hechos económicos o a promover o suplir eventualmente las fallas de la iniciativa privada, sino que se convirtió en sujeto activo promotor del aprovechamiento racional de los recursos disponibles.»

« Como es sabido, mediante la reforma constitucional de 1945, el Estado fue facultado para intervenir «por mandato de la ley» y no solamente «por medio de leyes» lo cual implica que la competencia para intervenir sigue siendo primitiva del legislador pero permite que el gobierno, en ejercicio de sus facultades reglamentarias pueda desarrollar los principios generales consagrados en la ley.»

« En reforma de 1968 el constituyente estimó necesario reconocerle un espacio propio a la libertad económica, en el inciso primero del artículo 32, bajo la forma de libertad de empresa e iniciativa privada.» Informe-ponencia para primer debate en plenaria Régimen Económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado; ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Argelino Garzón y Guillermo Guerrero, Gaceta Constitucional N°. 80, pág. 18.

4 Informe-ponencia para primer debate, antes citado. Gaceta Constitucional N°, 80, pág. 19.

a. Ampliar el ámbito de la libertad económica

A diferencia de la forma como aparecía en el artículo 32 de la Constitución anterior, que se refería a la garantía de libertad de empresa e iniciativa privada, el artículo que comentamos extendió ese régimen de independencia a todo el proceso de cualquier actividad económica.

La ampliación del espectro se puede ver en dos sentidos:

De un lado implica que todas las formas de propiedad están amparadas por la protección constitucional.

Al mismo tiempo, quiere decir que, sin importar la forma bajo la cual se desarrolle la actividad, quien la ejerza estará sometido a la responsabilidad connatural al bien común⁵.

La extensión de la garantía y la cobertura de la responsabilidad implícita en el desarrollo de actividades económicas, en cuanto hace a prácticas comerciales restrictivas, se reflejó en el Decreto 2153 de 1992, cuando para definir la jurisdicción de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia, la alinderó diciendo que esa entidad operará «en los mercados nacionales» y «respecto de todo aquél que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica»⁶

De otra parte, la mayor cobertura quiere decir que la protección del Estado no se limitará a dar seguridades para que la «iniciativa» no sufra interferencias, sino que todo el desarrollo del proceso económicamente relevante está al cuidado de las autoridades.

Por consiguiente, en los artículos 45 y siguientes del Decreto 2153 tantas veces citado, se tipificarán múltiples conductas como anticompetitivas aun cuando no se protagonicen en contra de un competidor ya existente, sino que tengan como objeto o efecto erigir barreras de entrada al mercado correspondiente y otras tantas que procuran con jurar los intentos de expulsar a los contrincantes de maneras no ortodoxas.

5 « Al referirse a la actividad económica de manera general, se reconoce el pluralismo en las formas de satisfacción de las necesidades humanas, sin privilegiar unas frente a otras por razón de su estructura específica o de su forma de propiedad. Así, el término cubre por igual a la empresa y a sus formas no organizadas de producción, a la iniciativa privada y a la solidaria y estatal ». Informe ponencia para primer debate antes citado, pág. 19.

6 Decreto 2153 de 1992 artículos 2 número 1 y 4 número 10.

b. Perfeccionar los elementos de la economía de mercado

Coherente con el momento histórico en el cual se adoptó el texto de la Constitución de 1991, los representantes populares incluyeron al país dentro de las naciones que confían que el progreso de sus pueblos depende del desenvolvimiento de la economía de mercado y el sistema capitalista.

Así, el constituyente de 1991 imaginó un trípode sobre el cual se cimentaría el sistema de mercado, constituido por tres aristas: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia⁷.

La función que le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, contemplada en el Decreto 2153 de 1992 está circunscrita proteger la libre competencia.

La libertad de competencia, pensó el constituyente, puede verse afectada por conductas de tres tipos. Podría estar afectada de limitaciones a la libertad, de deslealtad o injusticia.

Los tres elementos nocivos son interactuantes, de manera que frente a un comportamiento particular no siempre es claro que se trate de la esfera de uno u otro exclusivamente.⁸

Como se señalará más adelante, dentro del amplio espectro del derecho a competir, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa en lo que respecta a las prácticas restrictivas del comercio y la afectación de normas sobre promoción de la competencia.⁹

7 « La operación sana de un sistema de mercado y de una economía capitalista reposa sobre tres elementos esenciales, a saber: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia ». Informe-ponencia para primer debate en plenaria antes citado, pág. 19

8 Como es el caso de las conductas consideradas anticompetitivas consistentes en la creación de barreras a la entrada de competidores al respectivo mercado, que por supuesto implican al mismo tiempo una afrenta en contra de la libre iniciativa.

9 « La competencia como derecho elevado a norma constitucional en el artículo 333 de la carta fundamental de 1991, cuenta en nuestro país con distintos cuerpos normativos ideados para su protección. De esta manera, y para señalar sólo algunos, el Decreto 150 de 1993 contiene las disposiciones de que se pueden valer los empresarios colombianos para protegerse de las prácticas desleales internacionales; el Decreto 663 de 1992, las normas especiales respecto de algunas conductas desleales y anticompetitivas por parte de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, el título V del libro primero del Código de Comercio, lo referente a la competencia desleal y la Ley 155 de 1959, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 lo referente a la normatividad propia de la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas».

c. Precisar la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía y del proceso de desarrollo

La responsabilidad que le corresponde al Estado en este campo es activa, en cuanto implica la obligación de prevención y represión de las conductas y circunstancias que obstruyan la libertad de competencia en todos los mercados nacionales.

El derecho a competir económicamente en Colombia, que el Estado debe garantizar, no está vinculado a una actividad determinada, ni circunscrito a los competidores existentes en un momento determinado en un mercado específico.

Por el contrario, el derecho a competir se ideó como un derecho abstracto en favor «de todos» en cuanto nos veremos beneficiados por el adecuado funcionamiento de una economía capitalista y de mercado.

En efecto, las tres «enfermedades» que podrían atacar la competencia¹⁰, y por lo tanto afectar los beneficios que se derivan de la misma, no sólo tienen consecuencias perjudiciales para los particulares competidores de la entidad que no se comporta de acuerdo a lo apropiado, sino que, además, implica un detrimento para la colectividad en general¹¹.

Entendido en ese contexto general el derecho, resultan coherentes los propósitos que deberá buscar la Superintendencia de Industria y Comercio al ejercer las funciones que se le asignaron en relación con las prácticas comerciales restrictivas.

En efecto la actual legislación de competencia es una de las que se caracterizan como pro mercado y, por lo tanto, las disposiciones de acuerdos, actos y abusos de posición dominante, así como la normatividad sobre integraciones empresariales, están diseñadas para prevenir y contrarrestar distorsiones al normal desenvolvimiento de los componentes e integrantes de un mercado libre. El artículo 2 número 1 del Decreto 2153 de 1992 se dispuso que las normas se aplicarán por esa entidad en la intención de alcanzar «...las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores

10 Obstrucciones a la libertad de competir, deslealtad o injusticia, según el informe ponencia antes citado y el informe de ponencia suscrito por los mismos constituyentes publicados en la Gaceta Constitucional número 46.

11 «...cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad». Informe-ponencia para primer debate en plenaria antes citado, Gaceta Constitucional N° 80, pág. 19.

tengan libre acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios».

En segundo lugar, la legislación sobre competencia tal como quedó estructurada a partir de la Constitución de 1991 no es la indicada para resolver todas las inquietudes respecto de los intereses de los consumidores y la participación de todos en la actividad productiva.

De acuerdo con el modelo de legislación que se adoptó en nuestro país, el consumidor se verá beneficiado indirectamente de la existencia de competencia.

No obstante, proteger consumidores es objeto de otras disciplinas, específicamente de la aplicación del Decreto Ley 3466 de 1982 a través de la Delegatura para la Protección del Consumidor.

Del mismo modo al combinar esta corriente de pensamiento pro mercado en que se situó la constituyente colombiana con la expresa intención de incorporar el país en una economía mundial interdependiente, dotando a nuestros empresarios de las armas que requieren para poder competir exitosamente a nivel internacional, el tamaño no es de por sí un asunto que motive la actividad del Estado. Por el contrario, según nuestro sistema, una participación determinante implicará tan solo un deber de cuidado mayor para la empresa que llegue a detentar una posición dominante que le permita determinar las reglas del juego en el mercado de que se trate. «Ni tampoco, dijo la comisión encargada del informe-ponencia para primer debate en plenaria sobre Régimen Económico, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida *per se* sino cuando conlleve a abusos de la posición dominante en el mercado»¹².

12 Muy significativo a este respecto es que la redacción final del artículo 333 de la Carta Política haya omitido expresiones tales como la que propuso el constituyente Lloreda Caicedo, en atención a la cual las autoridades intervendrían a fin de «...evitar la concentración de capital y toda práctica que obstruya o restrinja la libre competencia», lo cual fundamentó diciendo que «para precisar el alcance de la función del Estado en la regulación de la economía, se determinarán los fines de la intervención a la luz de los criterios rectores: racionalizar y democratizar la economía». Y, más adelante «...para que el país se beneficie de la libre competencia no es suficiente que las autoridades se abstengan de regular la vida de los negocios; es indispensable que eviten la formación de monopolios...» El subrayado es mío. Proyecto de acto reformatorio de la Constitución Política de Colombia No. 64, Gaceta Constitucional 23, págs. 3 y 4.

d. Dotar al Estado de instrumentos eficaces para el logro de sus propósitos comunes

La competencia no es extraña al esquema de participación conjunto de las autoridades y los particulares en el logro de los propósitos de la nación. Por el contrario, siguiendo esa misma filosofía de colaboración y responsabilidades, se le asignó a cada quien un papel que jugar.

Para los propósitos ilustrativos de esta nota, los instrumentos con que cuentan los particulares y el Estado para proteger el derecho a competir, pueden agruparse de dos maneras. Pueden agruparse primero atendiendo la naturaleza de la actuación, y entonces aparecen la acción indemnizatoria individual, la indemnizatoria popular o colectiva y la actuación administrativa. Pueden también dividirse en atención a la característica de la afectación y en ese caso hablaremos de conductas injustas, de competencia desleal y de prácticas comerciales restrictivas.

Desde la óptica de la naturaleza de la acción protectora, un acto anticompetitivo podría dar origen a que se activen mecanismos protectores de tres naturalezas distintas.

Podría en efecto, generarse la obligación de indemnizar los perjuicios causados directamente a los competidores individuales afectados; podría originarse una acción popular tendiente a que a la colectividad le sea resarcido el perjuicio inferido a su bien común¹³ y, por último el infractor estaría expuesto a las sanciones y medidas correctivas que administrativamente adoptara el Estado por conducto de sus agentes.

La responsabilidad de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra es de naturaleza administrativa. Como organismo encargado de la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esa entidad tramita las investigaciones por presuntas contravenciones a dicho régimen, estando expresamente facultada para, en adición a la imposición de sanciones de tipo pecuniario, adoptar las medidas carteleras y definitivas que sean necesarias para erradicar la práctica que se descubra contraria a la competencia.

13 Al decir que el derecho que analizamos corresponde a todos, el legislador originario entendió que las conductas que afectan el libre desenvolvimiento de los agentes económicos puede tener repercusiones nefastas para muchos, caso en el cual se podrá acudir a la acción popular para solicitar la indemnización de perjuicios que pudiera corresponder. Ver informe-ponencia para primer debate en plenaria antes citado, pág. 19.

Esa responsabilidad de la Superintendencia, con todo, no es absoluta en este sentido, sino que está limitada a los mercados nacionales y será excluida en la medida que a otra entidad se le confiera jurisdicción especial para investigar y sancionar las conductas contrarias a la competencia de que hemos venido tratando, tal como sucede respecto de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

En el otro extremo, en atención al carácter de la afectación a la competencia, tendríamos los comportamientos que implican una forma injusta de competir, los de competencia desleal y aquellos anticompetitivos.

Si una forma de competir es o no justa, es un asunto que sólo la justicia ordinaria, de acuerdo con los parámetros comunes de conducta en la comunidad, debe determinar frente a cada caso particular para de ser el caso, adoptar la decisión que corresponda y ordenar el resarcimiento a que haya lugar.

En cuanto hace a conductas anticompetitivas y conductas de competencia desleal, la diferenciación no es fácil. Para los efectos de esta nota, considero suficiente que recordemos que los actos de competencia desleal son los que se contienen en el artículo 75 del estatuto mercantil, cuya comisión genera para el perjudicado la posibilidad de acudir a la rama jurisdiccional, a fin de que por parte de los jueces de la República se ordene la indemnización de perjuicios que hubiera sufrido y se adopten, de ser el caso, las medidas previsivas contempladas en la misma codificación, mientras que las prácticas comerciales restrictivas están señaladas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones que las complementan.

Específicamente sobre el último campo señalado, diré que a fin de que nuestro Estado cuente con herramientas para contrarrestar las prácticas comerciales restrictivas, en desarrollo de la constitución de 1991, por medio del decreto de reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio, se tomaron acciones en dos sentidos. Por un lado se organizó una repartición administrativa con la responsabilidad de generar acciones en este campo al crearse la Delegatura para la Promoción de la Competencia. En la otra arista, se indicaron de manera nítida las conductas consideradas restrictivas de la competencia.

De esta manera la Superintendencia de Industria y Comercio, por conducto de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, tiene a su cargo aplicar la normatividad sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contenida en la Ley 155 de 1959 y el mismo Decreto 2153.

En el campo sustantivo, y en adición a lo anteriormente expuesto respecto de la inclusión de todos los sectores y todos los contrincantes en el ring de la competencia, con el Decreto 2153 se solucionó la ambigüedad que, en parte, fue responsable de que las normas de la «ley antimonopolios» no se hubieran aplicado. Ciertamente, en ese decreto de reestructuración se describieron las conductas ilegales. El decreto establece entonces tres clases de conductas reprochables: Primero, los acuerdos contrarios a la libre competencia; segundo, los actos contrarios a la libre competencia; y tercero, los abusos de posición dominante.¹⁴

De la paciente lectura de los artículos 44 y siguientes del Decreto 2153 de 1992, en los cuales se describen las conductas antes señaladas, surgirá para los empresarios la posibilidad de hacer valer sus derechos con el concurso de la Superintendencia de Industria y Comercio y, dado el caso, desmontar por iniciativa propia las prácticas que antes podían ser comunes, pero que ahora se reconocen en su verdadera naturaleza como contrarias a la competencia.

14 De acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o como efecto:

1. La fijación directa o indirecta de precios.
2. Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
3. La repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
4. La asignación de cuotas de producción o suministro.
5. La asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
6. La limitación a los desarrollos técnicos.
7. Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones que por su naturaleza o constituyan el objeto del negocio.
8. Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción, y,
9. La colusión en las licitaciones o concursos, la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o la fijación de términos en las propuestas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 se consideran contrarias 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 rebajarlos, y,
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.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se consideran abusos de la posición dominante:

“ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE: PERSPECTIVAS DE APLICACIÓN EN COLOMBIA A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO”¹⁵

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO¹⁶

*Revista Universitas N° 85, Pontificia Universidad Javeriana,
Facultad de Ciencias Jurídicas, noviembre de 1993*

1. INTRODUCCIÓN

PARA que la economía de mercado pueda funcionar de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razona-

-
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 éstos.
 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. Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio.
 4. La venta de 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, y,
 5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que ese 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.

15 Ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada Titulado “ACTUALIZACIÓN SOBRE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA E INTEGRACIONES ECONÓMICAS”, celebrado entre los días 26 y 28 de octubre de 1993 en la Universidad de Los Andes, organizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Universidad de Los Andes.

16 Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de Los Andes. Master en Derecho Económico comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidades Javeriana y de Los Andes. Consultor Privado.

bles, ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada (art. 58 C.P.), la libertad de empresa y la iniciativa privada (art. 333 C.P.), la libertad para escoger profesión u oficio (art. 26 C.P.), la libertad de asociación, (art. 38 C.P.) y de manera principal, la libertad de competencia económica (art. 333 C.P.).

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

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

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

Por otro lado, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen “conductas patológicas”, que surgen de manera espontánea sin que las Leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas, y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio. Como bien se sabe, la existencia de este tipo de conductas fue lo que impulsó a Marx a vaticinar la autodestrucción del capitalismo como sistema económico, conclusión que parecía inevitable desde su punto de vista,

toda vez que Marx no le asignaba al derecho la capacidad de modificar las conductas económicas, ni de cambiar el curso de la historia a través de la aplicación pacífica de las normas jurídicas, y de la transformación institucional¹⁷.

Estas conductas que hemos llamado patológicas, deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del artículo 333 de la Constitución de 1991, contempla normas tales como las siguientes: a) Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992)¹⁸; b) Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el decreto 3466 de 1982); c) Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el decreto N° 150 de 1993) y d) Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio)¹⁹.

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

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

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

19 Debe considerarse que con la expedición del Código de Comercio (decreto n° 410 de 1971), quedaron derogadas todas las normas sobre competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959. Adicionalmente cursa en el Congreso el Proyecto de Ley N° 83 de 1992 sobre Competencia Desleal, cuyo autor es el honorable Representante Armando Estrada Villa.

comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarlos de parte de su mercado.

El presente estudio se propone analizar a la luz del derecho comparado, el fenómeno del abuso de la posición dominante en el mercado y el tratamiento que a dicho fenómeno le da la moderna legislación sobre derecho de la competencia, contenida en el decreto 2153 de 1992.

La problemática del abuso de la posición dominante en el mercado se encuentra íntimamente ligada en Colombia, a la constante histórica de la concentración de la propiedad y por consiguiente de los mercados. La concentración de los mercados es considerada en aquellos países que nos han precedido en el desarrollo y análisis del derecho de la competencia, como un factor importante en la formación de empresas con posición dominante en el mercado, que eventualmente pueden incurrir en abusos de dicha posición y generar importantes desigualdades de tipo económico y social, con gran perjuicio para la estabilidad económica, social y política del país²⁰.

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

20 A este respecto ha dicho el doctor Hernando Agudelo Villa que *"En Colombia imperan cuatro tipos de desigualdad: desigualdad del ingreso entre el sector de colombianos que tienen empleo y la creciente masa de personas total o parcialmente desempleadas; la desigualdad de ingresos entre la población campesina y la urbana; la desigualdad de ingresos entre las diferentes regiones del país; la desigualdad de riqueza y de poder social entre la gran mayoría de la población colombiana y la mínima formada por los grupos de altas rentas."*

"La acción de los monopolios a través del mecanismo de los precios, por medio de los procedimientos descritos, está agudizando la inequidad en la distribución del ingreso y empeorando las condiciones de desigualdad de la sociedad colombiana. Y por ello, para conseguir el objetivo de combatir tales desequilibrios, es indispensable controlar las tendencias y prácticas monopolísticas y el alto grado de concentración del poder personal que está cerrando las oportunidades de acceso a la dirección económica a importantes sectores de profesionales y técnicos" Agudelo Villa, Hernando. "Obras Selectas. Tomo II - Ideas Económicas". Cámara de Representantes. Págs. 10 y s.s.

Es así como desde la expedición de la nueva Constitución, el Gobierno Nacional demostró una gran preocupación por la materia, la cual se manifestó en la formación de comisiones, que con el apoyo de expertos extranjeros contribuyeron a la elaboración del articulado que bajo el liderazgo de la Superintendencia de Industria y Comercio, se convertiría en el decreto 2153 de 1992, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confirió el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política, con el fin de modernizar las instituciones y adecuarlas a la nueva Constitución.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Debido a la proliferación de normas sobre el derecho de la Competencia que últimamente se ha presentado en Colombia, resulta útil hacer una breve descripción e inventario de las mismas, antes de avocar el tema central de este estudio.

2.1. NORMAS SOBRE LA COMPETENCIA ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

2.1.1. Normas de Carácter Nacional

Bajo el régimen de la Constitución de 1886, el fundamento para la expedición de una Ley antimonopolios provenía fundamentalmente del artículo 32 de la Carta, que ponía en cabeza del Estado la dirección general de la economía, así como la posibilidad de intervenir en la misma en determinadas circunstancias y para ciertos fines. De esta manera, aunque no existía una referencia expresa en la Constitución al Derecho de la Competencia, jamás se cuestionó la exequibilidad de estas Leyes²¹.

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

Fue con base en el artículo 32 de la Constitución de 1886, que se expidió la Ley 155 de 1959, cuyo ponente fue el doctor Hernando Agudelo Villa, permanente impulsor del tema desde ese entonces²². La Ley 155 de 1959 fue reformada en primera instancia por el Decreto Extraordinario 3.307 de 1963, y reglamentada por el decreto 1302 de 1964. Otra norma que complementó el tratamiento del tema de las prácticas restrictivas de la competencia, desde el punto de vista de las inhabilidades e incompatibilidades de los directores y gerentes de las empresas, fue la Ley 16 de 1936, reformada por la Ley 5ª de 1945.

A pesar de que en general se ha reconocido que la Ley 155 de 1959 responde a criterios técnicos que eventualmente hubieran permitido su aplicación con el objeto de controlar las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos en que han incurrido los monopolios, lo cierto es que las autoridades competent²³ no la aplicaron ni generaron jamás la conciencia de su existencia entre los comerciantes. En relación con las razones por las cuales la Ley 155 de 1959 no fue nunca aplicada de manera consistente hay varias teorías, pero considero que fueron cuatro (4) los elementos determinantes de dicha situación:

- La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país.
- La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas.
- La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requirieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica.

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

23 Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas sobre la competencia comercial, han sido sucesivamente el Ministerio de Fomento (Ley 55 de 1959); la Superintendencia de Regulación Económica (decreto 3307 de 1963); la Superintendencia de Sociedades (decreto 2562 de 1968); y por último la Superintendencia de Industria y Comercio (Decreto 149 de 1976).

- Por último han señalado los estudiosos del tema, un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del párrafo del artículo 1º de la Ley 55 de 1959, por medio del artículo 1º del decreto 1302 de 1964. En efecto, como se recordará, aunque el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 contiene un postulado general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia al estilo de la § 1 de la Ley Sherman o del artículo 85 del Tratado de Roma, el párrafo de dicho artículo establece la posibilidad de establecer excepciones a la prohibición general. El artículo 1º de la Ley dice lo siguiente:

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

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. (El subrayado es mío).

Posteriormente al desarrollar el párrafo transcrito, el artículo 1º del decreto 1302 de 1964 dijo lo siguiente:

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

- a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana,
- b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros. (El subrayado es mío).

Como se puede observar, el artículo 1° del decreto 1302 de 1964 incorporó dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual se hacía virtualmente inoperante la ley de la competencia²⁴.

No se dictaron otras normas sobre prácticas restrictivas de la competencia hasta la expedición del Código de Comercio en 1971, el cual estableció en su artículo 202, una nueva regla de incompatibilidades para ejercer cargos directivos en más de cinco (5) juntas directivas de sociedades por acciones²⁵.

24 En relación con los motivos por los cuales la Ley 155 de 1959 no fue aplicada adecuadamente, ha dicho la doctora Claudia Orozco lo siguiente: "En conclusión, la Ley 155 ha sido una norma sin eficacia, lo cual puede explicarse por cuatro razones:

- Ausencia de una política económica que propenda por una economía de mercado.
- Carencia de una norma que determine claramente conductas permitidas y prohibidas.
- Falta de procedimientos y competencias que permitan desarrollar una labor de investigación eficaz necesaria para implementar la Ley.
- Falta de una institución con una dotación de recursos físicos y humanos adecuados". Orozco, Claudia, "Marco Legal para la Promoción de la Competencia en derecho comparado y en Colombia". Revista "Planeación & Desarrollo". Volumen XXIV N° 2, mayo-agosto de 1993. "Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico".

25 Algunos estudiosos consideran inclusive que el Código de Comercio, al regular la totalidad de la materia comercial como lo establece en su 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 día 24 de mayo de 1989, en el cual, con ponencia del magistrado Jaime Paredes Tamayo, se reconoce, si bien con un cierto grado de confusión, la existencia y diferencias entre el régimen de las prácticas restrictivas contenido en la Ley 155 de 1959, y el de la competencia desleal contenido en el Código de Comercio. En su parte relevante el concepto del Consejo de Estado dice lo siguiente: "El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de las prácticas de competencia desleal.

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

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

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

2.1.2 Normas de Carácter Supranacional

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

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

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

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

En diciembre de 1987, la Comisión expidió la Decisión 230, que sustituye la Decisión 45 y que recoge en buena medida las recomendaciones de la Propuesta 168, presentada por la Junta como consecuencia de la voluntad de los Países Miembros en el sentido de perfeccionar los mecanismos de la Decisión 45, expresada durante las deliberaciones del Protocolo de Quito.

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

El mayor problema que los estudiosos le han asignado a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, es su carácter *ex-post* que va en contravía con la moderna concepción *ex-ante*²⁶ de las normas sobre promoción de la competencia en el mundo²⁷.

2.2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA

La nueva Constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del Estado para protegerla²⁸. A pesar

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

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

28 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:

de lo anterior hubiera 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 hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado.

Lo que 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 como, 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 resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre «Libertad Económica y Competencia», hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

- El artículo 57 de la Constitución dice que «La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas». (El subrayado es mío).

- El inciso tercero del artículo 58 establece que «El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad». (El subrayado es mío).

- El artículo 60 dice que «El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria». (El subrayado es mío).

- El artículo 64 de la Constitución dice que «Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra, la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa,.....». (El subrayado es mío).

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

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

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

«Artículo 1.. Libertad Económica y Competencia:

«.....»

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

«.....»

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

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

2.2.3. Posteriormente, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado «Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado», presentado por los mismos Constituyentes que ya se nombraron, y publicado en la

Gaceta Constitucional número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (páginas 18 y s.s.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

«Artículo 1. Libertad Económica y Competencia:...»

«.....»

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

«.....»

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

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

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

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

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

«La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades».

«.....»

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

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

2.2.6. Para concluir este punto, es posible afirmar que la intención del Constituyente y el contenido del artículo 333 de la Constitución, en lo que hace al control de las prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en consonancia con las corrientes actuales del Derecho Antimonopolístico, cuyo talante se resume de la siguiente manera: «En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes per se (es más los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas»²⁹.

2.3. ÚLTIMOS DESARROLLOS NORMATIVOS

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional se empeñó, como quedó consignado en la introducción del presente documento, en desarrollar los principios constitucionales relacionados con la garantía del derecho a la libre

²⁹ *Op. Cit.* Miranda Londoño, Alfonso. Pág. 55.

competencia y la consecuencial prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la Competencia.

La más importante expresión de este esfuerzo normativo, lo constituye sin lugar a dudas la expedición del decreto 2153 de 1992, el cual como ya se dijo, entra a conformar con la Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo más importante del país en materia de Derecho de la Competencia, razón por la cual se le dedica un acápite separado.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se enumeran los más importantes desarrollos normativos posteriores a la expedición de la Constitución Política de 1991 en esta materia, con excepción del decreto 2153, que por su importancia será tratado en el punto 2.4.

2.3.1. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Es así como al aprobar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, decreto 1730 de 1991 el Gobierno incluyó las normas sobre competencia que se habían expresado desde la Ley 45 de 1990, atribuyendo la aplicación de dichas normas para el sistema financiero a la Superintendencia Bancaria. En la última reforma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenida en el decreto 663 de 1993, se introducen algunas modificaciones al capítulo sobre competencia, se añaden normas relativas a la competencia en el sector asegurador y se mantiene la aplicación de estas normas en cabeza de la Superintendencia Bancaria.

2.3.2. Normas Sobre Telecomunicaciones

El decreto 1794 de 1991, por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 1900 de 1990 y se expiden normas sobre los Servicios de Valor Agregado y Telemáticos, contiene un capítulo sobre garantías a la libre competencia en la prestación de este tipo de servicios.

El decreto 2122 de 1992, por medio del cual el Presidente de la República reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, con base en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política crea por medio de su artículo 2º, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, con el fin de *«regular y promover la competencia para que las operaciones sean*

económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad»³⁰.

El decreto 741 de 1993, reglamentario del servicio público de telefonía móvil celular, se refiere en su artículo 55 a la «prohibición de prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia»³¹.

La capacidad para imponer sanciones y correctivos en el evento de que se atente contra la libre competencia en el sector de las telecomunicaciones corresponde de conformidad con el numeral 7º del artículo 1º del decreto 2122 de 1992, al Ministerio de Comunicaciones, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras autoridades. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace evidente que la aplicación de las normas sobre la competencia en el sector de las telecomunicaciones depende tanto del Ministerio de Comunicaciones, como de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.4. NUEVO ESTATUTO SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Con base en las facultades que el artículo transitorio 20 de la Constitución Política le otorgara al Gobierno para suprimir, fusionar o

30 Los numerales 1º y 2º del artículo 4º del decreto 2122 de 1992, establecen las siguientes funciones para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

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

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

«2. Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.»

31 Además de remitirse a los contenidos de la Ley 155 de 1959 y del decreto 2153 de 1992, el artículo 55 del decreto 741 establece en forma bastante antitécnica, una prohibición específica para los concesionarios del servicio de telefonía celular. El artículo dice lo siguiente:

«Artículo 55.- Prohibición de las prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia.»

«El concesionario del servicio de telefonía móvil celular en ningún caso podrá incurrir en prácticas que afecten la libre competencia en el mercado en los términos de la Ley 155 de 1959 y del decreto autónomo 2153 de 1992.»

«Queda prohibido al concesionario la realización de actos, convenios, acuerdos o combinaciones que tengan por objeto constituir ventaja exclusiva indebida a su favor o de otras personas, o que tiendan al monopolio de mercados complementarios a los servicios otorgados en concesión.»

reestructurar las entidades de la rama ejecutiva, «con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional...», el Presidente de la República expidió dentro del paquete de decretos destinados a modernizar las instituciones, el decreto 2153 de 1992, «Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones».

El decreto 2153 de 1992 está compuesto de dos partes plenamente diferenciables:

- Del artículo 1 al 43 y del 53 al 59, el decreto reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, estableciendo claramente sus funciones y creando dos nuevas instituciones que indudablemente tendrán gran repercusión sobre el desarrollo del Derecho de la Competencia; hablo naturalmente de la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia (arts. 11 y 12), y del Consejo Asesor para la Promoción de la Competencia (art. 24).
- El capítulo V, titulado «Disposiciones Complementarias», que va del art. 44 al 52 del decreto, contiene la nueva legislación de la competencia, estableciendo importantes definiciones (art. 45); una prohibición general que remite a la Ley 155 de 1959 (art. 46); prohibición a los acuerdos contrarios a la libre competencia (art. 47); prohibición a los actos contrarios a la libre competencia (art. 48); prohibición a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado (art. 50); normas relativas a la autorización estatal necesaria para la integración de empresas (art. 51); y procedimiento para la aplicación de las normas sobre competencia (art. 52).

Ahora bien, no es el objeto del presente documento analizar en forma detallada el contenido del decreto 2153 de 1992, (salvo naturalmente, en lo relativo al abuso de la posición dominante), sin embargo es imprescindible referirse a algunos aspectos de orden constitucional, sobre la técnica legislativa utilizada para expedir el decreto, los cuales tienen incidencia en la aplicación de las normas y por lo tanto en el tema que nos ocupa. En este sentido se hace necesario explorar los aspectos jurídicos que a continuación se exponen, los cuales han sido materia de debate académico y últimamente judicial:

2.4.1. Naturaleza Jurídica del decreto 2153 de 1992

Es necesario aclarar en primer lugar, que el decreto 2153 de 1992 es en general una norma bien definida desde el punto de vista técnico, que consulta las modernas tendencias legislativas en esta materia. Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con la técnica legislativa utilizada para expedirlo, aunque debo admitir que al utilizar (a mi juicio en forma equivocada) las facultades del artículo transitorio 20 de la Constitución Política, el Gobierno logró adelantar la puesta en vigencia de la nueva legislación, arriesgando un gran desorden normativo y conceptual en el evento de que el Consejo de Estado declare la inexecutable del decreto.

En efecto, resulta evidente que el artículo transitorio 20 de la Constitución confiere facultades al Gobierno Nacional para suprimir, fusionar o reestructurar entidades de la rama ejecutiva, pero no para dictar normas sobre aquellas materias de derecho sustancial, cuya aplicación corresponde a las entidades suprimidas fusionadas o reestructuradas³². Con este mismo criterio se hubieran podido volver a expedir la mayor parte de los códigos de la Nación; por ejemplo, se hubiera podido modificar todo el libro de las sociedades del Código de Comercio, al reestructurar la Superintendencia de Sociedades, o se hubiera podido expedir un nuevo régimen de cambios al suprimir la Superintendencia del ramo, etc.³³.

Sobre el punto de la naturaleza jurídica, el decreto 2153 envía mensajes mezclados, ya que en su encabezamiento manifiesta que el Presidente actúa en «*ejercicio de las atribuciones constitucionales, en especial de las que le confiere el artículo transitorio 20 de la Constitución Política...*». Esta frase hace surgir importantes dudas: ¿además de la atribución contenida en el artículo 20 transitorio de la Constitución, utilizó el Presidente alguna otra para expedir el decreto? Si ello fue así,

32 Al respecto dice el doctor Jesús Vallejo Mejía, en la demanda de nulidad de varios de los artículos del decreto 2153, presentada ante el Consejo de Estado este año, que «*Es claro que ninguna de las atribuciones de suprimir, fusionar o reestructurar entidades conlleva la de legislar sobre distintos tópicos, introduciendo innovaciones al derecho objetivo, tales como funciones no previstas por leyes anteriores para las entidades públicas, o reglas de conducta para particulares, tampoco contenidas en la legislación preexistente*». (El subrayado es del texto).

33 Consideraciones y ejemplos muy similares a los aquí expuestos utiliza el doctor Jesús Vallejo Mejía, en la demanda de nulidad de varios de los artículos del decreto 2153, presentada ante el Consejo de Estado este año. Pág. 5.

¿cuál fue? ¿La facultad reglamentaria ordinaria de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, o las facultades extraordinarias y/o legislativas de que tratan los artículos 212, 213, 215, 341 y el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución? Algunas personas han llegado hasta a sugerir (en mi opinión sin razón), que el decreto 2153 de 1992 tiene una naturaleza dual, ya que la primera parte del decreto (la restructuración de la Superintendencia) se dictó con base en el artículo 20 transitorio, mientras que la segunda parte (las normas sobre competencia) se dictó con base en la facultad reglamentaria ordinaria.

Al parecer sin embargo, la opinión del Gobierno a este respecto, es que existe una estrecha vinculación entre el Capítulo V del decreto (las normas sobre competencia) y el resto de la norma, vinculación que hace en teoría imposible cumplir las funciones que el decreto le asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio y sus distintas dependencias, si no fuera por las herramientas conceptuales contenidas en las normas sustanciales sobre competencia del Capítulo V, y que garantiza (también en teoría) la constitucionalidad de dichas normas. Por esta razón el artículo 44 del Decreto establece que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará aplicando las normas sobre la competencia, y el encabezado de la mayoría de los artículos del Capítulo V, contenido de prohibiciones específicas sobre acuerdos o actos contrarios a la libre competencia, etc., establece que *«Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto...»*.

2.4.2. La Demanda de Nulidad

Teniendo en cuenta lo dicho en el punto anterior, no resulta extraño que el decreto fuera demandado ante el Consejo de Estado, lo cual hizo el doctor Jesús Mejía Vallejo con base en la acción que a todo ciudadano le confieren el numeral 6° del artículo 40 de la Constitución Política y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. El proceso se encuentra en este momento para sentencia en el Consejo de Estado.

La alegada disconformidad del decreto 2153 de 1992 con la Constitución Política no podía ser conocida por la Corte Constitucional, debido a que su competencia es restrictiva como lo establece claramente el artículo 241 de la Constitución, al decir que *«A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo»*. (El

subrayado es mío). De otra parte, la competencia del Consejo de Estado en materia de análisis constitucional, es residual como lo dispone el numeral 2º del artículo 237 de la Constitución, cuando establece como función del Consejo de Estado la de «*Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*». (El subrayado es mío).

2.4.3. Derogatoria de Normas

Tal vez la mayor dificultad que introduce el decreto 2153 de 1992 es el de la determinación de la legislación vigente en la actualidad. En efecto, no cabe duda que una norma de la categoría del decreto que se comenta tiene, mientras no sea declarada su nulidad, capacidad jurídica para derogar de manera expresa o *tácita* la legislación preexistente. En cuanto a las derogatorias expresas, son de poca importancia y se encuentran relacionadas claramente en los artículos 53 y 59. Pero las derogatorias tácitas son de difícil localización e interpretación, y solamente pueden ser apropiadamente identificadas y acotadas de manera lenta, en el proceso de aplicación de la norma.

Desde el punto de vista formal el decreto parece comportarse como un desarrollo de la Ley 155 de 1959, sin intentar derogarlo en forma tácita. En ese sentido se pueden citar numerosas referencias:

- El artículo 44 del decreto que se refiere al ámbito funcional, reitera que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas «*consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias*».
- El artículo 46 del decreto, contentivo de la prohibición general contra las prácticas comerciales restrictivas, manifiesta que «*En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito*».
- El artículo 51 del decreto, referente a la integración de empresas, manifiesta que el Superintendente de Industria y Comercio no puede objetar los casos de integraciones de empresas que le sean

informados «en los términos del artículo 4º de la Ley 155 de 1959, cuando los interesados demuestren...».

A pesar de lo anterior, se encuentran a simple vista, numerosas discrepancias entre el espíritu y la letra de la Ley 155 de 1959 y el tenor del decreto 2153 de 1992. Como ya lo había manifestado antes, la intención del presente escrito no es la de analizar en forma detallada el decreto, sin embargo, a título de simple ejemplo, resulta interesante observar la disparidad existente entre el artículo 9º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 3º del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

El artículo 9º de la Ley 155 de 1959 dice lo siguiente:

«Artículo 9.- Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal».

Este artículo incorpora a la legislación colombiana y declara legal, la aplicación de una práctica vertical de tipo unilateral, denominada por la jurisprudencia de los Estados Unidos, negativa unilateral a contratar «*unilateral refusal to deal*»³⁴, aceptada en ese país desde la famosa decisión de Los Estados Unidos vs. Colgate & Co. 250. U.S. 300 (1919). En este caso, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos le permitió a Colgate negarse de manera unilateral a contratar con un distribuidor que insistía en vender sus productos a precios diferentes de los previamente indicados por la compañía³⁵.

En contraste con la norma de la Ley 155 de 1959, el numeral 3º del artículo 48 del decreto 2153 de 1992 establece lo siguiente:

«Artículo 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:

«.....».

34 Para un tratamiento detallado sobre las restricciones verticales a la libre competencia en el derecho norteamericano, puede consultarse a Miranda Londoño Alfonso». Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». Revista de Derecho Privado N° 11. diciembre de 1992. Págs. 148 a 152.

35 Para una discusión más profunda sobre el artículo 9º de la Ley 155 de 1959, puede consultarse a Miranda Londoño Alfonso. *Op. Cit.* Págs. 65 y 66.

«3. Negarse a vender o prestar a una empresa o discriminar contra la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios».

Pues bien, como se puede observar, los criterios de las dos normas trascritas, son absolutamente disímiles. Por un lado tenemos la Ley 155 que califica de competencia desleal cualquier acto que atente contra el «*resale price maintenance*» de un producto, por parte de mayoristas o minoristas; y por el otro lado tenemos el decreto 2153 que califica como acto contrario a la libre competencia, el «*unilateral refusal to deal*» de la empresa que se ve afectada por el acto de competencia desleal, la cual tendrá que seguir vendiéndole su mercancía al infractor, quedándole como único remedio el dirigirse a la Superintendencia de Industria y Comercio para que tome las medidas del caso.

Así como éste se observan otros casos, tales como la disparidad de criterios entre el artículo 4º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 51 del decreto 2153 de 1992; o la disparidad entre el artículo 2º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 5º del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, los cuales serán comentadas más adelante.

3. LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN COLOMBIA

Es evidente que en Colombia existe un acentuado problema de concentración económica que se concreta en la concentración de la riqueza, la concentración del ingreso, de la propiedad accionaria³⁶ y de la participación de las empresas en los mercados.

36 Perea Carrasco, Camilo Ernesto. «Construcción de una medida de la concentración de la propiedad accionaria en Colombia. Boletín de la Comisión Nacional de Valores de 1989. Págs. 3-51. En el mencionado estudio que fue presentado como tesis de grado por su autor, se hace un pormenorizado y técnico análisis acerca de la dificultad para desarrollar una medida confiable de la concentración de la propiedad accionaria, y se formulan algunas recomendaciones para el efecto. El autor concluye que de acuerdo con su estudio, que solamente agrupa una pequeña muestra compuesta por 33 empresas, la concentración de la propiedad accionaria en las sociedades anónimas viene a ser de 0.54, lo cual no es tan alto como se pensaba. Sin embargo el mismo autor establece en la página 37 de su estudio que el promedio de los coeficientes de Gini rangos absolutos es de 0.8367108 mientras que el promedio de los índices de desviación del perfecto diez principales es 0.536312. «Esto puede explicar parcialmente la conclusión a que han llegado la mayoría de los autores y analistas de que en Colombia la concentración de la propiedad es muy alta, aún sin hacer los análisis de cruces de información (ver Informe Supersociedades año 82)».

3.1. LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO

Un fenómeno jurídico-económico que contribuye a la concentración económica que se percibe hoy en nuestro país, es el de los Grupos de Interés Económico, cuya formación y evolución se ha producido por diversas causas, entre las cuales se cuenta sin lugar a dudas, la ausencia de un marco jurídico adecuado para regular sus actividades y proteger a los accionistas minoritarios, a los consumidores y a los competidores en el mercado³⁷.

Una de las razones por las cuales los Grupos de Interés Económico han ido extendiéndose a diversas actividades de la economía nacional, es la falta de interés del público en la propiedad de las acciones de las sociedades. En efecto, los pequeños inversionistas dejaron de recurrir a las acciones de sociedades para efectos de colocar sus excedentes de liquidez, debido a la pérdida de rentabilidad de las acciones, al compararlas con los altos intereses que ofrece aún hoy el mercado monetario³⁸.

Tampoco puede descartarse la explicación sobre el origen y expansión de los grupos de interés económico, como consecuencia prácticamente obligada de la forma en que el Estado fue estructurando a través de los años el régimen de inversiones forzosas y voluntarias de las instituciones financieras y de éstas en las empresas del sector real de la economía. El análisis pormenorizado de este argumento escapa al objeto del presente documento, a pesar de lo cual resulta ilustrativo citar al doctor Darío Laguado Monsalve, quien al respecto concluye que *«Actualmente, como consecuencia de la estrategia trazada por las reglas jurídicas que vienen expidiéndose desde 1957, las compañías de seguros de vida y las compañías de seguros generales tienen como destino legal el convertirse en matrices de entidades del sector finan-*

37 Puede encontrarse un interesante estudio sobre la tipología y los aspectos legales de los grupos en el artículo del doctor Darío Laguado Monsalve titulado «Los Grupos de Interés Económico», publicado en la «Revista de Derecho Económico» N° 2. Págs. 101 a 132.

38 Con el objeto de contrarrestar este fenómeno, el legislador dictó la Ley 27 de 1990, que recoge una importante propuesta relacionada con la protección de los intereses económicos de los accionistas minoritarios en las sociedades y crea una categoría de acciones con derecho preferencial a recibir dividendos, pero sin derecho a voto. Este es el reconocimiento de que en las grandes sociedades los accionistas minoritarios no tienen realmente una vocación de control, pero sí el interés en recibir un rendimiento por su inversión. Con esta medida se pretende incentivar la participación de los pequeños inversionistas en las sociedades, con el objeto de cambiar el esquema de financiación de la actividad productiva, la cual debe basarse más en la expansión del capital, que en el endeudamiento.

ciero y fundamentalmente en propietarias de hasta el 20% de las acciones de bancos comerciales [...] Esos bancos, por causa de lo dispuesto en 1960 y en 1972, a su turno pueden convertirse en matrices de corporaciones financieras y de corporaciones de ahorro y vivienda, con lo cual resultan siendo filiales de las compañías de seguros a la vez que matrices con respecto a corporaciones financieras y a las empresas manufactureras agropecuarias y mineras en que tales corporaciones participen. Pero es más: el grupo financiero no solamente tiene la posibilidad de participar como líder de grupos industriales sino que está obligado a ello...»³⁹.

La pérdida de interés en las acciones de las sociedades como alternativa de inversión, se debió entre otros fenómenos a la doble tributación de las sociedades que fue eliminada por medio de la Ley 75 de 1986. El sistema de la doble tributación sobre las utilidades en cabeza de la sociedad primero y del socio después al repartir el dividendo, tuvo el efecto de desestimular la financiación de la actividad productiva a través de la capitalización de las empresas y de incentivar el apalancamiento externo o endeudamiento de las mismas, efecto que se dio especialmente desde la segunda mitad de la década de los 70, época en la cual la bonanza cafetera trajo un gran incremento en la liquidez.

Así mismo la deducibilidad del componente inflacionario de los intereses del impuesto a la renta, la cual fue en buena hora eliminada parcialmente por la Ley 75 de 1986, era un factor que estimulaba el endeudamiento de las empresas. El problema del endeudamiento excesivo de las empresas del sector real de la economía se hizo evidente poco antes de la crisis financiera de 1982, cuando las empresas del sector real empezaron a ser absorbidas o desplumadas por las del sector financiero. En relación con la eliminación del componente inflacionario de los intereses dijo el señor ministro de Hacienda de la época, doctor César Gaviria Trujillo en la exposición de motivos del proyecto de ley que se convertiría en Ley 75 de 1986, lo siguiente: *«La reforma propone eliminar el componente inflacionario de los intereses en un lapso de 10 años, de tal forma que se encauce la actividad empresarial hacia el fortalecimiento de las empresas y hacia la reactivación del Mercado de Capitales, sin causar los traumatismos que generaría una eliminación inmediata dado el alto nivel de endeudamiento que hoy*

39 Laguado Monsalve, Darío. «Los Grupos de Interés Económico». Revista de Derecho Económico N° 2. Págs. 112-117.

presentan las empresas colombianas. El Gobierno considera que un lapso de 10 años es suficiente para que se produzca un cambio en la composición de las fuentes de financiamiento de las empresas, que redundará en beneficios para la economía en su conjunto»⁴⁰.

Lo anterior ha hecho que las acciones de las sociedades sean demandadas o apetecidas solamente como mecanismo para obtener el control, factor que produce otro tipo de rendimientos relacionados con el poder, la capacidad de asignar o dirigir los contratos, y de extraer ganancias de las empresas. Este fenómeno ha sido denominado el «desplume» de las empresas⁴¹.

3.2. LAS TOMAS DE CONTROL

Pero la concentración en la propiedad de las empresas y la formación de los grupos de interés económico, se traduce en la concentración de la participación de las empresas en los mercados, fenómeno que es indicativo de la posición dominante en los mismos. Por esta razón las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia regulan y establecen restricciones a las fusiones, consolidaciones o integraciones y en general a las tomas de control de las empresas, ya que a través de estas operaciones jurídico-económicas, se produce la concentración de los mercados⁴².

40 Anales del Congreso del día 23 de octubre de 1986.

41 Al respecto puede consultarse a Echavarría Olózaga, Hernán. «El Escándalo de los Fondos Grancolombiano y Bolivariano en el Gobierno del Doctor Turbay Ayala». Págs. 37-55. Así mismo puede verse el artículo de Hommes, Rudolf, titulado «Revisión de Algunos Aspectos de la Concentración en Colombia». Revista «Desarrollo y Sociedad» N° 9. Septiembre de 1982. Pág. 57 y s.s.

42 Uno de los principales problemas que se presentaron en Colombia con las Tomas de Control en la época anterior a la crisis del sistema financiero ocurrida en 1982, fue el relacionado con la financiación de dichas adquisiciones y tomas de control de empresas. En efecto, en muchos casos se utilizó el dinero que el público había depositado en las instituciones financieras para efectos de realizar una adquisición corporativa. Por este motivo se expidió el decreto 2388 de 1976, con el objeto de prohibir la utilización de los dineros provenientes del ahorro privado para tomar el control de las empresas. En relación con este tema puede consultarse a Restrepo Salazar, Juan Camilo. «La orientación de la legislación colombiana sobre financiamiento de las Tomas de Control de Empresas». Comisión Nacional de Valores. Sociedad Anónima y Reforma Financiera. Pág 73.

Las principales normas a este respecto están contenidas en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 51 del decreto 2153 de 1992. El artículo 4° de la Ley 155 de 1959 dice lo siguiente:

«Artículo 4.- Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancías o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20'000.000,00), o más, estarán obligados a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse, o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración».

«Parágrafo 1.- El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, si tiende a producir una restricción a la libre competencia»⁴³.

«Parágrafo 2.- Si pasados treinta (30) días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla».

«Parágrafo 3.- El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados, y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal».

Por otra parte, el artículo 51 del decreto 2351 de 1992 hace remisión expresa a la norma citada de la Ley 155 de 1959, pero invierte la carga de la prueba sobre la inconveniencia de las fusiones consolidaciones o integraciones, como se verá enseguida. El artículo 51 del decreto 2153 de 1992 dice lo siguiente:

«Artículo 51.- Integración de Empresas. El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado». (El subrayado es mío).

43 Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 del decreto 2153 de 1992 suprimió las funciones que la Ley 155 de 1959 le había asignado al CONPES y las que el decreto 1302 de 1964 le había asignado al Departamento Administrativo de Planeación.

Como se puede observar, en la Ley 155 de 1959 la carga de la prueba sobre los efectos anticompetitivos de una fusión o integración dependía del Estado, el cual tenía en primer lugar que producir un informe sobre las características de la integración, y en segundo lugar debía objetarla si lo encontraba procedente, dentro de los 30 días siguientes a la producción de dicho informe. En el evento de que la integración no fuera objetada en el plazo establecido en la norma, operaba el silencio administrativo positivo y la integración se podía realizar. Para efectos del análisis de las características anticompetitivas de la integración, el artículo 5° del decreto 1302 de 1964 establece una presunción de hecho sobre los eventos en que se considera que una integración puede producir restricciones a la libre competencia⁴⁴.

Por otra parte, en el decreto 2153 de 1992 se dice que la Superintendencia no puede objetar dichas integraciones, cuando los particulares demuestren sus bondades competitivas, lo que contradice la orientación de la Ley 155 de 1959, si bien resulta lógico teniendo en cuenta la derogatoria que hizo el decreto 2153 de 1992, de las funciones del CONPES y del DNP, como ya se comentó.

3.3. EL GRADO DE CONCENTRACIÓN EN LOS MERCADOS COLOMBIANOS

En relación con la medición de la concentración de los mercados en Colombia, es necesario citar el recientemente publicado estudio de los doctores Guillermo Bonilla y Horacio Osorio, en el cual se llega a las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

44 El texto del artículo 5° del decreto 1302 de 1964 es el siguiente:

Artículo 5.- Para los efectos del párrafo 1° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, se presume que una concentración jurídico económica tienda a producir indebida restricción de la libre competencia:

a) Cuando ha sido precedida de convenios privados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;

b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores.

Parágrafo.- Al tenor de lo dispuesto en el artículo 4° de la misma ley, entiéndese por activos, individual o conjuntamente considerados, los activos brutos de las empresas que pretendan fusionarse o integrarse».

«La actividad industrial en Colombia se desenvuelve en un marco de poca competencia, ya que las cuatro primeras empresas de las estructuras de mercado que se identifican como no competitivas originan el 45.3% de la producción industrial y se localizan en el 77.5% de las ramas industriales. El nivel del índice de la concentración media de la industria es aproximadamente del 66.0%. Los índices de concentración no han experimentado cambios fundamentales en el período 1974-1978».

«La presencia de poder de mercado en la mayoría de las ramas industriales también se verifica en la percepción de la mayoría (54%) de los entrevistados, quienes reconocieron estar expuestos a prácticas que, desarrolladas por una empresa o un grupo de empresas, afectan el suministro y/o los precios de sus principales materias primas»⁴⁵.

Las conclusiones del estudio que estamos comentando nos muestran un panorama de alta concentración en los mercados, que constituye un problema endémico en nuestra economía, con el que los gobiernos han luchado inútilmente. Y es que el sistema jurídico colombiano permite la intervención en la economía desde la reforma constitucional de 1936, pero al mismo tiempo reconoce una serie de derechos y libertades que enmarcan a nuestro país dentro de la denominada economía de mercado.

3.4. LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN LA CONSTITUCIÓN

No puede dejar de mencionarse en relación con este tema, que la Constitución Política reafirmó en su artículo 58 la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos de conformidad con la ley. Así mismo la Constitución trata de promover la democratización de la riqueza, pero jamás utilizando mecanismos de venta forzada a los particulares o despojando a los que detentan la riqueza (salvo los casos especiales de expropiación previstos en la propia Constitución), sino actuando por la vía del estímulo a las clases económicamente más débiles, como se puede ver en los siguientes ejemplos:

45 Bonilla, Guillermo y Osorio, Horacio. «Estructura de Mercado y Prácticas Comerciales en los Sectores Industrial, Minero-Energético y de Servicios Públicos en Colombia». Revista «Planeación & Desarrollo». Volumen XXIV N° 2. mayo-agosto de 1993. «Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico». Pág 254 y s.s.

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

Como se puede observar, la Constitución habla de «establecer los estímulos y los medios», de «proteger» y de «promover», lo cual indica que el Estado debe tratar de generar más riqueza y de procurar que todas las personas tengan igualdad de oportunidades para acceder a ella. Difícilmente los artículos constitucionales que atrás se citan pueden interpretarse en el sentido de que se debe despojar a algunos de sus propiedades o de parte de ellas, para que todos los competidores sean iguales. En efecto, las normas constitucionales que hemos citado, interpretadas en concordancia con los artículos contenidos en el Capítulo I del Título XII de la Carta sobre libertad de empresa, iniciativa privada y competencia, nos indican que la igualdad matemática de los competidores en el mercado ciertamente no garantiza la eficiencia del mismo ni el mayor bienestar de los consumidores; en resumen, que se debe proteger a la competencia antes que a los competidores.

4. LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

4.1. ASPECTOS GENERALES

Es importante tener en cuenta que aunque las cifras sobre la concentración de los mercados, de la propiedad accionaria y de la riqueza en general son preocupantes en nuestro país, el objetivo de las normas modernas sobre promoción de la competencia no es el de democratizar la propiedad de los medios de producción ni la riqueza en general; ni siquiera se considera en la actualidad que los monopolios sean dañinos *per se*, ni que el Estado se deba dedicar a perseguir o destruir a las grandes empresas. En este sentido bien vale la pena recordar lo dicho en el punto 2.2. de este documento en relación con la evolución que sufrió el artículo 333 de la Constitución Política en los distintos debates de la Asamblea Nacional Constituyente, y considerar lo establecido en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 2153 de 1992, según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia, con el fin de *«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»*⁴⁶.

La verdad es que si bien la concentración de la propiedad y de la riqueza constituyen importantes factores de perturbación social, política y económica, la concepción de la Constitución Política es la de promover pero no imponer la democratización de la propiedad⁴⁷; garan-

46 Escapa al objetivo de este documento el análisis detallado del bien o bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la Competencia. Sin embargo, para una discusión pormenorizada sobre la evolución histórica de los aspectos teleológicos de estas normas, pueden consultarse mis dos artículos anteriores: «El Derecho de la Competencia en Colombia». *Op. Cit.* Págs. 55 y 56; y «Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Págs. 134 a 137.

47 A este respecto vale la pena recordar cómo el proceso de democratización de la propiedad accionaria en el sector financiero, consagrado por el artículo 28 del decreto 2920 de 1982, como consecuencia de lo que se llamó «el fantasma de la crisis financiera», fue sucesivamente retardado o prorrogado por los decretos 3227/82, 3159/84 y 365/87; y finalmente fue definitivamente abandonado con la adopción del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, decreto 1730 y concordantes de 1991. El fracaso de este programa de democratización

tizar la igualdad de oportunidades para acceder a la propiedad de los medios de producción y a las actividades económicas lucrativas y prohibir y castigar los abusos y las prácticas desleales o restrictivas de la competencia en los mercados⁴⁸.

accionaria en un servicio público de la importancia de la intermediación financiera, indica claramente que la democratización forzosa no es la respuesta a la desconcentración de la economía. Lo que se debe promover son las condiciones de mercado y los estímulos necesarios para que personas distintas entren a competir.

- 48 Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el doctor Hernando Agudelo Villa preparó junto con la Sociedad Económica de Amigos del País, un importante proyecto de ley titulado «Estatuto sobre Democratización de la Economía», el cual fue publicado en el número 16 de la Revista de Derecho Económico (Ediciones Librería del Profesional. Pags. 44 a 91).

De todos los proyectos que se han preparado en los últimos años, incluyendo aquellos cuya elaboración contrató el Gobierno con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el que se comenta es sin lugar a dudas el más amplio y comprensivo. En efecto, el articulado propuesto contiene además de los temas clásicos de una ley antimonopolios, un capítulo dedicado a los grupos económicos y el control de sociedades; y otros dos dedicados a la democratización de la propiedad accionaria y al control de precios. Los capítulos básicos del proyecto de ley, que ya se encontraban cubiertos por la legislación preexistente, se refieren a la prohibición de concentrar cargos directivos en las sociedades, al control de las prácticas restrictivas de la libre competencia y a la fusión de empresas.

El último capítulo del proyecto, está dedicado a la creación del Consejo Nacional de Defensa de la Competencia, que sería la nueva entidad administrativa a cargo de la aplicación de las políticas antimonopolísticas. Esta figura ha sido utilizada, al parecer con buen éxito en España, en donde fue incorporada por la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16 de 1989. En realidad, la preocupación central del Proyecto, como se deduce claramente de su título, no es el control de las prácticas restrictivas en general, o del abuso de la posición dominante en el mercado en particular, sino la concentración de la propiedad accionaria y del poder económico. En este sentido, el proyecto concatena habilmente los diversos temas que se relacionan con el fenómeno de la concentración económica, a efectos de lograr la democratización de la economía colombiana en forma rápida y drástica, a través de la reglamentación o prohibición de los grupos de interés económico, el control externo de las sociedades y las prácticas restrictivas de la competencia; pero fundamentalmente, imponiendo un severo programa selectivo de democratización de la propiedad accionaria.

La Propuesta del doctor Agudelo Villa no es propiamente un proyecto de ley sobre protección de la competencia, sino un intento por reducir el tamaño y la influencia de los grupos de interés económico, forzándolos inclusive a vender su participación en cierto tipo de empresas a través de una especie de expropiación en favor de otros particulares, que no tiene un fundamento constitucional claro.

4.2. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COLOMBIANO

El concepto de posición dominante en el mercado se encuentra definido por el numeral 5° del artículo 45 del decreto 2153 que dice textualmente lo siguiente:

«Artículo 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 contradice abiertamente el criterio expresado en el artículo 2° de la Ley 155 de 1959, el cual seguramente 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 2° de la Ley 155 de 1959 por su parte dice lo siguiente:

«Artículo 2. 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. (El subrayado es mío).

Como se observa, la Ley 155 de 1959, define la posición dominante de una empresa en el mercado, fundamentalmente por su participación en el mismo⁴⁹. Este criterio ha evolucionado notablemente en los

⁴⁹ Para efectos de determinar la posición de dominio que una empresa pueda tener en el mercado, el artículo 2° del decreto 1302 de 1964 faculta al Superintendente para pedir informaciones detalladas. El mencionado artículo establece lo siguiente:

«Artículo 2. 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;

últimos años, y la redacción del artículo 45 del decreto 2.153 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 relevante⁵⁰ sea escasa, a pesar de lo cual dicha empresa tenga una posición de dominio, debido a que controle elementos vitales para el mismo, que pueda utilizar como barreras para impedir el ingreso de competidores al mercado, tales como patentes, suministro de materias primas, recursos financieros, tecnología, etc. Así mismo puede suceder que una empresa

- 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;
- 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 la 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».

⁵⁰ Usualmente se considera que el mercado relevante es el mercado más pequeño en el cual la elasticidad de la oferta y la demanda son tan bajas que le permite a una empresa con el 100% de participación en dicho mercado, reducir la producción y aumentar el precio en forma sustancial.

que tiene una gran participación en el mercado, carezca de posición de dominio en el mismo.

4.3. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COMPARADO

El criterio de la legislación colombiana ya expresado, está en consonancia con la evolución de la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, como se verá a continuación:

4.3.1. *El Concepto sobre Posición Dominante en la C.E.E.*

El artículo 86 del tratado de Roma prohíbe las conductas que constituyan un abuso de la posición dominante. El criterio sobre posición dominante en el mercado fue definido por la Corte de las Comunidades Europeas desde 1978, en el caso de *United Brands v. EC Commission*. La Corte dijo en esta oportunidad, que la posición dominante en el mercado es «una posición de fortaleza económica de que disfruta una empresa, que le permite prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante, dándole a dicha empresa el poder para conducirse en gran medida, con independencia de sus competidores, clientes y en últimas, de sus consumidores»⁵¹. Este criterio ha sido confirmado posteriormente en varias oportunidades: *Hoffman-La Roche v. EC Commission* ('Vitaminsí') [1979]; *Michelin v. EC Commission* [1983]; *CBEM-Telemarketing S.A. v. Compaigne Luxemburgoise de Telediffusion (CLT) and Information Publicité Benelux S.A. (IFB)* [1985]⁵².

Aunque la anterior definición se refiere a la posición dominante de una empresa vendedora, resulta claro que el artículo 86 del Tratado de Roma puede ser aplicado a la conducta de un comprador monopsónico. Así mismo, la norma se puede aplicar a un conjunto de empresas que abusen de su posición de dominio a través de un cartel.

51 Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. «Competition Law of the E.E.C.». Second Edition. C.C.H Editions Limited, 1990. Pág. 67.

52 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 67.

La definición propuesta en el caso de *United Brands*, nos indica también que la Corte no inferirá posición de dominio en relación con una empresa con poco poder de mercado, ya que para que ello suceda se requiere que la empresa pueda «conducirse en gran medida, con independencia de sus competidores, clientes y en últimas, de sus consumidores». Así mismo, la Corte ha establecido que la posición de dominio debe ser ejercida por la empresa acusada en todos los segmentos del mercado relevante⁵³.

Los criterios para medir el poder de mercado, o en los términos utilizados por la Corte, la «posición de fortaleza económica», son los siguientes⁵⁴:

- *Participación en el Mercado*: Aunque este criterio no es determinante, sí es importante, ya que una gran participación en el mercado es el mejor indicativo de que una empresa tiene poder en el mismo. Sin embargo, la Corte ha estado dispuesta a considerar situaciones de abuso de la posición dominante por parte de empresas con baja participación en el mercado, considerando de manera muy estricta otra serie de factores (como las barreras para la entrada de otras empresas al mercado y aspectos relativos al desempeño de la empresa bajo escrutinio) que demuestren que a pesar de su baja participación, la empresa en cuestión ejerce un gran poder sobre las condiciones del mercado.

En general puede decirse que casi seguramente la Corte no inferirá posición dominante por parte de una empresa que tenga una participación en el mercado inferior al 10%; sin embargo, de acuerdo con la Comisión de las Comunidades Europeas, no se puede descartar que exista posición de dominio por parte de una empresa que ostente una participación en el mercado de entre el 20% y el 40%.

Adicionalmente, la Comisión ha demostrado su inclinación a definir los mercados de manera sumamente estrecha, de tal manera que la participación de la empresa bajo escrutinio en el merca-

53 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 68.

54 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 70 y s.s. La clasificación y explicación de los factores determinantes de la posición dominante en el mercado, así como las referencias a los casos relevantes han sido tomados directamente de la obra citada.

do relevante definido tiende a ser mucho más grande que en el mercado genérico. Así sucedió en el caso de *General Motors Continental v. EC Commission*, en el cual el mercado relevante no fue el mercado automotriz en general, sino el mercado de la expedición de certificados de conformidad en conexión con la aprobación de tipos de vehículos. Mientras que en el mercado general se encontró que la participación de la General Motors era relativamente insignificante, en el mercado relevante anteriormente definido, se encontró que la General Motors era prácticamente un monopolista.

- *Dependencia*: La Comisión ha sostenido que cuando existe una situación de escasez en un mercado, como la que ocurrió en los Países Bajos durante la crisis del petróleo, y los consumidores se encuentran en una situación de *dependencia* en relación con sus tradicionales proveedores, debe considerarse que dichos proveedores tienen una posición dominante en el mercado, en relación con sus consumidores.
- *Factores Estructurales*: Cuando la participación en el mercado de la empresa bajo escrutinio no es lo suficientemente grande como para inferir de manera inmediata su posición dominante en el mercado, tanto la Corte como la Comisión han entrado a considerar otros factores relacionados con la estructura del mercado, tales como los siguientes
 - Una fuerte integración vertical en el mercado (*United Brands v. EC Commission* y *Eurofix Bauco v. Hilti*).
 - Un estricto control de calidad sobre el producto (*United Brands v. EC Commission*).
 - Ventajas tecnológicas sobre los competidores (*Hoffman-La Roche v. EC Commission* 'vitaminsí ; *Michelin v. EC Commission* ; *Eurofix Bauco v. Hilti*).
 - Que exista una marca del producto de gran reputación debido a la implementación de campañas de publicidad en gran escala (*United Brands v. EC Commission*; *BBI/Boosey & Hawkes: Interim measures*).
 - Una red de distribuidores altamente desarrollada (*Hoffman-La Roche v. EC Commission* 'vitaminsí ; *Michelin v. EC Commission*).
 - Ausencia de potenciales competidores (*United Brands v. EC Commission* ; *Hoffman-La Roche v. EC Commission* 'vitaminsí ; *Ahmed Saeed Flugreisen & Anor v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*).

- Una amplia gama de productos que satisfacen las mismas necesidades (*Michelin v. EC Commission*).
- Madurez del mercado (*Eurofix Bauco v. Hilti*).
- Recursos tecnológicos y financieros a disposición de la empresa bajo escrutinio (*BPB Industries PLC*).
- *Desempeño*: Adicionalmente a los factores estructurales mencionados, tanto la Comisión como la Corte han entrado en ocasiones a discutir el desempeño o la conducta de la empresa bajo escrutinio en el mercado. En efecto, en el caso de *United Brands v. EC Commission*, la Corte desestimó las alegaciones de United Brands, en el sentido de que las pérdidas que la compañía había sufrido entre 1971 y 1976, eran incompatibles con el señalamiento de posición dominante que le hacía la Corte.

Por su parte, la Corte puso de presente que el poder de mercado de una empresa no se mide por su rentabilidad. La existencia de márgenes reducidos de ganancias y hasta la ocurrencia de pérdidas por un tiempo limitado, no son incompatibles con una posición de dominio; así como la existencia de ganancias sostenidas no es incompatible con una situación de competencia. Precisamente una empresa dominante puede decidir incurrir en pérdidas durante un período de tiempo determinado, con el objeto de preservar su posición en el mercado.

- *Efectos en el Comercio entre los Países Miembros*: Tanto el artículo 85 como el 86 del Tratado de Roma tienen aplicación en la medida en que las conductas allí descritas tengan la capacidad para afectar el comercio entre los Estados Miembros. Este requisito está diseñado con el objeto de determinar el campo de aplicación del Tratado, frente a las leyes internas de los Estados Miembros^{55 56}.

⁵⁵ Este criterio no fue totalmente acogido al expedir la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, ya que de conformidad con su artículo 2º, se requiere que en todo caso, por lo menos una empresa que desarrolle su actividad en un país miembro, se encuentre vinculada a la práctica restrictiva, para que se aplique la legislación subregional.

⁵⁶ *Consten and Grundig v. EC Commission* [1966]. Citado por *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 43.

En este sentido la Comisión ha considerado que la norma se aplica siempre que la práctica o conducta tenga la capacidad de afectar el comercio entre los Estados Miembros, independientemente de que la práctica se realice dentro o fuera del territorio de la Comunidad Europea (*Dyestuffs*).

4.3.2. *El Concepto sobre Posición Dominante en U.S.A.*

La formación del concepto de posición dominante en los Estados Unidos de Norteamérica parte de las prohibiciones contenidas en la § 2 de la Ley Sherman sobre monopolización e intento de monopolización⁵⁷.

Puede decirse a este respecto que la evolución del concepto de posición dominante en el mercado ha variado junto con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sobre los monopolios. Indudablemente, la Corte no considera en la actualidad que los monopolios sean ilegales en sí mismos⁵⁸. En la actualidad una empresa no será condenada por el solo hecho de detentar un monopolio, mientras que no incurra en prácticas restrictivas de la libre competencia.

«Para efectos de determinar si una empresa detenta una posición dominante en el mercado, es necesario analizar las elasticidades cruzadas de las curvas de oferta y demanda del producto. En efecto, la elasticidad cruzada de la demanda de un

57 En relación con el tema del abuso de la posición dominante en el Derecho Norteamericano, puede consultarse a Miranda Londoño, Alfonso. «Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Pág. 152 y s.s. Este acápite contiene algunos apartes extraídos del mencionado artículo.

58 «Como es bien sabido, durante la primera mitad de este siglo se consideró que los monopolios eran «inherentemente indeseables», como diría el juez Hand, y que el «Gigantismo de las empresas constituye una maldición», como diría el juez Brandeis. En efecto, en el ya citado caso de *Aluminum Company of America v. U.S.*, el juez Hand estableció que la §2 de la Ley Sherman resultaba violada cuando una firma que tuviera un gran poder de mercado actuara en los negocios, así sus prácticas de negocios no fueran ilegales. Según esta teoría, la violación de la ley proviene de detentar una posición de monopolio, a menos que dicha posición haya sido adquirida exclusivamente gracias a la pericia superior, la producción de bienes mejores o a ventajas naturales o tecnológicas adquiridas y mantenidas en forma legal». Miranda Londoño, Alfonso. «Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Pág. 152 Nota de pie de página N° 59.

producto, nos indicará si en el momento en que el supuesto monopolista incrementa los precios, los consumidores pueden optar por consumir un producto sustituto, con lo cual se reduce el poder de mercado de la empresa bajo estudio. De otra parte la elasticidad cruzada de la oferta de un producto nos indicará si los otros productores del bien que se intenta monopolizar tienen la capacidad de incrementar su producción en respuesta al incremento de precio logrado por la empresa analizada».

«La Corte ha sostenido en forma consistente, que una participación del 90% en el mercado, permite inferir que la empresa respectiva tiene una posición dominante que eventualmente le permitiría afectar la estructura de precios. Para medir el poder de mercado o la participación de una empresa en el mismo, es necesario determinar el mercado relevante de cada producto en un momento determinado».

«Para efectos de determinar el nivel de participación de una empresa en el mercado relevante, la Corte usualmente individualiza el producto, delimita la zona geográfica donde se vende dicho producto y por último, compara el volumen de producción total del mercado así definido, con el volumen de producción de la empresa analizada»⁵⁹.

5. ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COLOMBIANO. UN ANÁLISIS COMPARATIVO

5.1. DEFINICIÓN LEGAL

Resulta conveniente resaltar, que las conductas relacionadas con el abuso de la posición dominante se encuentran contenidas en prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, prohibición a la cual, como ya se vio, hace expresa remisión el artículo 46 del decreto 2153 de 1992. En efecto, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dice lo siguiente:

«Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas

⁵⁹ Miranda Londoño Alfonso. «Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». Op. Cit. Pag. 153 y s.s.

tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos. (El subrayado es mío)».

Ahora bien, el artículo 50 del decreto 2153 de 1992, a la manera del artículo 86 del Tratado de Roma, hace una enumeración no taxativa de las conductas que se consideran como abusivas, cuando son cometidas por una empresa con posición de dominio en el mercado⁶⁰. El texto completo del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 es el siguiente:

«Artículo 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 éstos.
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.

60 El artículo 86 del Tratado de Roma dice textualmente lo siguiente:

«Artículo 86. Es incompatible con el Mercado Común y prohibido en la medida en que el comercio entre los Estados Miembros pueda ser afectado, el hecho de que por parte de una o varias empresas se explote de manera abusiva una situación predominante en el Mercado Común o una parte sustancial del mismo.

Estas prácticas abusivas podrán consistir principalmente en:

- a) Imponer de manera directa o indirecta precios de compras y de venta y otras condiciones de transacción no equitativas.
- b) Limitar la producción, la posibilidad de dar salida a los productos o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
- c) Aplicar con respecto a otras partes contratantes, condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, perjudicando de esta forma a la competencia.
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por parte de los socios, de prestaciones suplementarias, las cuales, por su naturaleza o según los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de dichos contratos.»

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel 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».

5.2. CARACTER *EX-ANTE* DE LAS NORMAS SOBRE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

Es conveniente advertir, que por regla general las normas sobre prácticas restrictivas en Colombia, han sido diseñadas de tal manera que tengan una aplicación *ex-ante*, en el sentido de que castigan la intención de producir una restricción en la libre competencia, aunque el resultado anticompetitivo propiamente dicho no se produzca.

En el caso de las normas sobre abuso de la posición dominante esta apreciación debe ser matizada, ya que para que se apliquen dichas normas es necesario superar un paso inicial y es el de la demostración de la posición de dominio. Una vez superado este primer paso, puede decirse que la redacción del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 permite deducir la intención de aplicar *ex-ante* los eventos allí contemplados, salvo en el caso del numeral 2º, el cual exige la *aplicación efectiva* por parte de la empresa dominante, de *condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, y además requiere que dichas condiciones discriminatorias efectivamente coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*

5.3. CONCEPTO DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO:

La jurisprudencia en el derecho norteamericano, ha desarrollado el concepto del abuso de la posición dominante en la forma que a continuación se explica⁶¹:

61 Los puntos 5.3.1. y 5.3.2. han sido tomados de Miranda Londoño, Alfonso. «Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Págs. 152 y 153.

5.3.1. *El Solo Hecho de Detentar una Posición de Dominio no Constituye una Violación a la Ley Sherman*

«En el caso de *Eastman Kodak Co. v. U.S.*, el Gobierno acusó a Kodak de querer monopolizar el mercado del revelado de fotos utilizando su posición dominante en el mercado de la fabricación de película, debido a que Kodak sacó un paquete especial en el cual vendía la película y el revelado al mismo tiempo. La Corte determinó que por el solo hecho de tener una posición dominante en el mercado no se violaba la Ley Sherman».

«Para que se configure una violación a la §2 de la Ley Sherman, se debe demostrar que el acusado tiene una posición dominante en el mercado (poder monopolístico), y que ha abusado de tal posición a través de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*, la Corte dijo que la sola posesión de poder monopolístico no condena *ipso facto* a un competidor. Pero si una empresa quiere evitar ser condenada bajo la §2 de la Ley Sherman, debe abstenerse en todo momento de realizar conductas que tiendan a reducir la competencia. Lo anterior quiere decir que una empresa que adquiere un monopolio en forma ilegal, se mantiene en violación de la Ley Sherman aunque no ejerza su poder; pero una empresa que adquiere poder monopolístico en forma legal, tiene derecho a ejercer su actividad económica y obtener rendimientos monopolísticos, siempre que no realice prácticas restrictivas».

5.3.2. *La §2 de la Ley Sherman Está Orientada a Controlar el Abuso de la Posición Dominante*

«La jurisprudencia sigue estableciendo hoy en día que el objetivo de la prohibición contenida en la §2 de la Ley Sherman se refiere a que ningún competidor adquiera poder monopolístico a través de prácticas que restrinjan la competencia o que sean abiertamente desleales, y que los monopolistas existentes no mantengan su poder en el mercado a través de este tipo de conductas; es decir: que no se abuse de la posición dominante en un mercado».

5.4. CONCEPTO DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA C.E.E.:

El concepto de abuso de la posición dominante en la Comunidad Europea, se ha desarrollado a partir del texto del artículo 86 del Tratado de Roma, el cual se encuentra transcrito en este documento en la nota de

pie de página del punto 5.1. Como se puede observar allí, el artículo 86 cita como ejemplos de abuso de la posición dominante el mercado, casos en los cuales el poder dentro del mercado es utilizado por una empresa para explotar a los proveedores o consumidores («*exploitative abuses*»), pero no con el objeto de destruir a los competidores. Por este motivo los estudiosos del Derecho de la Competencia interpretaron inicialmente que el artículo 86 no pretendía prohibir en ningún caso los intentos de monopolización, sino únicamente los abusos del poder de mercado.

Sin embargo la Comisión, que a lo largo de la historia ha intentado siempre expandir el ámbito de aplicación de estas normas, así como el de su propia jurisdicción, adoptó la posición según la cual el artículo 86 podía ser aplicado también a aquellas prácticas realizadas por empresas dominantes, que tuvieran como consecuencia la eliminación o disminución de la competencia, tales como las tomas de control y los precios predatorios («*anti-competitive abuses*»).

Esta interpretación expansiva de la Comisión, fue apoyada por la Corte de las Comunidades Europeas en 1973, con el caso de *Europemballage and Continental Can v. E.C.* En este caso, la Corte dijo que el artículo 86 «...no sólo está dirigido hacia prácticas que puedan causarle daño a los consumidores directamente, sino también hacia aquellas que les pueden ser perjudiciales indirectamente a través de su impacto en una estructura de mercado efectiva, tal y como se menciona en el artículo 3(f) de el Tratado»⁶².

Curiosamente el concepto de abuso de la posición dominante más citado por los autores sobre Derecho de la Competencia, se refiere exclusivamente a los llamados «*anti-competitive abuses*», e ignora totalmente a los llamados «*exploitative abuses*», los cuales son como ya se dijo, consagración en el texto del artículo 86. En efecto, en el famoso caso de *Hoffmann-La Roche v. E.C. Commission «Vitamins»* [1979], la Corte definió el concepto de abuso como «*el comportamiento de una empresa colocada en una posición de dominio de tal naturaleza que influencia la estructura de un mercado donde, como consecuencia de la sola presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia resulta debilitado y la empresa, a través de métodos diferentes de aquellos que condicionan la competencia normal de productos o servi-*

62 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 391. La traducción es mía.

cios [...] tiene el efecto de restringir el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o el crecimiento de dicha competencia»⁶³.

En relación con el concepto de abuso de la posición dominante, la Corte definió otro aspecto importante al decidir el ya mencionado caso de *Europemballage and Continental Can v. E.C.* En este caso la Corte sostuvo que no es necesario que exista una relación de causalidad entre el abuso y la posición de dominio en el mercado. Esto quiere decir que existen prácticas que no son perseguidas cuando las realiza una empresa que no tiene posición de dominio en el mercado, pero que son consideradas anticompetitivas cuando las realiza una empresa dominante. La Corte considera por lo tanto, que el artículo 86 del Tratado de Roma impone una responsabilidad especial a las empresas dominantes, las cuales ven su actividad restringida por un conjunto de reglas que no se le aplican a las empresas no ostentan posición de dominio⁶⁴.

5.5. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ABUSO DE LA

5.5.1. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ABUSO DE LA

En Colombia, como ya se vio, el decreto 2153 de 1992 ha tipificado en forma no taxativa las siguientes clases de conductas que constituyen abuso de la posición dominante en el mercado:

5.5.1. Precios Predatorios

La conducta denominada precios predatorios se encuentra tipificada en el numeral 1° del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, según el cual constituye abuso de la posición dominante «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 éstos».

Mientras que las conductas discriminatorias y el «tying» pueden ser aplicados tanto en forma concertada por medio de los acuerdos anticompetitivos que prohíben el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, la aplicación de precios predatorios es una conducta que por su naturaleza y costo, solamente es cometida por un competidor con posición dominante en el mercado.

63 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 391. La traducción es mía.

64 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 392.

La empresa dominante baja los precios durante un lapso de tiempo limitado por debajo de su nivel de costos, con el fin de mantener o aumentar su capacidad de dominio y/o su participación en el mercado, lo cual puede traer como consecuencia la exclusión de uno o varios de sus competidores, puede impedir la expansión de los competidores existentes, o evitar que ingresen nuevos competidores en el mercado.

Si bien los consumidores se ven favorecidos por la baja de precios inicial, sus intereses se verán vulnerados cuando la empresa dominante logre adquirir el poder o la participación en el mercado que estaba esperando, ya que una vez destruida o disminuida la competencia, la empresa dominante elevará los precios por encima de nivel que tendrían en condiciones de competencia, con el fin de obtener las denominadas ganancias monopolísticas, que le permitirán no solamente resarcirse de las pérdidas en que incurrió durante el período de baja de precio, sino que además le reportarán con el tiempo unas utilidades extraordinarias.

Para que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos «caracterice una reducción en los precios como precio predatorio, se requiere que el mercado sea susceptible de monopolización, lo cual sucede cuando el mercado es concentrado, existen barreras para ingresar al mercado y el acusado es una empresa con cierto poder dentro del mismo».

«En el caso de *William Inglis & Sons v. ITT*, la Corte utilizó el Examen «Areeda Turner», con el objeto de determinar si una reducción en los precios se podía caracterizar como precio predatorio. El examen «Areeda Turner» parte del concepto de que los rendimientos del productor se maximizan en el punto en que la curva de ingreso marginal se corta con la del costo marginal. En general puede decirse que si los precios de un producto empiezan a bajar del nivel de costo marginal, el vendedor pierde dinero, lo cual no aceptará en forma voluntaria, a menos que su intención sea la de establecer precios predatorios con el objeto de excluir a sus competidores del mercado».

«Aunque las Cortes [Norteamericanas] se entusiasmaron inicialmente con el Examen «Areeda Turner», han surgido muchas críticas debido a que no tiene la precisión suficiente, pues trabaja con el Costo Promedio Variable y no con el Costo Marginal. Poco a poco la jurisprudencia ha ido estableciendo diversos tipos de excepciones y requisitos a la utilización del examen, aunque no lo han descalificado del todo»⁶⁵.

65 Miranda Londoño, Alfonso. «Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Págs. 156 y 157.

Desde 1966 la Comisión de las Comunidades Europeas había manifestado que el abuso de la posición dominante podía consistir en «*Una forma de competencia a través de los precios, utilizada con el objeto de excluir del mercado a un competidor que no posee los suficientes recursos financieros para resistir por un largo período de tiempo, ventas por debajo del precio de costo*». (La traducción es mía)⁶⁶.

Fue solamente hasta el año de 1986, que la Comisión pudo aplicar este criterio en el caso de *ECS v. AKZO*, en el cual, AKZO, una empresa multinacional con poder de dominio sobre el mercado de los «aditivos de flúor», fue encontrada culpable por la Comisión, de amenazar con aplicar y posteriormente aplicar una política de largo plazo de «precios no económicos», con el objeto de excluir a su pequeño competidor ECS, del mercado en el Reino Unido e Irlanda. Según la Comisión, AKZO intentaba utilizar las utilidades obtenidas con la explotación de su posición dominante, para expandirse en el más importante mercado europeo de los «peróxidos orgánicos»⁶⁷.

5.5.2. Precios Predatorios Regionales

Esta conducta se encuentra tipificada en el numeral 5° del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, según el cual constituye abuso de la posición dominante «*Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel 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*».

La conducta de precios predatorios regionales tiene las mismas connotaciones que la práctica general. Sin embargo, en este caso la empresa dominante apalanca o financia el precio predatorio de la región donde pretende producir el precio anticompetitivo, con las utilidades monopolísticas que obtiene en el resto del país.

El tratamiento explícito de los precios predatorios regionales en el decreto 2153 de 1992, tiene seguramente su razón de ser en la dificultad de comunicación entre las regiones de nuestro país, que podría facilitar o propiciar la aplicación de este tipo de práctica anticompetitiva⁶⁸.

66 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 403.

67 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 403.

68 Véase el caso de *Utah Pie* que se explica en el punto 5.5.4. abajo.

5.5.3. Discriminación Vertical

La discriminación de la empresa dominante se encuentra tipificada en el numeral 2º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, según el cual constituye abuso de la posición dominante «*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*».

Este tipo de discriminación se denomina discriminación vertical, en la cual el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de dominio sobre el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores que están en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, con lo cual pone a los compradores discriminados en una posición de desventaja frente a sus competidores directos. Las razones para discriminar en esta forma pueden tener diversa naturaleza. Una explicación posible puede ser la existencia de acuerdos de exclusividad por parte de los compradores favorecidos, los cuales solamente comprarían los productos del vendedor, a cambio de que éste discriminara en contra de sus competidores.

En el caso de *Napier Brown/ British Sugar*, [1988], la Comisión sostuvo que British Sugar había abusado de su posición de dominio al rehusarse a suministrarle a Napier Brown azúcar de remolacha, como ésta lo había solicitado específicamente, suministrándole en cambio azúcar de caña. Napier Brown sostuvo que British Sugar le suministraba azúcar de remolacha a otros clientes, cuando así lo solicitaban específicamente. Para Napier Brown el punto tenía relevancia económica, puesto que si le hubieran suministrado azúcar de remolacha, que se produce en la Comunidad Europea, hubiera recibido importantes descuentos en los costos de almacenamiento, a los cuales no pudo acceder por la conducta discriminatoria de British Sugar. La comisión concluyó que British Sugar le había impuesto a Napier Brown, condiciones discriminatorias de las descritas en el literal c) del artículo 86 del Tratado de Roma⁶⁹.

El caso de *Eurofix Bauco v. Hilti*, [1988], muestra como la política de ofrecer condiciones favorables a los clientes de empresas competidoras con el objeto de atraerlos puede constituir una violación del

69 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 413.

artículo 86 del Tratado de Roma. En este caso, Hilti hizo una selección de los clientes más importantes de su competencia y les ofreció condiciones especialmente favorables. La Comisión consideró que dichas condiciones eran selectivas y discriminatorias, ya que otros clientes de Hilti, que compraban exactamente los mismos productos y en las mismas cantidades, no recibían las ventajas ofrecidas a los clientes de la competencia⁷⁰.

En el derecho norteamericano se ha considerado que la aplicación de precios discriminatorios constituye abuso de la posición dominante en el mercado, debido a que tienden a excluir a los competidores del mercado y violan la §2 de la Ley Clayton, modificada por la §13 de la ley Robinson-Patman. Esta práctica es equivalente a la contenida en el literal c) del artículo 86 del Tratado de Roma.

En el caso de *Corn Products v. FTC*, tanto la Comisión Federal de Comercio como la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sostuvieron que se había violado la §2 de la Ley Clayton y se le había producido un perjuicio a algunos productores que habían sido forzados a pagar un precio superior que sus competidores por las mismas materias primas. La Corte sostuvo esto aunque los productores afectados no perdieron su clientela, ya que como la demanda del producto era relativamente elástica, no bajaron los precios. El perjuicio fue analizado por la Corte como la pérdida de utilidad que tuvieron que sufrir los productores para no perder su participación en el mercado.

5.5.4. *Discriminación Horizontal*

Esta conducta se encuentra tipificada en el numeral 4º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, según el cual constituye abuso de la posición dominante «*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 e mercado*».

70 Los hechos de este caso podrían enmarcarse dentro del presupuesto de competencia desleal contenido en el artículo 75 del Código de Comercio Colombiano, el cual establece que constituyen competencia desleal «*Los medios o sistemas encauzados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles*».

Este tipo de discriminación se denomina discriminación horizontal o predatoria, en la cual el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima con posición de dominio en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores, con el objeto de sacar a sus competidores del mercado.

Este tipo de conducta se explica cuando una empresa dominante, vende productos o materias primas que algunos de sus compradores pueden posteriormente utilizar para competir con ella en su propio mercado. La empresa monopolista tratará entonces de discriminar contra sus competidores con el objeto de incrementar sus costos y sacarlos del mercado.

También puede suceder que se rebaje el precio del producto de manera selectiva y discriminatoria a un grupo de consumidores, con el objeto de quitarle la clientela a sus competidores y excluirlos del mercado.

En el ya mencionado caso de *Napier Brown/ British Sugar* [1988], la empresa British Sugar le ofreció a los más importantes distribuidores minoristas de azúcar, excelentes precios si se rehusaban a mantener en su inventario, los productos de su competidor Napier Sugar. La comisión se opuso a este tipo de práctica diciendo que «Una agresiva rivalidad en los precios constituye un instrumento esencial para competir. Sin embargo, una política de precios selectiva y discriminatoria, aplicada por una empresa dominante, diseñada solamente para perjudicar los negocios, o impedir la entrada al mercado de sus competidores, mientras que mantiene precios más altos para el grueso de sus clientes, resulta al mismo tiempo en la indebida explotación del grueso de los clientes y en la destrucción de la competencia. Así, esta práctica se constituye en una conducta abusiva por medio de la cual una empresa puede reafirmar su ya preponderante posición en el mercado»⁷¹.

El caso de *Utah Pie Co. v. Continental Baking* en los Estados Unidos sirve para ejemplificar tanto la discriminación horizontal de precios, como los precios predatorios regionales, aunque el caso no fue fallado con base en las ventas por debajo de costos, sino con base en la discriminación de precios. En este caso el demandante Utah Pie, era el vendedor más importante en el mercado local, con una participación

71 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Pág. 414.

superior al 65%. Varias firmas de carácter nacional empezaron a penetrar el mercado de Utah, para lo cual bajaron el precio de su producto solamente en dicha región, manteniendo precios más altos para el resto del país. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que las firmas de carácter nacional habían cometido discriminación ilegal de precios⁷².

5.5.5. *Condicionamiento para la Contratación*

Esta conducta, denominada en Inglés «*tying*», se encuentra tipificada en el numeral 3º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, según el cual constituyen abuso de la posición dominante las conductas «...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 constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones»⁷³.

En un caso que se llevó ante la Comisión, pero que fue transigido, se acusó a la firma IBM de abusar de su posición dominante en el mercado, debido a que solamente ofrecía en venta el más poderoso de sus equipos llamado Sistema 370, si el cliente aceptaba pagar dentro del precio una capacidad adicional de memoria principal «*memory bundling*», y el *software* básico «*software bundling*». IBM aceptó vender sus equipos sin exigir la compra de los ítems adicionales, por lo cual el caso se cerró.

La Comisión también intervino con éxito cuando la compañía fabricante de automóviles Fiat, impuso a sus distribuidores y talleres de servicio autorizados, la obligación de utilizar y vender exclusivamente una marca de lubricantes producida por la empresa y denominada «*Oliofiat*». La Comisión consideró que con esta conducta se podía restringir la utilización de productos competitivos en una porción significativa del mercado italiano de los lubricantes y por esta razón intervino. Fiat envió a todos sus distribuidores y talleres autorizados, una carta modificando la obligación y permitiéndoles que utilizaran también otros productos con la misma, calidad que garantizaran el correcto funcionamiento de los vehículos⁷⁴.

72 Sullivan, Lawrence Anthony. «Handbook of the Law of Antitrust». West Publishing Co. 1977. Pág. 687.

73 Este tipo de conducta se encuentra prohibida también por el literal d) del artículo 86 del Tratado de Roma.

74 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Págs. 418 y 419.

En los Estados Unidos la Corte decidió en 1954 el caso de *Eastman Kodak Co. v. U.S.* En este caso que ya fue citado en el punto 5.3.1., Kodak, un fabricante con posición de dominio en el mercado de las películas para fotografía, decidió incluir en el precio de cada rollo de película el valor de su revelado. El Estado acusó a Kodak de intentar extender su monopolio en el mercado de las películas de fotografía, al mercado del revelado de las mismas. Una vez Kodak hubiera adquirido posición de dominio en ambos mercados, se generaría adicionalmente al potencial de explotación monopolística, una barrera para el ingreso a cualquiera de los dos mercados por separado, resultando mucho más difícil y costoso penetrarlos ambos al tiempo⁷⁵.

5.6. OTRAS FORMAS DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTEMPLADAS EN EL DERECHO COMPARADO

A parte de las categorías ya analizadas, la jurisprudencia de la C.E.E. y la norteamericana han señalado otras posibilidades de abuso de la posición dominante, que podrían ser aplicadas en nuestro derecho teniendo en cuenta la prohibición general contenida en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, el cual hace remisión expresa al artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Dichas prácticas adicionales son entre otras las siguientes⁷⁶:

5.6.1. Incremento de Capacidad Instalada o Producto

«De conformidad con la jurisprudencia sentada [en los Estados Unidos] por el juez Hand en el ya citado caso de *Aluminum Company of America v. U.S.*, el incremento en la capacidad instalada o en el volumen de producción constituyen prácticas restrictivas de la competencia, porque tienden a excluir a los competidores y prevenir la entrada de nuevas empresas al mercado».

«Sin embargo, es necesario aclarar que esta jurisprudencia fue modificada en 1980, con la decisión del caso de *E. I. Dupont de Nemours & Co. v. FTC.* En este

75 Hovencamp, Herbert. «Economics and Federal Antitrust Law». West Publishing Co. 1985. Página 153.

76 Los párrafos que se encuentran entre comillas en los puntos 5.5.1. y 5.5.2. han sido tomados de Miranda Londoño, Alfonso. «Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. Cit.* Pág. 155.

caso la Comisión Federal de Comercio consideró que al desarrollar su propio y más económico sistema de fabricar Dióxido de Titanio (TiO_2), Du Pont actuó de conformidad con su propia capacidad tecnológica, sin que su capacidad adicional de producción tuviera por objeto la exclusión de sus competidores ni ninguna otra práctica restrictiva de la libre competencia».

5.6.2. *Negativa a Contratar*

Esta conducta también podría clasificarse dentro de las conductas discriminatorias a que hacen referencia los puntos 5.4.3. y 5.4.4. de este documento.

«En el caso de *Aspen Highland Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.* el demandado fue encontrado culpable [por la Corte Suprema de los E.U.] de monopolizar el mercado de los tiquetes para esquiar, por cuanto no pudo demostrar una razón comercial independiente de su intención de monopolizar el mercado, para negarse a contratar con el demandante».

En la Comunidad Europea, aunque no existe una norma expresa al respecto, la jurisprudencia ha determinado que la negativa injustificada a suministrar un producto, puede constituir una violación al artículo 86 del Tratado de Roma.

En el caso de *Commercial Solvents v. EC. Commission*, tanto la Comisión como la Corte sostuvieron que Commercial Solvents, quien era un monopolista de las materias primas para producir Ethambutol (una droga para curar la tuberculosis), había abusado de su posición dominante en el mercado, al negarse de manera injustificada a suministrarle a Zoja (una empresa que llevaba varios años fabricando ethambutol), las materias primas necesarias para fabricar la droga. La Corte sostuvo que un monopolista de materias primas necesarias para fabricar un producto no puede negarse a suministrarlo cuando dicha negativa ponga en peligro la existencia de potenciales competidores en el mercado del producto elaborado⁷⁷. Esta línea de pensamiento fue reafirmada por la Corte en el caso de *Hugin v. EC Commission* [1979].

77 *Op. Cit.* Van Bael, Ivo y Bellis, Jean-Francois. Págs 405.

5.6.3. Prácticas Restrictivas Relacionadas con Precios

En la Comunidad Europea se han analizado otras formas de abuso de la posición dominante, relacionadas con la aplicación de los literales a) y c) del artículo 86 del Tratado de Roma, los cuales establecen que constituye abuso el «*Imponer de manera directa o indirecta precios de compras y de venta y otras condiciones de transacción no equitativas*». Y el «*Aplicar con respecto a otras partes contratantes, condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, perjudicando de esta forma a la competencia*». Estas disposiciones son equivalentes a la contenida en la parte final del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 que prohíbe la realización de todo tipo de conductas que tiendan a «*mantener o determinar precios inequitativos*».

En varios casos la Comisión ha concluido que al cobrar precios excesivos por su producto, una empresa incurre en violación del literal a) del artículo 86 del Tratado de Roma, por constituir una forma abusiva de explotación del poder de mercado. (Decisión de *Chiquita Banana*).

En el mismo caso de *Chiquita Banana*, conocido en apelación ante la Corte como *United Brands vs. EC Commission*, tanto la Comisión como la Corte sostuvieron que constituía una práctica ilegal, violatoria del literal c) del artículo 86 del Tratado de Roma, el vender el mismo producto a distintos precios en distintas regiones geográficas. De conformidad con las conclusiones de este caso, la discriminación geográfica de precios perjudica la competencia entre los vendedores de banano en los distintos países de la Comunidad Europea y resulta por lo tanto violatoria del Tratado de Roma.

Otra forma de discriminación de precios que ha sido castigada por la Corte como violatoria del literal c) del artículo 86, es la resultante de las rebajas de precios otorgadas a aquellos clientes «leales» que compraban exclusivamente el producto de la firma dominante. En el caso de *Suiker Unie & Ors v. EC Commission* [1975], la Corte respaldó la decisión de la Comisión en el sentido de sancionar al grupo de productores de azúcar que ofrecían descuentos importantes a aquellos clientes que les compraban de manera exclusiva. La Corte concluyó que las rebajas por «lealtad» difieren sustancialmente de las otorgadas por razones de la cantidad del producto comprado, ya que dos compradores pueden eventualmente obtener distintos precios aunque compren la misma cantidad de producto, lo cual resulta violatorio del literal c) del artículo 86⁷⁸.

CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

Revista Apertura Internacional, Bogotá, 1994.

MUCHO se ha escrito en estos días respecto de la necesidad de una regulación de la competencia en Colombia. Coincidentemente el debate se viene adelantando a la vez que el Consejo de Estado resolvió una demanda de constitucionalidad intentada en contra de los aspectos del decreto de reestructuración de la Superintendencia de Industria y Comercio mediante los cuales se actualizó el régimen de competencia, para adaptarlo a los nuevos mandamientos constitucionales respecto de prácticas monopólicas y abuso de posición dominante.

En Colombia existe un cuerpo normativo que regula de manera general la competencia y las prácticas comerciales restrictivas. La ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, junto con algunas otras disposiciones complementarias, contienen las reglas sustanciales y el procedimiento que deben ser atendidos por quienes actúan en nuestros mercados, respecto de la manera como deban llevar a cabo su actividad competitiva, y las pautas que la Superintendencia de Industria y Comercio atenderá para lo referente a los informes de fusión, consolidación, integración o tomas de control empresariales y el adelantamiento de investigaciones por contravención a esas normas de promoción a la competencia.

De este modo, hoy en día contamos con un cuerpo normativo a la altura de las necesidades de la apertura y la internacionalización de la economía del país, coherente con las legislaciones más avanzadas del mundo. Ese régimen está siendo aplicado.

Objetivo de la nota

En estas circunstancias es conveniente que aterricemos al contexto legal colombiano. Debemos identificar nuestra legislación de competencia y sus fundamentos que los comentaristas, de ser el caso, señalen, luego de un análisis concienzudo, las variaciones específicas que en su opinión sería preciso introducir.

Para qué la competencia

En nuestra constitución la competencia fue elevada al rango de derecho fundamental. Sin embargo, no es frecuente encontrar respuestas claras sobre la utilidad que se deriva de un ambiente económico de esa naturaleza.

Sintéticamente recordemos para ilustrar esta nota que en una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean los incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país. Así la competencia es un proceso que genera bienestar general e individual, hace que las firmas se vuelvan más eficientes y brinden a los consumidores una gama teóricamente infinita de precios y calidades mayores. Esto se logra, como lo he manifestado anteriormente, gracias a, y sólo en cuanto la competencia sea equivalente a rivalidad, y no coordinación o dictadura.

El interés social como producto de la realización de las individualidades

En Colombia mucho se ha hablado a nivel de doctrina y jurisprudencia constitucional, respecto de la necesidad de que el interés privado ceda ante el interés general, en caso de que resulten en conflicto. Lo que

no se ha enfatizado suficientemente es la manera como los intereses individuales, vistos en su conjunto, son, dentro del esquema económico de competencia perfecta protegido por la constituyente, pilar del desarrollo social y colectivo. Ciertamente, aún cuando en ocasiones resulta en contradicción, los conceptos de individualidad y colectividad son de muchas maneras interdependientes en este campo ideal de una economía de mercado es un ejemplo de esas maneras.

La meta última de la libre competencia consiste en obtener el punto de equilibrio donde la sociedad obtenga todos los beneficios que la utilización de sus recursos permite. Ahora bien, si recordamos que la utilización de los recursos, en una sociedad competitiva depende de la iniciativa y la racionalidad de los agentes particulares, la correlatividad es evidente.

Fallas de mercado

Frente al escenario antes indicado, encontramos los mercados en donde existen «fallas», esto es, mercados en los cuales un participante individual, o un conjunto de ellos, determinan discrecionalmente el precio u otros factores relacionados que tengan la fuerza de fijar el número o las condiciones de las transacciones. Ese poder en el mercado puede aparecer como resultado de la eficiencia de la empresa respectiva para satisfacer su segmento. Pero también puede ser el resultado de una limitación de la competencia, bien sea mediante conductas tendientes a erigir barreras al comercio o la adopción de acuerdos colusivos encaminados a determinar el precio y el volumen, u otras prácticas anticompetitivas similares.

Estas fallas de mercado, la determinación unilateral de las condiciones de precio y otros factores, implican una distorsión de los indicativos de rentabilidad y utilidad y por lo tanto conllevan a una ineficiente destinación de los recursos productivos, afectando de manera negativa los resultados de la industria y el bienestar de la sociedad.

Para qué sirven las normas sobre competencia en este contexto

Alrededor del mundo la discusión de cual debe ser la contribución de la aplicación de las normas de competencia al logro del ideal de las economías de competencia y mercado, se ha polarizado entre las aproximaciones pro-eficiencia, en contra de los argumentos denominados de interés social.

En resumen, de una parte encontramos a quienes piensan que la única finalidad de una legislación de competencia es la maximización de la eficiencia económica. En el otro extremo se ubican quienes opinan que la aplicación de las normas sobre competencia debe estar cimentada en múltiples valores que no pueden ser reducidos a un modelo económico en particular.

Como quedó resuelto el punto en la nueva legislación de competencia

Tal como aparece en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el objetivo de la política de competencia es protegerla. Ciertamente, en ese numeral se ordena a la Superintendencia «velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, (...) para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.»

Sin embargo, se debate si la legislación incluye y debería ser interpretada como comprensiva de otros objetivos establecidos como la finalidad del Estado o que son percibidos como intrínsecamente defendibles por su importancia ética.

Específicamente se ha preguntado, a través de diversos medios y de diferentes maneras, si la autoridad de competencia debe incluir dentro de sus consideraciones, al momento de leer y aplicar las normas, reflexiones respecto de políticas sobre destinación de recursos a áreas económicas consideradas como necesitadas de apoyo y mandatos sobre redistribución de la propiedad.

En mi concepto, en el marco de la actual legislación no resulta viable que esos intereses, por loables que sean al considerarlos de manera independiente, puedan ser una adecuada motivación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Son otros los caminos que deben seguirse y diferentes las herramientas a ser utilizadas para alcanzarlos.

Esta conclusión, además de tener un claro respaldo en las normas, cuyo tenor no dejó abierta esta posibilidad, hace eco de una consideración básica: La legislación pro mercado y, por lo tanto, las disposiciones de acuerdos y actos anticompetitivos así como las de abusos de posición dominante, y la normatividad sobre integraciones empresariales, están destinadas para prevenir y contrarrestar distorsiones del normal desenvolvimiento de los competentes e integrales de un mercado libre. De este modo, constituiría una contradicción de principio creer que el funcionario pueda, mediante su juicio subjetivo, ser más sabio que el libre juego de las fuerzas que componen ese mercado, para decidir cual debería ser una situación óptima de competencia.

Factores de Tensión

Permanentemente pueden existir fuentes potenciales de tensión entre lo que se concluyó arriba que es el objetivo de la política de competencia, incorporada a la legislación vigente, y otros objetivos estatales. Los más llamativos hoy en día son la prevención del abuso del poder económico en las relaciones particulares y la democratización de la propiedad.

Prevención de abusos del poder económico

Dos aspectos comprenden esta consideración. De una parte se cree que la legislación de competencia es un subproducto de las normas que protegen a los consumidores. De otra, que al regular y vigilar la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio puede lograr que quienes cuentan con suficientes recursos, los utilicen de manera «indicada». Ambas consideraciones son equivocadas.

De acuerdo con el modelo de legislación que se adoptó en nuestro país, el consumidor se verá beneficiado como resultado de la existencia

y protección de la competencia, pero, no obstante que la consideración de los perjuicios que se puedan causar a los consumidores con las conductas anticompetitivas, debe mantenerse presente, proteger consumidores frente al mayor poder de los productores es objeto de otras disciplinas, específicamente de la aplicación del decreto 3466 de 1982, a través de la Delegatura para la Protección del Consumidor.

Del mismo modo, la manera como las personas y entidades decidan actuar públicamente, siempre y cuando con ello no se vulneren las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, es completamente ajeno a las responsabilidades que le competen a la Superintendencia de Industria y Comercio en este campo.

Número de participantes

Este es uno de los puntos de mayor debate a nivel internacional, respecto del cual las legislaciones varían considerablemente. Para fines de esquematizar el párrafo, podemos dividir en dos las corrientes a este respecto. De una parte se encontrarían las legislaciones en donde implícita o explícitamente se prefiere la multiplicidad de participantes en el mercado, y en otro extremo a aquellas para las cuales el número de los rivales locales no es de por sí causa de inquietud para las autoridades de competencia.

Para los primeros la existencia de un único participante o de un número muy reducido atendido el tamaño del mercado local, implica una amenaza a las condiciones necesarias para que las decisiones económicas puedan ser adoptadas dentro del esquema competitivo correcto, y por consiguiente es una situación que debe ser modificada mediante el uso de las facultades concedidas a la agencia de competencia respectiva.

Para los segundos, el tamaño de las empresas en el mercado es irrelevante. Dentro de esta corriente de pensamiento se sitúan quienes piensan que el tamaño no es de por sí un asunto que motiva la actividad de las autoridades de competencia, pero que implica un deber de cuidado mayor para la empresa que llegue a detentar una posición que le permita determinar las reglas del juego en el mercado que se trate. De este modo, en nuestro país, tal como sucede en otros tantos, las empresas que han logrado obtener una posición de dominio en su área sin acudir para ello a prácticas restrictivas del comercio, no están por eso

ofendiendo la competencia, pero deberán abstenerse de utilizar esa posición de privilegio para impedir que otros potenciales competidores lleguen a ese mercado o que los existentes se desarrollen en el mismo u otros que dependan de ese.

Conclusión

La consistencia con que se adelanten los principios de competencia, señalados en el decreto 2153 de 1992 e implicará a la larga, la perdurancia y el éxito de este marco regulatorio tan necesario para que Colombia continúe por el camino que la está llevando hacia el nuevo mundo del desarrollo.

REGÍMENES DE COMPETENCIA Y POLITICAS DE COMPETENCIA EN AMERICA LATINA⁷⁹

GABRIEL IBARRA PARDO⁸⁰

*Revista Competencia y Competividad en Áreas Económicas
Integradas: Procesos y Experiencias en la Unión Europea y
América Latina, Cefir, Bogotá, 1995.*

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el proceso de apertura económica y los esquemas de integración puestos en marcha por los países latinoamericanos durante los últimos años, han buscado promover la competencia en los mercados locales. Es así como en la actualidad, la competencia comercial es el protagonista, es el personaje central del guión en el ámbito de las relaciones-económicas entre los países latinoamericanos.

Pero la liberación comercial no es suficiente, por sí sola, para promover la competencia, sino que además se requiere una legislación de defensa de la competencia que complemente las políticas económicas de estos países.

79 El autor agradece los importantes comentarios y aportes del doctor Felipe Salazar Santos en la elaboración de la presente ponencia.

80 Consultor con sede en Santafé de Bogotá, COLOMBIA.

La experiencia indica que en la medida en que se eliminan las barreras arancelarias y demás obstáculos gubernamentales al comercio, los particulares tienden a reproducir la segmentación de los mercados previamente existentes, mediante conductas anticompetitivas y restrictivas de la libre competencia.

De tal manera que para asegurar una competencia leal y justa, exenta de distorsiones, se requiere fijar unas reglas de juego que obedezcan a las necesidades particulares de cada esquema de integración, así como de unas instituciones sólidas, con poderes suficientes para aplicar las normas respectivas.

El objetivo de la presente ponencia es ilustrar brevemente los desarrollos de la política de defensa de la competencia comercial, en los acuerdos de integración latinoamericana, con especial énfasis en la evolución de esta materia en el marco del Grupo Andino. De seguro, los vacíos, deficiencias y dificultades que se han presentado en el desarrollo de la política de competencia en el Grupo Andino, constituyen una experiencia cuyo análisis será de gran utilidad para los demás procesos de integración que se están desarrollando en Latinoamérica.

2. GRUPO ANDINO

Con la entrada en vigencia del Arancel Externo Común, el pasado 1° de febrero, el Grupo Andino inició una nueva etapa en su proceso de integración⁸¹.

No obstante, a pesar de la euforia que despertó este suceso, es necesario anotar, que aún falta mucho camino por recorrer, para que pueda hablarse de una verdadera unión aduanera andina.

En efecto, el Arancel Externo Común se adoptó con un sinnúmero de excepciones, salvedades y disposiciones especiales, que en la práctica significan grandes disparidades en el nivel arancelario de los países.

Estas disparidades van a llevar necesariamente a distorsiones en las condiciones de competencia, a no ser que se pongan en práctica mecanismos eficaces e idóneos para contrarrestarlas.

Es necesario aquí anotar, que la competencia comercial se puede ver afectada por todas las políticas y medidas de carácter gubernamental que inciden sobre el comportamiento empresarial y la estructura

81 El Arancel Externo Común fue aprobado mediante la Decisión 370 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena.

industrial de la subregión⁸²; además, claro está, de las conductas anticompetitivas de los empresarios.

A continuación se hará un breve análisis de todos los factores que pueden distorsionar la competencia en la subregión.

2.1. EXCEPCIONES AL ARANCEL EXTERNO COMÚN

Debe recordarse que los niveles establecidos para el Arancel Externo Común fueron de 5%, 10%, 15% y 20%. Las excepciones y tratamientos especiales en relación con estos niveles, pueden resumirse en la forma siguiente:

1. Bolivia puede apartarse de la estructura anterior y mantener niveles de 5% y 10%. (Anexo 1 de la Decisión 370).
2. Ecuador continúa gozando de un régimen especial, en virtud del cual puede mantener una diferencia de 5 puntos respecto de los niveles establecidos en el Arancel Externo Común, niveles que serán revisados anualmente⁸³.
3. Se permitió a Colombia, Ecuador y Venezuela elaborar una lista de excepciones que no se conoce en el momento de elaborar la presente ponencia, pues el plazo para presentarla vence el 1° de marzo del presente año⁸⁴.
4. Se puede diferir el AEC hasta un nivel del 5% y 0% para las materias primas y bienes de capital, respectivamente, que no se produzcan en la subregión, previa información entre las partes.
5. Para atender insuficiencias transitorias de materias primas y bienes de capital, se puede suspender la aplicación del gravamen, reduciéndolo hasta el 5%, o al 0%.

82 Para una mayor ilustración sobre el tema, véase:

KHEMANI, Shyam
DUTZ, Mark.

«Summary of Discussion Points the Instruments of Competition Policy And Their Relevance For Economic Development». Ponencia presentada en el seminario de Políticas de Competencia y Comercio Exterior, celebrado en Santafé de Bogotá, junio 16-18, 1994.

83 Esto se aplica para las posiciones arancelarias contenidas en el Anexo 2 De la Decisión 370. Véanse adicionalmente los Artículos 66 y 91 del Acuerdo de Cartagena.

84 Contenidas en el Anexo 4 de la citada decisión.

6. Los países pueden mantener para productos no producidos los diferimientos a 0% vigentes en el momento de la aprobación de la Decisión 370.
7. Venezuela puede mantener el nivel ad valorem 0% para los productos del capítulo 27 hasta el 31 de diciembre de 1995.
8. Colombia, Ecuador y Venezuela pueden aplicar niveles arancelarios de hasta el 40% para los vehículos automotores, y de hasta el 5% a los vehículos y motocicletas desarmados destinados al ensamblaje en la subregión, mientras se define la política común para el sector automotor.
9. Hasta el 31 de diciembre de 1995, los países miembros pueden diferir el AEC para aplicar regímenes aduaneros especiales para las exportaciones destinados a la subregión y a terceros países. A partir de esa fecha sólo podrá ser diferido para la aplicación de esos regímenes a las exportaciones dirigidas a terceros países.
10. Finalmente, cabe destacar que Perú suspendió transitoriamente sus compromisos dentro del Marco del Grupo Andino en el año de 1992, con el fin de ajustar su economía. Pero su reincorporación se planteó paulatinamente a través de acuerdos bilaterales con cada uno de los países⁸⁵.

Todas estas disparidades pueden llevar a generar distorsiones en las condiciones de competencia de la subregión, al igual que las ventajas concedidas a México por Colombia y Venezuela, en virtud del Tratado del G3, y las preferencias arancelarias otorgadas a terceros Países Miembros de la ALADI.

Si bien la Decisión 370 contempla la posibilidad de que los países afectados por distorsiones surgidas de los diferentes niveles arancelarios, puedan solicitar a la Junta la adopción de medidas provisionales que tengan por efecto restablecer el equilibrio en las condiciones de competencia, debe advertirse que esta facultad se limita, únicamente, a solucionar aquellas distorsiones generadas por las listas de excepciones de Colombia, Ecuador y Venezuela, así como por aquellas derivadas de los acuerdos celebrados con terceros países por los miembros de la subregión.

Para verificar el tipo de distorsión que se esté presentado, la Junta tiene un plazo de treinta días, al cabo de los cuales deberá pronunciarse.

85 Véase Decisiones 321, 347 y 353 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

De lo contrario el país afectado queda en libertad para exigir, en forma provisional, que los insumos del producto correspondiente sean de origen subregional o que se constituya una garantía por un monto equivalente al Arancel Externo Común, garantía que se hará efectiva o se devolverá, una vez que se pronuncie la Junta.

Debe mencionarse que el procedimiento anterior no ha sido aún reglamentado y es inaplicable por expreso compromiso, hasta después de transcurrido un año, a partir de la vigencia de la Decisión 370, esto es, hasta el 26 de noviembre de 1995.

Se puede concluir, entonces, que si bien el Arancel Externo Común recientemente adoptado, constituye un avance en el proceso de integración, es todavía bastante precario y aún no puede decirse que se haya logrado consolidar la unión aduanera.

Sin embargo, el comienzo de esta nueva etapa de la integración andina debe aprovecharse para revisar a fondo el régimen de competencia vigente, e introducir las reformas institucionales y legales que las actuales circunstancias requieren.

2.2. EMPRESAS PÚBLICAS Y ADQUISICIONES DEL SECTOR PÚBLICO

Al tratar el tema de la competencia comercial, no puede dejarse de lado el papel del Estado como empresario, como comprador y como agente regulador de los precios en el mercado.

El problema con las empresas estatales es que éstas, en muchas ocasiones, son sinónimo de despilfarro y corrupción. Además, es frecuente que sus precios no reflejen los costos de producción y que ellos estén afectados por subsidios o ayudas recibidas, bien del mismo estado o de otras empresas públicas.

La experiencia ha demostrado que la reducción de la ingerencia estatal en las actividades industriales y comerciales, estimula la actividad empresarial y lleva a una más eficiente distribución de los recursos, al mismo tiempo que se satisfacen, de una manera más adecuada, las necesidades de los consumidores.

En el marco del Grupo Andino, no se ha diseñado política o reglamentación alguna, en lo que a las empresas estatales se refiere. En esta materia está todo por hacer. Cada país maneja la materia según sus propias políticas y, a la fecha, no existe ninguna coordinación para fijar pautas armónicas entre ellos.

Así por ejemplo, en Colombia, los principales monopolios están constituidos por las empresas estatales. Un caso típico es el de los servicios públicos, que se caracterizan por la ineficiencia y el pésimo servicio al usuario.

Se partió de la premisa de que los servicios públicos eran monopolios naturales que no podían dejarse en manos del sector privado. El Estado debía suministrar estos servicios, con el fin de garantizar el acceso a todas las personas. Sin embargo, la realidad demostró que estas empresas comenzaron a actuar en beneficio de sus administradores y trabajadores y en detrimento de los usuarios⁸⁶.

La absoluta falta de competencia en los renglones mencionados ha permitido que esta situación subsista hasta el momento. Es el caso de los servicios telefónicos, sector subregulado y altamente ineficiente que no puede funcionar sin los altos subsidios que le concede el Estado.

Además, no existe ningún control sobre la calidad del servicio, factor que ha traído enormes problemas de cubrimiento. Un ejemplo de esta situación, es que en ciudades diferentes de Cali, Medellín o Bogotá, es necesario esperar hasta seis años, para obtener una línea telefónica. Lo anterior, sin contar el atraso tecnológico del sector⁸⁷.

Otro caso que vale la pena mencionar es el de la minería. Toda vez que en Colombia los recursos naturales y el subsuelo son de propiedad de la Nación, el Estado se ha reservado la administración y explotación de estos recursos, a través de empresas industriales y comerciales. Esto es evidente, especialmente en el sector de los hidrocarburos y el carbón cuyo manejo se ha confiado a empresas estatales (Ecopetrol, Ecocarbón, Carbocol).

Esta situación ha llevado a una sobre regulación en el sector que ha tenido efectos muy negativos en las condiciones de competencia.

Así por Ejemplo, Ecopetrol se ha reservado más áreas para la explotación petrolera de las que puede utilizar, limitando de esta manera, la capacidad de exploración de las empresas privadas.

De otra parte, los precios de los combustibles se fijan por resolución y Ecopetrol reconoce un subsidio al consumidor, de tal manera que la

86 Véase: Urrutia, Miguel. 1993 «Competencia y Desarrollo Económico en Planeación y Desarrollo», Vol. XXIV, Santafé de Bogotá, D.C.

87 Véase: Bonilla, Guillermo Osorio, Horacio 1993 «Estructura de Mercado y Prácticas Comerciales en los Sectores Industrial, Minero, Energético y de Servicios Públicos en Colombia», Planeación y Desarrollo, Vol. XXIV, Santafé de Bogotá, D.C.

rentabilidad de la operación es negativa, lo que impide el ingreso al mercado de cualquier empresa privada.

En el caso de la distribución de derivados del petróleo, los márgenes son fijos para todos los distribuidores. Es decir, no hay incentivos para que los distribuidores busquen mejorar la calidad de los servicios⁸⁸.

Otro caso digno de mención es el del servicio postal, en el cual las regulaciones establecen la prohibición de que las empresas privadas de mensajería cobren tarifas inferiores a dos veces las tarifas vigentes para la Administración Postal Nacional, que es la empresa estatal que presta este servicio⁸⁹.

Ante el panorama descrito, el Gobierno Colombiano ha iniciado el proceso de privatización y desregularización de varios sectores, tales como el servicio de energía eléctrica, recolección de basuras, los servicios e instalaciones aeroportuarias, la televisión, y otros, aunque debe mencionarse que en materia de telecomunicaciones este proceso se ha retrasado debido a presiones sindicales. Sobre el particular, el gobierno ha anunciado, que el 1° de enero de 1997 se abrirá a la competencia la prestación del servicio de larga distancia internacional, competencia que ya se ha establecido para el servicio de larga distancia nacional⁹⁰.

En cuanto al sector de la televisión se expidió la Ley 41 de 1993 que puso fin a un monopolio estatal que había durado más de 40 años, de tal manera que los canales públicos pasarán a competir con los operadores privados. Además, la ley mencionada crea mecanismos para evitar la concentración de la propiedad, y prohíbe que una empresa, detente la propiedad o el control de más del 30% del respectivo canal.

Y como los casos anteriores, pueden citarse otros muchos; v.gr. el de los servicios públicos domiciliarios. En este sentido, se suprimió la Empresa Distrital de Servicios Públicos en el Distrito Capital, y se autorizó la subcontratación de los mismos con empresas privadas, lo cual ha permitido reducir sustancialmente los costos.

En Venezuela la situación no es muy diferente. La ingerencia del Estado en sectores muy importantes de la economía es bastante extendida, es el caso de los sectores químico, petroquímico, petrolero y siderúrgico, en donde la mayoría de las empresas son estatales.

88 *Ibid.*

89 Véase Artículo 17 Literal d) del Decreto 1697 de 1994, que afortunadamente acaba de ser declarado inexecutable por el Consejo de Estado Colombiano.

90 Véase Resolución 014 del 10. de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

Lo anterior, sin contar el sector financiero en donde 16 bancos han sido estatizados o intervenidos a raíz de la crisis financiera venezolana.

Por consiguiente, sería deseable comenzar a trabajar en el diseño de unas pautas armónicas tendientes a asegurar que la ingerencia del Estado en las actividades industriales comerciales y de servicios, no distorsione la competencia en el mercado subregional y que se fijen criterios para hacer compatibles los monopolios estatales con los objetivos de la integración económica.

En ese sentido, se debe comenzar por el diseño de un régimen común para la liberalización de los servicios en el mercado subregional andino, en donde se establezcan reglas de juego, con el fin de evitar que el mercado de los servicios cuyo comercio se vaya liberando, sea segmentado de nuevo por conductas colusorias o abusivas de empresas estatales o privadas. Afortunadamente se ha redactado un proyecto de decisión sobre el particular.

En cuanto al tema de las adquisiciones del sector público, tampoco existe ninguna política ni reglamentación a nivel del Grupo Andino. Cada país tiene sus propias regulaciones al respecto y en algunas de ellas, se condiciona el principio del trato nacional, para los oferentes de los demás países de la subregión, a un tratamiento recíproco en sus países de origen⁹¹.

En este sentido, también se precisa fijar unos criterios y normas comunes, tendientes a evitar cualquier trato discriminatorio contra nacionales de otros estados miembros.

2.3. SUBSIDIOS⁹²

En general, puede afirmarse que las disposiciones sobre subsidios en el Acuerdo de Cartagena siguen las pautas que sobre el particular han regido tradicionalmente en el GATT.

91 Véase por ejemplo, el Artículo 3° del Decreto 2248 de 1972, que regula la materia en Colombia y cuyo tenor literal es el siguiente:

«A las ofertas de bienes originarios y provenientes de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, se les dará el mismo tratamiento que a las ofertas de bienes nacionales, cuando en los países de origen se otorgue un tratamiento efectivamente igual en las compras de bienes de origen colombiano.»

92 El tema de los subsidios en el Grupo Andino es tratado de manera extensa por el Dr. Manuel José Cárdenas, ex-coordinador de la Junta Del Acuerdo de Cartagena. Véase «Legislación Sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena», ponencia presentada en el seminario sobre Políticas de Competencia y Comercio Exterior, celebrado en Bogotá. Junio 16-17, 1994.

El tema de los subsidios tiene una relación estrecha con la política industrial de los países, pues las ayudas estatales y las subvenciones son el instrumento al que más acuden los países para ejecutar esta política. La eliminación de los subsidios es indispensable para garantizar las condiciones de competencia en la subregión. En este sentido, la Decisión 49 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena pretendió fijar «las directivas para la armonización de las legislaciones sobre fomento industrial». Aunque esta decisión nunca entró en vigencia, es interesante anotar que ella no prohibía los subsidios a la exportación, sino que simplemente intentaba armonizarlos. En agosto de 1992, se expidieron las Decisiones 324 y 330 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en virtud de las cuales se estableció, para los países, la obligación de eliminar todo tipo de subsidio cambiario, financiero o fiscal que se concediera a las exportaciones destinadas a los demás países de la subregión. Esta Decisión incorporó la tradicional lista de subsidios del GATT

Finalmente, la Decisión 370 dispuso la eliminación de los regímenes aduaneros especiales, a partir del 31 de diciembre de este año para las exportaciones de los Países Miembros, dirigidas al resto de la subregión. El ejemplo típico de este tipo de régimen es el de importación temporal para perfeccionamiento activo, en virtud del cual los países conceden exenciones de derechos de importación, a las materias primas y bienes de capital, destinados a la producción de bienes para la exportación.

Regímenes como el señalado generan graves distorsiones en el comercio de la subregión y violan el arancel externo común.

En cuanto a los mecanismos para corregir los efectos nocivos generados por los subsidios en la subregión, la Decisión 283 faculta a la Junta del Acuerdo de Cartagena para ordenar el establecimiento de derechos compensatorios cuando, como consecuencia de una investigación, se establezca que un subsidio conferido por un País Miembro, está causando un perjuicio a la industria de otro país.

La decisión referida también se aplica a exportaciones provenientes de terceros países, cuando el subsidio perjudique la industria de más de un País Miembro de la subregión. En los demás casos, se debe acudir al Estatuto Antisubvenciones de cada país.

La aplicación de los derechos compensatorios, está supeditada por la decisión de marras, a que además del subsidio, se demuestre el perjuicio y el nexo causal, de acuerdo con las disposiciones que sobre el particular establece el GATT.

Durante la vigencia de esta decisión, la Junta sólo ha recibido dos solicitudes de imposición de derechos compensatorios, ambas de Colombia, para contrarrestar supuestos subsidios conferidos por el gobierno venezolano. En uno de los casos, la Junta negó las pretensiones del solicitante, y en el otro Colombia desistió de su petición, por cuanto se llegó a un acuerdo con los exportadores venezolanos, en el sentido de limitar las exportaciones en ciertos períodos⁹³.

Este tipo de acuerdos ha sido muy criticado por los especialistas en asuntos de competencia, pues se aduce que pueden propiciar convenios colusivos patrocinados por los gobiernos. Es decir, que en estos casos el remedio puede traer consecuencias más funestas que la enfermedad.

Debe aquí llamarse la atención sobre la necesidad de hacer compatibles los criterios que se utilicen para estas investigaciones, con la legislación tendiente a reprimir las conductas colusivas y los abusos de la posición dominante en el mercado por parte de las empresas.

Finalmente, es pertinente mencionar que la Decisión 323 creó una Comisión de alto nivel sobre competencia, cuya finalidad es identificar los productos o sectores que se vean distorsionados por prácticas restrictivas de la competencia. Se busca que la mencionada Comisión propicie la celebración de compromisos por parte de los gobiernos o empresas de la subregión, tendientes a eliminar las prácticas anticompetitivas que se identifiquen o, al menos, atenuar sus efectos. En el evento de que los gobiernos o las empresas no asuman los compromisos respectivos, la Junta queda autorizada para adoptar medidas compensatorias de manera sumaria. En principio, este procedimiento puede aplicarse a cualquier práctica restrictiva. Sin embargo, debe anotarse que hasta el momento esta Comisión es inoperante, pues todavía no se ha convocado y, en consecuencia, no se ha dado su propio reglamento.

2.4. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE CARÁCTER PARTICULAR

Aparte de las distorsiones que pueden derivarse de los factores analizados anteriormente, la conducta de los particulares pueden segmentar los mercados de una manera aún más nociva que las mismas barreras arancelarias que pudieran existir entre los países. Es decir, que

93 Véase Cuadro N° 1, anexo.

ellas pueden neutralizar los avances logrados con la liberación del comercio subregional. Nos referimos a la discriminación de precios en cualquiera de sus formas, incluyendo al «Dumping», a los acuerdos horizontales o acuerdos colusivos para fijar precios, dividir el mercado, etc., o a las conductas que constituyan el abuso de una posición dominante en el mercado.

La Legislación Andina, en relación con este aspecto, está conformada por las Decisiones 283, 285 y 323 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena⁹⁴. Las deficiencias de estas regulaciones fueron analizadas en detalle en anterior ponencia presentada en el CEFIR, en julio de 1993⁹⁵.

A continuación se exponen los aspectos más importantes en relación con las prácticas anticompetitivas y el régimen que pretende reprimirlas.

2.5. DUMPING

La Decisión 283 se refiere a las prácticas de «Dumping» intrarregional, y a las originadas en terceros países que perjudiquen la industria de más de un País Miembro. Debe decirse que de la mayoría de las quejas que se han presentado ante la junta por prácticas particulares restrictivas de la libre competencia, el 99% se relacionan con prácticas de dumping. Sólo uno de los casos ha terminado con la imposición de derechos antidumping⁹⁶.

94 Un extenso análisis de estas decisiones y de los procedimientos que ellas consagran, se realizó en el seminario «Condiciones de Competencia en los Procesos de Integración en América Latina», organizado por el CEFIR. Véase «Política de Competencia en los Procesos de Integración en América Latina», el cual se anexa para su discusión. Sobre el particular, también pueden consultarse los siguientes artículos:

Cárdenas, Manuel José «Legislación Sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena», Ponencia presentada en el seminario «Políticas de Competencia y Comercio Exterior», junio 16-17, 1994, Santafé de Bogotá, D.C.

Ibarra, Gabriel «El Derecho de Tráfico Económico en el Grupo Andino». INTAL, marzo de 1992.

95 Véase Ibarra, Pardo Gabriel. «Política de Competencia En Los Procesos de Integración en América Latina». Ponencia presentada en el seminario «Condiciones de Competencia, Ajuste y Estabilidad en el Marco De La Integración Regional». Centro de Formación Regional para la Integración Regional.- CEFIR.- Montevideo, julio de 1993.

96 Véase Cuadro N° 1, anexo.

Se ha controvertido si el dumping intrarregional, debe combatirse, por medio de derechos antidumping, o si más bien éste debe reprimirse mediante la legislación de promoción de la competencia. La pregunta es, si en una unión aduanera se justifica la existencia del mecanismo antidumping, toda vez que éste puede convertirse en un obstáculo para la integración económica, en la medida en que pueda neutralizar los logros del proceso de liberación.

Es bastante dicente el hecho de que en la Comunidad Económica Europea, nunca existió una legislación antidumping para combatir el dumping intra-comunitario. Se buscó, por el contrario, abolir la aplicación de la legislación antidumping, vigente en cada país, a las importaciones originarias de los miembros de la Comunidad y se diseñó una legislación común y de carácter supranacional, para las importaciones provenientes de terceros países. En efecto, si lo que se buscaba con la integración, era conformar un sólo mercado, no tenía sentido utilizar un mecanismo que promoviera el establecimiento de nuevas barreras a la libre circulación de los bienes entre los territorios de la Comunidad.

De otra parte, se consideraba que si no existía segmentación de mercados, los bienes exportados con dumping podrían devolverse al país exportador, y esto de por sí, sería un mecanismo disuasivo para cualquier empresa que intentara utilizar el dumping para competir con sus homólogos del mercado ampliado.

Por consiguiente, hay quienes sostienen que en un mercado común es más adecuado hablar de precios predatorios o discriminatorios, que son una forma de abuso de posición dominante y no de «dumping», en cuyo caso se debe acudir a la legislación de promoción de la competencia para sancionar a los infractores.

Sin embargo, en mi opinión, debe tenerse en cuenta que en el caso del Grupo Andino, el mercado único es todavía una realidad bastante precaria. Como se expuso anteriormente, a pesar de que se adoptó el Arancel Externo Común, aún existen muchas distorsiones surgidas de la disparidad en los compromisos adquiridos por cada miembro; de la alta injerencia del estado en la economía; de la diferencia en las políticas comerciales e industriales; y de las barreras naturales al comercio, tales como aquellas derivadas de la deficiente infraestructura vial y de las, a veces, enormes distancias entre los Países Miembros.

En consecuencia, si bien la actual Legislación Antidumping Andina, amerita una revisión, una vez que entró en vigencia el Arancel Externo Común, no pueden perderse de vista las distorsiones y las disparidades

anotadas. En este sentido, sería necesario estudiar la conveniencia, de ir eliminando gradualmente el mecanismo antidumping, para combatir importaciones provenientes de los Países Miembros. Lo anterior, en la medida en que la unión aduanera y el mercado común se vayan perfeccionando.

2.6. PRÁCTICAS CONCERTADAS Y ABUSOS DE LA POSICIÓN DOMINANTE

2.6.1. Aspectos Legales e Institucionales

¿Cuál es el grado y extensión de las prácticas restrictivas verticales y horizontales en la subregión? ¿Cuáles son las formas más frecuentes de abuso de la posición dominante que se presentan en el mercado andino?

Estas preguntas simplemente no tienen respuesta, pues no se conoce ningún estudio sobre el particular.

De hecho, durante el tiempo de vigencia de la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que se refiere a estos comportamientos, no se ha presentado sino una denuncia por prácticas particulares diferentes del dumping.

En los países que tienen legislación interna de defensa de la competencia⁹⁷ las denuncias e investigaciones también han sido escasas.

Así por ejemplo, en Colombia, hasta el momento, se han abierto siete (7) investigaciones⁹⁸, aunque debe mencionarse que, paradójicamente, en el caso de las fusiones entre empresas, tema sobre el cual no existe ninguna reglamentación en el Grupo Andino, la actividad ha sido bastante mayor⁹⁹.

Lo anterior, encuentra su explicación, en gran parte, en los siguientes hechos:

- *Novedad del Tema*

De hecho en nuestros países, acostumbrados durante tanto tiempo a la protección del Estado, no existe una cultura de la competencia. Es

97 Perú, Venezuela y Colombia,

98 Véase Cuadro N° 2., anexo.

99 De acuerdo con la información suministrada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en el año 1994 se llevaron a cabo casi 100 fusiones y ninguna de ellas fue negada por la entidad.

probable que muchos empresarios de la subregión no se hayan percatado de los efectos nocivos de estas conductas.

- *Legislación Deficiente*

Los instrumentos legales subregionales para reprimir las conductas anticompetitivas de los particulares, son insuficientes, inadecuadas y de limitada eficacia.

En efecto, la Junta del Acuerdo de Cartagena, autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones subregionales, no tiene facultades sancionatorias para exigir documentos ni para imponer penas a los infractores; y lo que es más grave, se ha llegado a cuestionar si la Junta tiene facultades para actuar de oficio o si sólo lo puede hacer cuando medie una denuncia de parte interesada¹⁰⁰. De acogerse está última interpretación se estaría dando una estocada de muerte a la, ya de por sí bastante precaria, Legislación Andina.

Debe recordarse que lo máximo que puede hacer la Junta, cuando se establece la existencia de una práctica anticompetitiva, es autorizar al gobierno del país al que pertenece la industria afectada, para reducir los aranceles a las importaciones provenientes de terceros países, respecto del bien objeto de la práctica.

Es decir que la Junta sólo puede adoptar medidas de carácter comercial, que resultan totalmente insuficientes para hacer frente a estas

¹⁰⁰ Véase Cárdenas, Manuel José, «Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena», ponencia presentada en el Seminario sobre Políticas de Competencia y Comercio Exterior, junio 16-17, 1994, P. 26. El autor sostiene que la junta no puede proceder de oficio, cuando existan infracciones a las normas de competencia, toda vez que el Artículo 75 del Acuerdo de Cartagena dispone que «...corresponde a la Junta velar por la aplicación de dichas normas en los casos que se denuncie». Personalmente me aparto de esa interpretación, toda vez que si bien la norma citada atribuye a la Junta la facultad de intervenir en los casos denunciados, no quiere decir que no lo pueda hacer de oficio. De hecho, el literal a) del Artículo 15 del Acuerdo de Cartagena atribuye a la Junta la función de «...velar por la aplicación del acuerdo y por el cumplimiento de las Decisiones de la Comisión y de sus propias Resoluciones». Es decir, que la Junta es «el perro guardián» del Tratado y mal podría pensarse que el Artículo 75 pretendió limitar o restringir sus funciones de vigilancia. A mi juicio, el Artículo 75 lo que hizo fue permitir la posibilidad de que las investigaciones pudieran iniciarse a solicitud de parte. Debe mencionarse que teniendo la Junta las atribuciones de velar por el cumplimiento de las normas primarias y derivadas, cualquier limitación a las mismas debe hacerse por disposición expresa y el Artículo 75 no dispone expresamente que la Junta no pueda actuar de oficio. De otra parte, la facultad de vigilancia que tiene la Junta pertenece a lo que en la teoría del derecho administrativo se denomina como «Poderes implícitos». No de otra forma podría garantizarse el cumplimiento de las normas del Acuerdo.

prácticas y máxime, si se considera que el promedio del Arancel Externo Común es bastante bajo. Esto es especialmente dramático cuando la posición dominante del infractor, en la subregión, está determinada por barreras naturales de acceso al mercado. Es el caso por ejemplo, de aquellos productos en donde el costo de transporte de las importaciones, provenientes de terceros países, representa una gran proporción del precio final.

A lo anterior se agrega, que no existe ningún mecanismo que permita prevenir, «a-priori», las infracciones a la ley de la competencia.

En efecto, la Decisión 285 no establece una prohibición «per se» de las prácticas anticompetitivas. Ellas sólo se reprimen en la medida en que causen un perjuicio a la industria, criterio que quizá sea adecuado para adoptar medidas contra el «Dumping» y las subvenciones», pero que resulta totalmente inapropiado para combatir las prácticas colusivas y los abusos de posición dominante en el mercado.

Las consideraciones anteriores, ponen en evidencia la urgente necesidad de revisar a fondo las regulaciones andinas sobre la materia, así como las instituciones encargadas de aplicarlas. La falta de unas instituciones sólidas dotadas de poderes suficientes, en este sentido, puede conducir a que cada país tenga su sección «super 301» al estilo de los Estados Unidos. Bien podrían aprovecharse las intenciones de reestructurar la Junta, que quedaron plasmadas en la Decisión 325, con el fin de dotar a la Junta de los poderes suficientes y de adelantar las reformas requeridas.

Asímismo, se precisa el diseño de un programa educativo para sentar las bases de una cultura de la competencia en la subregión.

No debe olvidarse que en la etapa en la que acaba de entrar el Grupo Andino, el control de las prácticas horizontales, en especial los acuerdos para fijar precios, es esencial, a efectos de evitar que se desvirtúe la unión aduanera¹⁰¹.

101 Véase Deacon, David y Caballero, Sanz. Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia. Aspectos Teóricos y Prácticos. Ponencia preparada para el Módulo C «Condiciones de Competencia, Ajuste y Estabilidad en el Marco de la Integración Regional», organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), Montevideo, Uruguay, 5-9 de julio de 1993.

2.6.2. *Legislación Andina vs Legislación de los Países Miembros*

Además de la Decisión 285, Colombia, Venezuela y Perú¹⁰² tienen su propia legislación local de defensa de la competencia. Bolivia y Ecuador no han adoptado aún una normativa sobre la materia.

Cabe aquí preguntarse si se presenta algún tipo de conflicto en la aplicación de la legislación común y la de los Países Miembros. A mi juicio, la legislación local y la subregional pueden aplicarse concomitantemente a una misma conducta, pues al paso que la Junta del Acuerdo de Cartagena sólo puede adoptar medidas de carácter eminentemente comercial, cuyos destinatarios son los Países Miembros, las agencias locales deben adoptar medidas de tipo sancionatorio aplicables directamente a los infractores.

Es el caso por ejemplo, de un acuerdo entre dos productores colombianos para fijar un precio único en todo el mercado subregional, incluyendo el colombiano. En este caso, la Junta podría autorizar a los países afectados para reducir el arancel de ese bien frente a terceros países. Lo anterior no obsta, para que los infractores sean denunciados ante la Superintendencia de Industria y Comercio Colombiana y en consecuencia sean sancionados por violar la ley local.

No obstante, cuando la práctica tiene efectos en el resto del mercado subregional, pero no en el colombiano, en principio la legislación colombiana no sería aplicable. En estos casos, se corre el riesgo de que la conducta se quede impune pues, como ya vimos, las medidas comerciales no siempre son eficaces para disuadir a los infractores de que cesen en sus prácticas restrictivas o abusivas.

Es preciso advertir que Venezuela, Colombia y Perú aplican sus respectivas legislaciones de acuerdo con sus propios criterios. Es decir, que no existen unas pautas armonizadas ni una coordinación entre ellos, para la aplicación de sus legislaciones locales. Tanto la disparidad de criterios en estos países, como la ausencia de legislación en Bolivia y en el Ecuador, pueden llevar a serias distorsiones de la competencia en el

102 -Colombia, Decreto 2153 de 1992 y Ley 55 de 1959.

-Perú, Decreto 70 de noviembre 5 de 1991.

-Venezuela, Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, Gaceta Oficial No. 34.880 del 13 de enero de 1992.

mercado ampliado y constituirse en barreras y obstáculos para el comercio y para los objetivos de la integración. En consecuencia, la armonización de criterios debería ser una tarea prioritaria en vista de la vigencia del Arancel Externo Común.

Se resalta, además, la conveniencia de establecer canales de comunicación entre la Junta y las agencias locales encargadas de aplicar esta política, de tal manera que hubiera un permanente intercambio de información. Esto facilitaría enormemente la armonización de los criterios y además ayudaría a detectar las incongruencias y contradicciones que surgieran de la aplicación de la legislación entre los diferentes países.

Debe anotarse, en este sentido, que mientras no existan criterios uniformes, la legislación se aplicará de acuerdo a la conveniencia e intereses de cada país y no conforme a los objetivos de la integración.

En el mismo sentido, se requiere establecer un procedimiento para solucionar las controversias que surjan entre la aplicación de las diversas legislaciones nacionales. Lo anterior, mientras se dota a la Junta de verdaderas facultades sancionatorias, reforma que sería ideal introducir en el futuro inmediato.

Finalmente, debe estudiarse la situación de Bolivia y Ecuador y especialmente la conveniencia de que adopten una legislación para la promoción de la competencia acorde con los criterios que se armonicen a nivel subregional.

Ahora bien, ¿cuáles son los niveles mínimos de armonización? y ¿las prioridades en esos niveles? Esas son preguntas que deberán responderse, una vez que se establezcan los canales de comunicación entre la Junta y las agencias nacionales y se conozcan cuáles son las disparidades y sus efectos en el Mercado Andino.

De todas maneras, para la armonización de criterios puede tenerse en cuenta y como simple referencia, el articulado de un ley tipo y sus comentarios que se han propuesto en el ámbito de la UNCTAD¹⁰³.

3. GRUPO DE LOS 3. (G-3)

Este tratado que entró en vigencia el 1º de enero del presente año, se firmó con el fin de crear una zona de libre comercio entre México,

103 Véase el proyecto de articulado del modelo de ley para países en vías de desarrollo y sus comentarios, preparado por la Secretaría de la UNCTAD, Documento TD/B/RBP/81/ Rev 2 de agosto 23 de 1993.

Venezuela y Colombia y de fomentar, no sólo el crecimiento del comercio de bienes, sino también el de servicios.

En lo que a competencia comercial se refiere, el convenio sólo hace mención a los subsidios y a las prácticas de Dumping.

En efecto, se establece, que a partir de la firma del mismo, los Países Miembros no podrán seguir confiriendo subsidios a las exportaciones de bienes industriales.

De otra parte, se dispone que para efectos de contrarrestar estas prácticas los países aplicarán sus legislaciones internas con arreglo a las disposiciones del GATT.

No obstante que en el preámbulo del texto del G-3, consta que uno de sus objetivos es «...*promover condiciones de competencia leal en el comercio entre las partes*», llama la atención el hecho de que en este tratado no se consagraron normas, ni se hizo alusión alguna a las prácticas restrictivas de carácter particular, excepción hecha del capítulo relativo a los servicios de telecomunicaciones, que contiene normas bastante generales, tendientes a evitar que los monopolios que establezcan las partes en esta materia incurran en prácticas que restrinjan la competencia.

Respecto de las empresas estatales, y de las compras del sector público, se establecen normas tendientes a evitar cualquier tipo de trato discriminatorio en la venta de bienes y prestación de servicios; y además se dispone que las empresas del Estado no deben utilizar su posición monopólica para incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia.

No obstante, en ninguna parte del tratado se definen, enumeran o tipifican las prácticas que deban considerarse como restrictivas de la competencia.

En cuanto a las compras estatales se establece el trato nacional, lo cual representa un adelanto en relación con la legislación del Pacto Andino. Debe mencionarse, sin embargo que Colombia y Venezuela se reservaron la facultad de aplicar sus legislaciones internas en materia de procedimientos de contratación y mecanismos de impugnación, por un período de diez años.

Finalmente, se estableció un Comité de Competencia, encargado de presentar informes y trabajos a la Comisión, en lo concerniente a las leyes y políticas de los Países Miembros, relativos a este tema.

En suma, en el marco del G-3, si bien hay un intento por minimizar los efectos indeseables de los monopolios estatales y de evitar el trato

discriminatorio en las compras gubernamentales, puede afirmarse que en materia de competencia comercial está todo por hacer. No existe una legislación común ni unas instituciones supranacionales. En este sentido, son válidas las consideraciones realizadas en relación con el Grupo Andino, en cuanto a la armonización de criterios, tarea que en este caso podría asignársele al Comité de Competencia.

Debe sin embargo mencionarse que en el G-3 nada se dice sobre las prácticas anticompetitivas de los particulares y, en consecuencia, el primer paso sería incluir el tema en el ámbito del tratado.

4. MERCOSUR

Aunque el proceso de integración del MERCOSUR es mucho más reciente que el del Grupo Andino, se pueden advertir deficiencias parecidas a las que se han analizado. Los autores que han estudiado la materia, señalan entre otras las siguientes dificultades¹⁰⁴:

1. Ausencia de una cultura de la integración y de la competencia, lo cual se atribuye a la escasa experiencia en los cuatro países, en materia de desarrollo y aplicación de estas políticas.
2. Disparidad y falta de políticas comunes en lo que a la actividad de las empresas estatales se refiere. En este sentido, debe mencionarse que Brasil y Argentina se han comprometido fuertemente en políticas de privatización y desregularización. Lo anterior, ha significado que estos países revisen su legislación sobre competencia comercial, no sólo para conciliarla con el régimen del MERCOSUR, sino también para ajustarla a sus propias necesidades internas.

En este sentido, se señala como una tarea imprescindible en la esfera del MERCOSUR, la de compatibilizar los regímenes jurídicos aplicables a los monopolios legales de las empresas estatales, que gocen de privilegios especiales o se rijan por reglas incompatibles con los objetivos de la integración económica.

3. Ausencia de unos instrumentos supranacionales capaces de actuar en la esfera administrativa y judicial.

¹⁰⁴ Es escasa la literatura sobre la ley de promoción de la competencia en el MERCOSUR. Por consiguiente, este acápite se ha basado en el documento titulado «La Compatibilidad Institucional del Mercosur, la Experiencia de la CEE». José Geraldo Piquet Carneiro.

4. No existe una ley supranacional de defensa de la competencia. En el Tratado de Asunción sólo existen dispositivos de carácter general. De tal manera, que al igual que en el Grupo Andino, la disparidad de las políticas internas puede ser un elemento perturbador en el proceso de integración. Desde este punto de vista, se ha sugerido armonizar las legislaciones o crear una legislación común de defensa de la competencia, que sea aplicada por una autoridad supranacional.

Para estos propósitos, se estableció un Comité de Competencia encargado de presentar informes y trabajos a la Comisión, en lo concerniente a las leyes y políticas de los Países Miembros.

De otra parte, el Consejo del Mercado Común, expidió la Decisión CMC/No 21/94, con el fin de establecer parámetros comunes para la defensa de la libre competencia en MERCOSUR. En pocas palabras, esta decisión dispuso lo siguiente:

1. A más tardar el 1º de marzo de 1995 los Países Miembros deben presentar a la Comisión de Comercio, un informe detallado sobre la compatibilidad de sus legislaciones nacionales o de sus proyectos en trámite, con las pautas generales de armonización aprobadas en esa misma Resolución.
2. Con base en esas informaciones, la Comisión de Comercio someterá, a más tardar el 30 de junio de 1995, la propuesta del Estatuto de Defensa de la Competencia en MERCOSUR.
3. Se establece un procedimiento para tramitar las denuncias correspondientes, hasta tanto se apruebe el correspondiente estatuto.

En los casos de violación a las normas de la libre competencia, el estado que se considere afectado podrá presentar, ante la Comisión de Comercio, la denuncia respectiva con las justificaciones del caso.

El estado al cual pertenece la empresa o persona denunciada, realizará la investigación y aplicará las sanciones del caso, de acuerdo con lo dispuesto en su legislación interna.

4. Las reglas de armonización que se fijan en el Anexo de la resolución estudiada, siguen muy de cerca los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Ellas prohíben todo acuerdo entre agentes

de la actividad económica, tendientes a restringir o falsear la competencia, tales como acuerdos de fijación de precios, distribución o límite de la producción, división de mercados, cláusulas discriminatorias en los contratos, etc., así como cualquier conducta que implique el abuso de una posición dominante en el mercado.

La decisión mencionada, contiene un gran avance, en relación con la legislación del Grupo Andino, al prohibir «per se» este tipo de conductas, sin entrar a distinguir si éstas causan o no perjuicios a las demás industrias de la región.

Igualmente, el Artículo 5° dispone que los estados miembros someterán a control las operaciones de cualquier naturaleza entre empresas o grupos de empresas que impliquen una concentración económica de la cual resulte una superior o igual al 20% del mercado de que se trate y que produzcan efectos anticompetitivos, en todo o en parte del mercado del MERCOSUR.

Asimismo, se establece la obligación para los estados miembros de cooperar entre sí, directamente o con la Comisión de Comercio para asegurar el adecuado cumplimiento de las normas de la competencia y entre los mecanismos de cooperación se mencionan el intercambio de información, consultas, asesorías, cooperación técnica, etc.

5. En lo que respecta al tema del dumping, los subsidios y los monopolios estatales, estas prácticas, por iniciativa del Brasil quedaron excluidas de la legislación de defensa de la competencia, según consta en el Acta N° 9 de MERCOSUR/SGT/ N°10 de La Comisión AD-Hoc para la defensa de la competencia. Brasil adujo para ello, que sería antitécnico la inclusión de estos temas en la legislación mencionada. En consecuencia, se acordó que las distorsiones surgidas de las mismas se registrarán por lo establecido en las disposiciones del GATT.

Aquí de nuevo debe reiterarse que la aplicación de los mecanismos antidumping y antisubvenciones para las importaciones provenientes de los Países Miembros, pueden implicar retrocesos en el proceso de integración. Sobre el particular, es deseable estudiar la posibilidad de seguir el ejemplo de la Comunidad Económica Europea, en el sentido de eliminar de una manera gradual, la aplicación de estos mecanismos, para el comercio Intra-Mercosur.

5. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas en la presente ponencia, muestran que en materia de competencia comercial, los acuerdos de integración latinoamericanos tienen un largo camino por recorrer. Se destaca especialmente la urgencia de crear una cultura de la competencia, para lo cual las autoridades de los gobiernos y las instituciones supranacionales deben realizar una ardua labor educativa.

Igualmente, es importante hacer énfasis en la necesidad de adoptar una legislación común sobre la defensa de la competencia y de fortalecer los poderes de las autoridades supranacionales para adelantar investigaciones e imponer sanciones directamente a los infractores. De no ser esto posible en el corto plazo, sería deseable que al menos, se promovieran programas de cooperación entre los Países Miembros de cada esquema, para que apliquen su legislación cuando las prácticas restrictivas de los particulares tengan efectos anticompetitivos en el territorio de los otros socios. En este sentido, es fundamental armonizar los criterios, procedimientos y sanciones que debe imponer cada país en su respectivo territorio.

En cuanto a los mecanismos antidumping, valdría la pena tener como referencia el esquema adoptado por la Comunidad Económica Europea, en virtud del cual, se eliminó gradualmente la aplicación de derechos antidumping para las importaciones provenientes de los países de la comunidad y se estableció una legislación común para hacer frente a las importaciones afectadas por estas prácticas, cuando provinieran de terceros países.

De todas maneras, mientras se eliminan las disposiciones antidumping intrarregionales, es deseable, al menos, que ellas se apliquen de la manera más compatible posible con la legislación de defensa de la competencia, de tal manera que se prohíban por ejemplo, los acuerdos mediante los cuales se establezcan cuotas o se limiten las exportaciones.

Finalmente, debe ponerse de relieve que de nada sirve contar con una legislación de promoción de la competencia, si son los mismos gobiernos los que se encargan de crear distorsiones, derivadas de sus políticas industriales o comerciales y si sus compromisos en los acuerdos de integración no son coherentes. En este sentido, es necesaria una verdadera disciplina que evite la dilación indeterminada respecto de la eliminación de los subsidios, de la liberación comercial o de la adopción de un verdadero Arancel Externo Común.

Esta disciplina es un requisito sine qua non, para poner en marcha la política de promoción de la competencia, en cualquier acuerdo de integración regional.

LEGISLACIÓN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN ANTIDUMPING EN COLOMBIA

GABRIEL IBARRA PARDO.

*Revista de Derecho Privado N° 14 Universidad de Los Andes,
Bogotá, 1994.*

INTRODUCCIÓN

GARANTIZAR la libre competencia comercial en los mercados, ha sido un objetivo celosamente perseguido en los países desarrollados con economías abiertas; los países anglosajones y la Comunidad Económica Europea, cuentan con una rigurosa y desarrollada legislación e instituciones encargadas de garantizar y promover la libre competencia económica y reprimir prácticas restrictivas, abusos de poder, importaciones a precios de dumping o subvenciones, que afecten a la industria nacional y que puedan impedir, restringir o falsear la libertad de competencia económica.

Sin embargo, en los países latinoamericanos, estas normas no habían llamado la atención del gobierno y del sector privado, toda vez que el esquema proteccionista que hasta hace poco tiempo caracterizó a las economías latinoamericanas, significaba que los productores locales estuvieran prácticamente aislados de la competencia foránea.

Este panorama ha cambiado con las políticas de apertura económica y hoy en día, el industrial colombiano, está expuesto, no solo a una intensa competencia extranjera, sino también a distorsiones originadas en excedentes de producción, precios discriminatorios, subsidios y otras prácticas restrictivas, tales como carteles de exportación, las cuales son alentadas, a veces, por los mismos Gobiernos de los países exportadores.

Lo anterior ha llevado al gobierno nacional a redefinir todo el esquema legal de la competencia comercial y a adoptar nuevas herramientas para hacer frente a estos fenómenos¹⁰⁵.

Entre ellas se destacan el mecanismo antidumping administrado por el Incomex y el Ministerio de Comercio Exterior y el Decreto 2153 de 1992, que busca hacer operativos los principios de la Ley 155 de 1959¹⁰⁶. La Ley 155 de 1959 buscó garantizar la libre competencia comercial y evitar los abusos de poder económico, por parte de las empresas que tuvieran una posición dominante en el mercado. Sin embargo, esta ley nunca tuvo aplicación práctica.

El Decreto 2153 de 1992, permite la adopción de medidas tendientes a reprimir las prácticas restrictivas de la competencia comercial y confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad de adoptar medidas eficaces para contrarrestarlas.

Pasaremos brevemente a hacer una reseña de estos instrumentos:

105 Actualmente, el cuerpo normativo relativo a las normas de la competencia, está disperso en diversas leyes que muy acertadamente ha enunciado el Dr. Alfonso Miranda Londoño en su ponencia «Actualización sobre Promoción de la Competencia e Integraciones Económicas, de la cual cito las siguientes:

- a). Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992).
- b). Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3466 de 1982).
- c). Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el Decreto 150 de 1993).
- d). Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenidas en los Artículos 75 y 77 del Código de Comercio)».

106 Existen normas específicas para los sectores de telecomunicaciones y en este momento cursa en el Senado el Proyecto de Ley Eléctrica N° 127 de 1992 (Arts. 3 y ss), en donde se protege la libre competencia comercial.

I. ESTATUTO ANTIDUMPING- DECRETO 150 DE 1993

Busca contrarrestar los efectos nocivos del Dumping y de los subsidios.

1. DUMPING

El dumping es una práctica que va en detrimento de las industrias locales. Se considera que una importación se efectúa a precio de «dumping» cuando su precio de exportación es menor que el valor de mercado de un producto similar destinado al consumo en el país de origen o de exportación en operaciones comerciales, comparadas en el mismo nivel de comercialización.

El GATT contempla mecanismos para corregir el dumping cuando éste es perjudicial para la industria nacional.

En ocasiones, una misma práctica puede implicar, además del fenómeno del dumping, el de los precios predatorios.

Lo anterior se puede presentar en el caso de las importaciones, cuando además del dumping el producto importado se revende en Colombia, por debajo de los costos de importación (bodegaje, transporte interno, etc.). El objetivo de esta práctica es excluir a los demás competidores.

No obstante, estos dos fenómenos no deben confundirse. A diferencia del dumping, en el caso de los precios predatorios quien incurre en la práctica no es el exportador, en el exterior, sino el importador en Colombia y el remedio para combatirla estaría, no solo en el Estatuto Antidumping, sino además en las leyes sobre promoción de competencia¹⁰⁷.

En la mayoría de las legislaciones, los precios predatorios no son sólo ilegales «per-se» sino que están tipificados como conductas delictuosas. Países como Canadá contemplan en sus legislaciones castigos severos para este tipo de prácticas¹⁰⁸. Se requiere de ciertos requisitos para penalizar a alguien por este delito¹⁰⁹:

107 Cuando el importador revende el producto en Colombia por debajo del precio de compra y existe vinculación comercial con el exportador, el Incomex tiene en cuenta lo anterior para efectos de calcular el precio de exportación y de esta manera determinar el precio de dumping.

En todo caso, cuando el importador vende, el producto en Colombia, por debajo de los costos de importación, con la clara intención de excluir a la competencia, es dable acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que ésta inicie la investigación correspondiente.

108 La Sección 50 del Acta de Competencia del Canadá, al respecto dice lo siguiente: «Cualquier persona relacionada en un negocio cuya política sea la de vender a precios

1. La persona que realiza la conducta predatoria debe estar relacionada con una empresa o negocio.
2. Debe ser parte de la política de precios.
3. Se debe demostrar que esa política busca, o tiende dos efectos:
 - a) Sustancialmente lesionar la competencia.
 - b) Eliminar la competencia.

2. SUBVENCIÓN

De acuerdo con el Artículo 7º del Decreto 150 de 1993, «se considera que una importación ha sido subvencionada cuando la producción, fabricación, transporte o exportación del bien importado o de sus materias primas e insumos, ha recibido directa o indirectamente cualquier prima, ayuda, premio, estímulo o incentivo del gobierno del país de origen o de exportación o de sus organismos políticos o mixtos».

También se considera subvención el empleo de cambios múltiples en el país de origen o de exportación, así como la existencia de alguna forma de sostenimiento de los ingresos o precios cuando con ello se otorgue ventaja.

Algunos gobiernos consideran que los subsidios son herramientas esenciales y plausibles para ayudar a grupos o regiones menos favorecidas. El problema se presenta, cuando el subsidio es discriminatorio, es decir cuando se concede exclusivamente a las exportaciones; en estos casos, el subsidio otorga una ventaja artificial a quien lo recibe, porque la competitividad del exportador no radica en su eficiencia. De hecho, el esquema de los subsidios lleva a desvirtuar la competencia comercial en el ámbito internacional, porque quien tiene mayores oportunidades de competir es el productor del país que cuente con la hacienda más fuerte.

La eliminación de las ayudas o subsidios en el comercio internacional, es conveniente por las siguientes razones:

irracionalmente bajos, buscando el efecto o la tendencia de reducir sustancialmente la competencia o eliminar a un competidor, o que designe una política para tal efecto, es culpable de esta ofensa y expuesto a prisión por 2 años».

1. Los subsidios y las ayudas estatales reducen la eficiencia económica mundial y por lo tanto disminuyen las ganancias del intercambio internacional de todas las naciones.
2. Un programa de subsidios puede incentivar el establecimiento de industrias que no tengan ventajas reales o retardar los ajustes radicales a una industria ineficiente.
3. Finalmente, la adopción de ayudas y subsidios estatales lleva a una distorsión del comercio mundial ante las medidas de represalia comercial que pueden ejercer otros países¹¹⁰.

3. AUTORIDADES COMPETENTES

El Incomex es la Autoridad Administrativa competente para adelantar las investigaciones por importaciones realizadas a precios de dumping o con subvenciones, que causen o amenacen causar un perjuicio a la industria nacional. El Incomex a través de la Subdirección de Prácticas Comerciales se encarga de determinar la existencia de dumping o subsidio, perjuicio y nexo causal entre uno y otra. El cobro de derechos provisionales es determinado y ordenado por el Director del Incomex y si hay lugar a ello, la determinación final y su aplicación es función del Ministro de Comercio Exterior.

Durante los tres años de aplicación del Estatuto Antidumping se han presentado 15 solicitudes contra diferentes países como Estados Unidos, Bélgica, México, Cuba, Gran Bretaña, Holanda y Alemania.

II. LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

El derecho de la competencia comercial encuentra su finalidad en la defensa de los intereses y de la calidad de vida de los consumidores. A través de la libre competencia comercial se busca, la optimización de la distribución de los recursos, así como el progreso tecnológico en el mercado.

¹¹⁰ Hufbauer, Gary Clyde, *Subsidies in International Trade*, MIT Press 1984. Capítulo II.

La Constitución de 1886 prohibió los monopolios privados y garantizó la libertad de empresa y la iniciativa privada a través de los Artículos 31 y 32.

Con base en estos artículos, se expidió la Ley 155 de 1959, con el fin de garantizar la libre competencia comercial y evitar que aquellas empresas que tuvieran una posición de dominio en el mercado, abusaran de este poder económico.

Con la expedición de la Constitución de 1991, el gobierno buscó proteger y promover la libre competencia comercial, mediante los principios consagrados en los Artículos 333¹¹¹ y 226 de la Constitución Nacional¹¹².

En desarrollo de los mencionados artículos se expidió el Decreto 2153 de 1992, que pretendió hacer efectivas las normas de competencia comercial, en busca de los siguientes objetivos:

1. Mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional.
2. Que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios.
3. Que las empresas puedan participar libremente en los mercados.
4. Que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

El Decreto 2153 consagró una lista de conductas prohibidas, en sus Artículos 47¹¹³ y 48¹¹⁴. A su vez, como ya se mencionó, este decreto dio

111 Artículo 333 Constitución Nacional:

«Que 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».

112 Artículo 226 de la Constitución Nacional.

«El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas económicas, sociales y ecológicas sobre equidad, reciprocidad y conveniencia nacional».

113 Artículo 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.

la facultad a la Superintendencia de sancionar¹¹⁵ a los infractores con penas, que incluso pueden llevar al cierre del establecimiento.

Toda vez que la legislación de la competencia ha tenido su desarrollo en las economías de mercados de gran tamaño, como Estados Unidos, Canadá y la Comunidad Económica Europea, es necesario que los países latinoamericanos que cuentan con mercados mucho más pequeños, desarrollen esquemas adecuados que respondan a sus condiciones particulares.

Así las cosas, en la mayoría de las economías mencionadas, para determinar si una empresa tiene una posición de dominio, se analiza la participación en el mercado que tenga la compañía investigada.

No obstante en las economías pequeñas, como es el caso de las latinoamericanas, las condiciones de mercado pueden verse alteradas, sin que exista necesariamente una participación significativa, de quien incurre en la práctica, sobre todo, si se trata de grandes compañías que cuentan con posición de dominio en el mercado internacional.

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 constituyan 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 e adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

114 »Artículo 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. Influir a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios 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».

115 Artículo 44. Ambito Funcional.

La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante».

Estas compañías pueden afectar significativamente los precios locales en el país de importación, con el simple envío de cotizaciones y ofertas a precios muy bajos. En consecuencia, la aplicación y desarrollo de la legislación sobre promoción de la competencia, debe tener en cuenta, como aspecto sustancial la sensibilidad y características particulares de los mercados latinoamericanos.

III. ESTATUTO ANTIDUMPING VS. LEYES DE COMPETENCIA

III.1. AMBITO DE APLICACIÓN

Puede afirmarse que, el Estatuto Antidumping y la Ley de Competencia buscan promover la libre competencia comercial y proteger al consumidor. Sin embargo, al paso que el primero conlleva la adopción de medidas de carácter macroeconómico que tienen efecto en el ámbito internacional, el segundo, se limita a la aplicación de sanciones de carácter eminentemente local.

Sin embargo, existen algunos críticos que sostienen que los derechos antidumping contribuyen a la segmentación de mercados y a proteger los monopolios nacionales de la competencia extranjera¹¹⁶. También se ha afirmado que las políticas antidumping con frecuencia son manipuladas por la industria local con propósitos proteccionistas. Por estas razones, se ha llegado a sostener que el dumping, sobre todo cuando se trata de aquél conocido como predatorio, debería ser reprimido mediante las leyes de promoción de la competencia y no mediante la imposición de derechos antidumping.

No obstante, la experiencia muestra que las críticas anteriores son más bien predicables del abuso que pudiera hacer cada país en la aplicación de los mecanismos antidumping, y no a los mecanismos en sí mismos considerados.

En efecto, con frecuencia se afirma que en los Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea se utilizan los derechos antidumping de una manera proteccionista. En este sentido, el Código Antidumping del GATT busca, sobre todo, evitar que se abuse de la aplicación de este sistema, aspecto que no parece preocupar a las naciones desarrolladas.

116 Phedon, Nicolaidis, *The Competition Effects of Dumping*, *Journal of World Trade*.

En el caso de economías como la colombiana, las normas antidumping tiene una importancia vital, sobre todo para evitar que los excedentes de producción de otros países, arrasasen con la industria local.

Pero paradójicamente, existe cierto temor en los países desarrollados por la manera como los países que están iniciando el proceso de apertura económica, puedan utilizar estos mecanismos. En el caso colombiano puede afirmarse que las autoridades han sido bastante ortodoxas en la aplicación del Decreto 150 de 1993. Lo cierto es que los principales socios comerciales de Colombia, como son los Estados Unidos, la Comunidad Económica Europea y los demás países, no están dispuestos a abolir los mecanismos antidumping; por el contrario, su utilización es cada vez más intensa en esos mercados.

Al respecto, debe tenerse presente que en el campo de las relaciones económicas internacionales la reciprocidad debe ser la regla de juego.

Si bien la tesis, de que el fenómeno del dumping debe combatirse a través de la legislación de la promoción de la libre competencia, obedece a que se considera que esta práctica es una modalidad de discriminación de precios a nivel internacional, no se ve como los jueces locales pudieran aplicar la ley de competencia al sujeto activo de esta práctica, es decir a los exportadores ubicados fuera de la jurisdicción del país de importación.

A este respecto, los Estados Unidos no solo se han conformado con aplicar de manera intensiva los derechos anti-dumping para combatir esta práctica sino que se ha presentado un proyecto de ley ante el Congreso, denominado¹¹⁷ «International Fair Competition Act of 1993», mediante el cual se conferiría a los productores perjudicados por el dumping la posibilidad de interponer acciones legales contra cualquier persona que importe o venda en los Estados Unidos a precios de dumping artículos producidos en el extranjero, con el fin de buscar la reparación de los perjuicios.

Quienes respaldan este proyecto han argumentado que las «*leyes antitrust*» vigentes en los Estados Unidos no confieren una adecuada protección contra el comportamiento anticompetitivo de productores extranjeros, sobre todo con la aparición intensiva de los carteles internacionales de exportación.

117 Weiner, Michael L., «The Increasing Internationalization of Antitrust», Magazine Antitrust, Fall 1993.

En consecuencia, puede concluirse que, mientras no exista un código internacional y un foro supranacional ante el cual pueden llevarse este tipo de controversias, la única forma de combatir el dumping es mediante la imposición de derechos antidumping; y ni qué decir, cuando se trata de subsidios, práctica que depende de la política económica de otros países y no en la actividad privada.

Debe mencionarse que el tema de la extraterritorialidad ha dado lugar a múltiples controversias, toda vez que la aplicación de la ley de un estado en el territorio de otro país, puede vulnerar la soberanía y la integridad territorial del exportador del estado afectado. Países como Estados Unidos sostienen la tesis de que las Cortes Norteamericanas pueden ejercer su jurisdicción sobre conductas que tengan un impacto en el mercado doméstico norteamericano.

A pesar de lo anterior, puede afirmarse que no existe hasta el momento un consenso sobre la aplicación extraterritorial a la ley.

III. 2. CÓDIGO INTERNACIONAL ANTITRUST GATT

Es de vital importancia el proyecto de Código Internacional Antitrust que ha elaborado un grupo de expertos, con el fin de presentarlo a las Partes Contratantes del GATT. Sin embargo, existe aún mucho escepticismo sobre la posibilidad de llegar a un consenso en esta materia.

El grupo que ha venido trabajando en el proyecto referido ha sugerido una lista de principios básicos que serían incorporados en las leyes de los países que eventualmente escogieran adoptar el acuerdo.

De prosperar las negociaciones en este sentido, sería necesario comenzar a estudiar la manera de resolver los conflictos e inconsistencias que se pudieran presentar entre los Códigos «Antidumping» y «Antitrust», en el marco del GATT. Sólo en ese entonces, se podrá estudiar la conveniencia o inconveniencia de tratar estos fenómenos bajo un régimen unificado.

La adopción de este Código vendría a llenar un vacío que se hizo notable en el GATT desde sus comienzos. En efecto, el GATT nunca se había ocupado de las normas restrictivas de la competencia, por tratarse de prácticas privadas, no obstante aquellas pudieran constituir barreras al comercio y en algunos casos con efectos más graves que los producidos por las barreras creadas por los gobiernos.

Las razones por las cuales es conveniente la adopción de este código han sido claramente expuestas por el grupo de trabajo que redactó el Código Internacional «*Anti-trust*». Ellas se resumen a continuación:

1. La caída del Muro de Berlín, factor que ha llevado a hablar de un nuevo orden mundial y a incrementar notablemente el flujo de comercio internacional.
2. La necesidad de que el comercio no se vea restringido por prácticas tales como carteles de exportación y redes excluyentes de distribución que segmenten los mercados. Estas prácticas anulan y contrarrestan los esfuerzos de los gobiernos para liberar el comercio internacional.
3. La necesidad de acabar con los carteles que han aparecido en algunas naciones, bajo la teoría de que el perjuicio causado a los extranjeros es indiferente para los gobiernos locales. Esto hace posible que los infractores eviten las sanciones, por sus conductas anticompetitivas, bajo el pretexto de que no se encuentran en la jurisdicción del país afectado.
4. En la medida en que las naciones se integran en un mayor grado al comercio internacional, en virtud de las políticas aperturistas, la tradicional separación entre las leyes antitrust o de competencia y las leyes dirigidas a combatir el Dumping pierden su sentido. Ambas disciplinas están dirigidas a combatir el mismo fenómeno aunque por caminos diferentes. La ventaja de unificar estas dos legislaciones sería la de darle un único tratamiento al mismo fenómeno.

No obstante para que la unificación fuere operativa sería necesario, establecer una autoridad internacional que sirviera como foro para este tipo de controversias.

5. La disparidad que existe entre las diferentes leyes de promoción de la competencia, en los diversos países, puede constituir un gran obstáculo para las relaciones a nivel internacional. Un régimen global puede establecer unos niveles de exigencia común y además puede contribuir a disminuir las diferencias entre los diversos sistemas legales.
6. La globalización de la economía que ha traído como consecuencia la expansión de las grandes compañías, más allá de las fronteras de sus países de origen, significa que los efectos de las transacciones comerciales no pueden evaluarse a nivel local, sino

de acuerdo con el impacto que tengan éstas en las relaciones internacionales.

Las naciones individualmente consideradas no puede evaluar el impacto de las transacciones de sus empresas en el contexto global, al paso que una autoridad supranacional, sí estaría en capacidad de hacerlo.

7. De hecho, el proceso de convergencia de una legislación antitrust se está dando en el mundo. Esto se puede apreciar en la medida en que los países de la EFTA (European Free Trade Association) han adoptado las leyes de la Comunidad Económica Europea. Por su parte, los países de europa oriental están tratando de adaptar esta legislación a su esquema.

Más allá de Europa el proceso de convergencia se está dando sin que exista coincidencia acerca del mismo. El proceso de desarrollar un código internacional implica indudablemente una mayor concientización sobre esta convergencia.

Finalmente, se aduce que las reglas de competencia a nivel internacional pueden únicamente ser establecidas si se toman en cuenta todos los intereses, incluyendo el de los consumidores. Considera el grupo de trabajo que «sobre el particular existe la impresión, a nivel mundial, de que las oportunidades están siendo determinadas por fuerzas económicas impersonales y distantes burocracias económicas, sobre las cuales nadie tiene un justo y efectivo control».

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL ESTATUTO ANTIDUMPING Y EL DECRETO 2153 DE 1992

A continuación se presenta un cuadro donde se han consignado las principales diferencias entre el Estatuto Antidumping y el Decreto 2153 de 1992.

Estatuto Antidumping**Ley de Competencia****Objetivos**

1. Contrarrestar los perjuicios a la producción nacional, ocasionados por el dumping o por las subvenciones, a través de la imposición de derechos antidumping o compensatorios.
2. Proteger a la industria nacional y a largo plazo al consumidor, quien finalmente se va a ver afectado por el dumping.

Autoridad competente

Instituto Colombiano de Comercio Exterior «INCOMEX» y el Ministerio de Comercio Exterior.

Mecanismos

Derechos antidumping o compensatorios que se imponen sobre un país o particularmente sobre el exportador.

Ámbito de aplicación

Importaciones de productos originarios de países no Miembros del Acuerdo de Cartagena que sean objeto de dumping o subvenciones.

Objetivos

1. Mantener las condiciones de competencia y combatir las prácticas restrictivas en los mercados
2. Proteger al consumidor, la empresa y el mercado nacional.

Autoridad competente

Superintendencia de Industria y Comercio Exterior

Mecanismos

Sanciones que se imponen al infractor.

Ámbito de aplicación

Sobre actividades que violen normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales y restrictivas.

Estatuto Antidumping	Ley de Competencia
<p>Requisitos</p> <p>1. Se exige la existencia de perjuicio o amenaza de perjuicio.</p> <p>2. Debe existir un nexo casual entre el dumping o el subsidio y el perjuicio.</p> <p>3. La solicitud debe ser presentada por la industria nacional que represente parte principal de la producción nacional.</p>	<p>Requisitos</p> <p>1. No aplicable.</p> <p>2. No aplicable.</p> <p>3. Cualquier persona puede presentar una solicitud ante la Superintendencia de Industria y Comercio.</p>
<p>Período investigado</p> <p>Seis(6) meses anteriores a la investigación.</p>	<p>Período investigado</p> <p>No existe delimitación para la investigación.</p>
<p>Sujeto afectado</p> <p>El exportador principalmente.</p>	<p>Sujeto afectado</p> <p>El infractor de la Ley de competencia.</p>

VI. CONCLUSIONES

1. Si bien en la legislación antidumping y la Ley de Promoción de la Competencia buscan reprimir las conductas restrictivas que puedan afectar la libre competencia, los mecanismos para utilizar una y otra deben ser diferentes, considerando que no es posible combatir las prácticas de dumping a través de las medidas contempladas en el derecho de la competencia.

2. Los efectos de la aplicación del mecanismo antidumping sobre la competencia local dependen de la manera como las autoridades lo apliquen y no del Estatuto mismo. No obstante, en la utilización de este tipo de mecanismos se debe tener en cuenta el principio de reciprocidad en las relaciones internacionales.
3. Las leyes de promoción de la competencia son también una herramienta fundamental dentro del proceso de la apertura económica y aunque las legislaciones de países como Canadá, Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea constituyen un punto de referencia que no puede ignorarse, las condiciones propias de los países latinoamericanos, exigen depurar estas leyes para adaptarlas a sus condiciones particulares.

DIFERENCIAS ENTRE EL ESTATUTO ANTIDUMPING Y EL DECRETO 2153 DE 1992

GRUPO ANDINO

EN la actualidad el Grupo Andino cuenta con un régimen común a todos los países miembros para la promoción de la competencia.

El artículo 75¹¹⁸ del Acuerdo de Cartagena constituye la norma fundamental que ha sustentado la expedición de toda la normatividad en el marco del Grupo Andino.

Esta disposición establece la adopción de normas indispensables para prevenir y corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión.

En diciembre de 1971 se expidió la Decisión 45, cuyo objetivo primordial fue la regulación del fenómeno del dumping. Esta disposición consagró una lista enunciativa de prácticas restrictivas del comercio.

En diciembre de 1987, la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión 230, que consagró por primera vez el criterio del perjuicio o amenaza del perjuicio a la producción nacional como requi-

118 «Artículo 75 del Acuerdo de Cartagena contempla la adopción de normas para *prevenir* como para corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia dentro de la subregión y por lo tanto, es evidente que sienta las bases legales para el establecimiento tanto de mecanismos de prevención ex-ante como de corrección ex-post de las prácticas restrictivas».

Ibarra, Pardo Gabriel, «El Control de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Acuerdo de Cartagena: Un análisis comparativo de la Decisión 285», junio de 1991.

sito para la adopción de medidas correctivas. Sin embargo, esta Decisión no contempla un procedimiento diferente para prácticas diversas al dumping y no se refería de manera expresa a los subsidios ni a los derechos compensatorios. En este sentido, puede afirmarse que la Decisión 230 fue un paso importante, pero un poco precario en el establecimiento de las normas sobre la competencia.

El régimen de promoción de la competencia está conformada por las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

1. *Decisión 283:* En líneas generales, la Decisión 283 adoptó los principios básicos consagrados en los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT, así como en los Códigos Antidumping y de Subvenciones del mencionado Tratado. Contiene las regulaciones tendientes a corregir las distorsiones en la competencia, generadas por prácticas de dumping o subsidios.

Esta decisión consagra que los derechos antidumping o compensatorios no podrán aplicarse a menos que la Junta del Acuerdo de Cartagena adelante una investigación con base en pruebas positivas en donde se logren establecer los siguientes elementos:

- Existencia de dumping o subsidio.
- Perjuicio o amenaza de perjuicio a la producción nacional de un País Miembro del Grupo Andino.
- Relación de causalidad entre el subsidio o el dumping y el perjuicio o la amenaza de perjuicio a la industria nacional.

La Decisión se aplica en la materia de subsidios, siempre y cuando no se asuman compromisos de armonización de instrumentos de comercio exterior o en el evento en que los incentivos que se incluyan en estos compromisos distorsionen o perturben la competencia en el mercado subregional¹¹⁹.

Con esta Decisión quedan facultados para presentar una solicitud:

- a) Los Países Miembros a través de sus respectivos organismos de enlace y,

119 Ibarra, Pardo Gabriel, «El Derecho del Tráfico Económico en el Grupo Andino», Bogotá, diciembre de 1991.

- b) La empresa o empresas que invoquen interés legítimo en la medida en que lo permita la legislación nacional¹²⁰.

Derechos Antidumping y Compensatorios.

La Junta puede ordenar a los gobiernos de los Países Miembros la aplicación de derechos antidumping o compensatorios provisionales o definitivos.

Finalmente, es importante destacar que la Decisión 283 en su Artículo 14, contempla la posibilidad de que las partes interesadas alcancen una solución directa, mediante la adopción de compromisos, que cesen o disminuyan los efectos perjudiciales del dumping.

2. *Decisión 284:* Tiene por objeto corregir las distorsiones en la competencia, originadas por restricciones de las exportaciones. Las restricciones pueden ser de carácter cuantitativo, administrativo o cambiario.

Esta Decisión exige que se establezca en la investigación, que la exportaciones son susceptibles de causar o de amenazar causar un perjuicio a la industria subregional. Asimismo, se exige la existencia de un nexo de causalidad entre la restricción y el perjuicio correspondiente.

La Junta con esta Decisión puede ordenar cualquier acción tendiente a corregir o eliminar las distorsiones en las prácticas comerciales.

3. *Decisión 285:* Contiene las normas para corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas, como acuerdos, actuaciones paralelas, prácticas concertadas entre empresas que restrinjan, impidan o falseen la competencia en la subregión, así como la explotación abusiva de una o varias empresas de su posición dominante.

Si bien esta Decisión constituye un adelanto al tipificar las prácticas restrictivas de la competencia, presenta todavía vacíos, y es insuficiente para combatirlas de una manera eficaz.

Esta decisión no prohíbe «per-se» las prácticas concertadas y paralelas, ni el abuso de la posición dominante en el mercado.

120 Artículo 10, Decisión 283.

La Junta del Acuerdo de Cartagena únicamente puede adoptar remedios dirigidos a reprimir estas conductas cuando causen o amenacen causar un perjuicio a la industria subregional.

Lo anterior despoja a la Decisión del carácter preventivo que debería tener para evitar este tipo de conductas. Es decir que bajo la normatividad andina, las prácticas restrictivas están permitidas sin importar los efectos nocivos que éstas puedan tener en la competencia de la subregión, siempre y cuando estos no ocasionen un perjuicio o representen una amenaza para la industria subregional.

Desde este punto de vista, el interés del consumidor no está debidamente protegido.

La Junta, con base en la Decisión 285 puede adoptar las siguientes medidas.

1. Declaración de prohibición sobre la realización de la práctica.
No existe ningún mecanismo coercitivo que garantice la efectividad de este tipo de prohibición. En este sentido, es recomendable que la legislación consagre la oportunidad de adoptar sanciones pecuniarias o multas para los infractores, como ocurre en la Comunidad Económica Europea.
2. Aranceles preferenciales para las empresas afectadas¹²¹.

La Decisión 285 prevee que las empresas perjudicadas o amenazadas puedan solicitar a la Junta que autorice la aplicación de gravámenes preferenciales con el fin de importar el producto afectado, de terceros países.

Si bien esta medida en algunas ocasiones puede ser eficaz, esta pierde su efecto disuasivo, en la medida en que se reduzca el arancel externo común.

Tampoco es eficaz este mecanismo para proteger los intereses de los consumidores, quienes no están facultados para presentar la solicitud de investigación ante la Junta.

Esta Decisión debe replantearse en el sentido de prohibir «a-priori» las prácticas restrictivas de la competencia. Es necesario entonces, tipificar las conductas anticompetitivas y contemplar excepciones cuando cierto tipo de conductas o acuerdos, a pesar de ser restrictivas de la

121 Artículo 16, Decisión 285.

competencia, tengan como efecto beneficios mayores para el consumidor o mejoras significativas en los procesos productivos o en la tecnología.

Por otra parte, la Junta carece de un mecanismo realmente coercitivo y de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias, las cuales constituyen un mecanismo eficaz para reprimir las respectivas conductas anticompetitivas.

Debe advertirse que los bienes jurídicos tutelados por estas normas pueden entrar en conflicto. En estos eventos la Junta debe analizar cuál de ellos debe prevalecer.

Capacidad para Elevar Solicitudes.

La Decisión 285 faculta a las empresas para acudir directamente a la Junta sin depender del gobierno del país respectivo. Sin embargo, es necesario conferir a las asociaciones de consumidores la facultad de elevar peticiones ante la Junta.

En otros ordenamientos jurídicos, como el de la CEE, esta figura ya se ha adoptado y se denominan «Acciones Populares».

RECOMENDACIONES

Sería conveniente estudiar la posibilidad de consagrar en la normativa subregional la prohibición de cualquier tipo de prácticas de las consagradas en los Artículos 3^o¹²² y 4^o¹²³ de la Decisión 285.

122 El Artículo 3^o de la Decisión 285, dispone «Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como redes de distribución».

123 El Artículo 4^o de la Decisión 285, dispone «Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

- a). La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales.

Es necesario facultar a la Junta para consagrar exenciones individuales o globales, sobre prácticas que si bien en principio pueden parecer anti-competitivas, contribuyan al beneficio del mercado común andino y del consumidor.

Los acuerdos restrictivos podrían ser autorizados por la Junta, cuando los beneficios derivados de ellos superaran los efectos restrictivos que éstas pudieran tener sobre la competencia subregional.

La adopción de estas reformas, permitiría a la Junta no solo reprimir sino prevenir la ocurrencia de este tipo de conductas¹²⁴.

Se debe dotar a la Junta de facultades para sancionar conductas anticompetitivas «per se» y «a priori».

CASOS LLEVADOS A LA JUNTA

Se ha llegado a cuestionar la existencia del mecanismo Antidumping y Antisubvención para combatir las prácticas de dumping, en los Países Miembros, toda vez que se parte de la base de que al existir una zona de libre comercio, la cual supone eliminación de barreras a la libre circulación de bienes entre los distintos países, el fenómeno del dumping se neutralizaría por sí solo, a través de la figura del arbitraje¹²⁵.

-
- b). La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir.
 - c). El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamientos, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento moral de materias primas»

124 Ibarra, Pardo Gabriel, «El Derecho del Tráfico Económico en el Grupo Andino», Bogotá, diciembre de 1991.

125 Al no existir segmentación, el producto a precio de dumping se regresaría a su país de origen.

BIBLIOGRAFÍA

HUFBAUER, GAY CLYDE. *Subsidies in International Trade*, MIT Press, 1984, Cap. II.

IBARRA, PARDO GABRIEL. *Desarrollos recientes de las Políticas de Competencia Desleal*, Revista Fenalco, septiembre de 1993.

IBARRA, PARDO GABRIEL. *El Derecho del Tráfico Económico en el Grupo Andino*, Bogotá, diciembre de 1991.

IBARRA, PARDO GABRIEL. *El Control de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Acuerdo de Cartagena: Un Análisis Comparativo de la Decisión 285*, junio de 1991.

IBARRA, PARDO GABRIEL. *Política de Competencia en los Procesos de Integración en América Latina*, Montevideo, Uruguay, julio de 1993.

JACKSON, H. JOHN, DAVEY, J. WILLIAM. *Legal Problems of International Economic Relation, Cases, Materials and Text*. Second Edition, West Pub. Co., 1986

MIRANDA, LONDOÑO, ALFONSO. *Abuso de la Posición Dominante. Perspectivas de Aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado*. Ponencia presentada dentro del Programa de Educación Continuada, titulada «Actualización sobre Promoción de la Competencia e Integraciones Económicas», celebrado entre los días 26 y 28 de octubre de 1993, organizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Universidad de los Andes.

PHEDON, NICOLAIDES. *The Competition Effects of Dumping*, Journal of World Trade.

WISH, RICHARD. 1985 «*Competition Law*», London, Buterworth

PREDATORY PRICING ENFORCEMENT GUIDELINES

Director of Investigation and Research, Competition Act, Draft, Canadá

El Centro de Estudios de Derecho de la Competencia "CEDEC", fue creado por iniciativa de varios académicos interesados en estudiar, investigar y difundir los temas relacionados con el Derecho de la Competencia, para lo cual han contado con el apoyo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. El "CEDEC" se define como un órgano académico dedicado a la discusión, estudio e investigación de los temas relacionados con el Derecho de la Competencia, patrocinado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana y sin finalidad política. Para cumplir con sus objetivos el "CEDEC" realiza tertulias quincenales, participa en foros y especializaciones afines con el tema, y busca publicar los documentos y estudios que se originen en dichas actividades.

